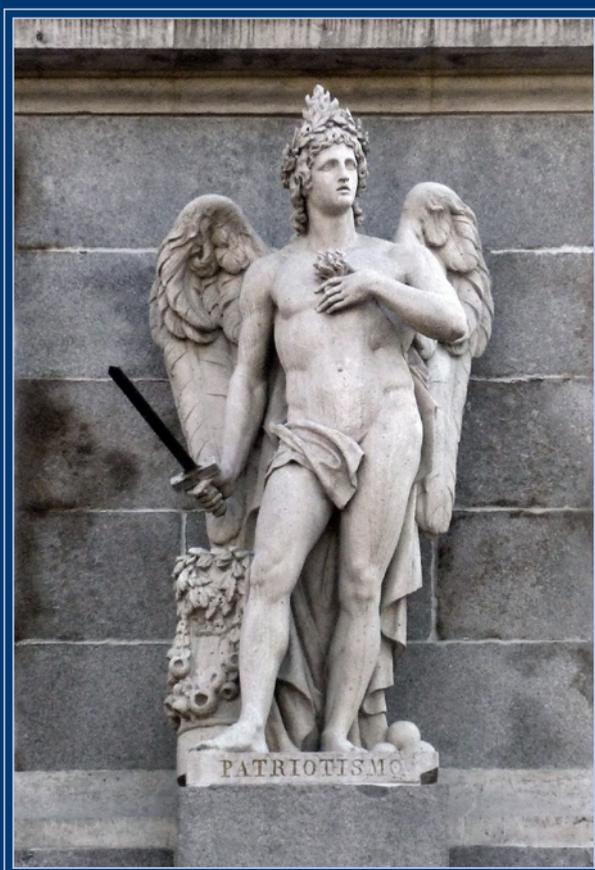


# La vertebración territorial de España en la Doctrina del Consejo de Estado



Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado  
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Madrid, 2021

# **La vertebración territorial de España**

## **en la Doctrina del Consejo de Estado**

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado  
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas  
Madrid, 2021

LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA  
EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

# **La vertebración territorial de España en la Doctrina del Consejo de Estado**

---

---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS  
MADRID, 2021

Primera edición: julio de 2021

En sobrecubierta: Estatua del Patriotismo, de Francisco Pérez del Valle (1804-1884), perteneciente al *Monumento a los Héroes del dos de mayo*, Madrid.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

- © De los diferentes trabajos, sus autores.
- © Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO AEBOE:

en papel: 090-21-126-4

en línea, PDF: 090-21-125-9

en línea ePUB: 090-21-124-3

ISBN: 978-84-340-2754-1

Depósito legal: M-21094-2021

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

## ÍNDICE GENERAL

	<u>Páginas</u>
— <i>Presentación</i> por la Excm. Sra. D. <sup>a</sup> María Teresa Fernández de la Vega Presidenta del Consejo de Estado .....	9
— <i>Introducción</i> .....	19
— <i>El territorio nacional según el derecho internacional</i> por Araceli Mangas Martín, Catedrática de Derecho Internacional Público de la UCM .....	21
— <i>Los límites del territorio nacional en la Doctrina del Consejo de Estado</i> por Rosa M. Collado Martínez, Letrada del Consejo de Estado .....	39
— <i>Los espacios marítimos españoles y su gestión administrativa</i> por Federico Trillo-Figueroa, Letrado Mayor del Consejo de Estado .....	83
— <i>El poder financiero y el territorio nacional en la doctrina del Consejo de Estado</i> por María Presedo, Letrada del Consejo de Estado .....	101
— <i>La vertebración del territorio nacional a través de las obras de infraes- trutura</i> por J. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, Letrado Mayor del Consejo de Estado .....	129
— <i>Energía y territorio en la doctrina del Consejo de Estado</i> por Rocío Tarlea, Letrada del Consejo de Estado .....	165
— <i>La defensa nacional y el territorio</i> por Víctor Torre de Silva, Profesor de IE Law School .....	189
— <i>Los servicios educativos como uno de los instrumentos de vertebración del territorio</i> por José Antonio García-Trevijano, Letrado Mayor del Consejo de Estado .....	237

■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

— <i>El medio ambiente y el territorio nacional en la doctrina del Consejo de Estado</i> por Raquel Hurtado, Letrada del Consejo de Estado .....	259
— <i>La vertebración del territorio nacional en la doctrina del Consejo de Estado: la Sanidad.</i> Ponente: Noemí Gámez, Letrada del Consejo de Estado .....	287
— <i>Agroindustria frente a despoblación: la doctrina del Consejo de Estado</i> por José Luis Palma, Letrado del Consejo de Estado .....	311
— <i>Epílogo</i> por Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y Consejero Permanente de Estado .....	339

## PRESENTACIÓN

Excma. Sra. D.<sup>a</sup> María Teresa Fernández de la Vega  
*Presidenta del Consejo de Estado*

Quiero empezar manifestando mi alegría y profunda satisfacción por poder acoger en el Consejo la sesión inaugural de este Seminario, organizado conjuntamente por su cuerpo de Letrados, la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y el Instituto Nacional de la Administración Pública.

El Consejo de Estado como sus homólogos europeos, el francés, el belga o el italiano, se corresponden con lo que los escritores doctrinarios llamaron en su día Instituciones inteligentes. Esto es, aquellas que ni deciden, ni representan, sino que simplemente piensan porque asesoran.

Y yo añadiría que el Consejo no es solo inteligente, es sabio. Estos muros que hoy nos acogen delimitan un espacio en el que habitan el pensamiento, la reflexión y el debate continuo. Pero no un debate vacío, sino profundo y trufado de buenos argumentos y razones, expuestos con elegancia y firmeza. Aquí se discuten los asuntos jurídicos minuciosamente, sin prisas, sin las urgencias que las agendas políticas imponen en otras instituciones. Aquí el tiempo se detiene para dejar que fluya el pensamiento y que los Consejeros y Consejeras –con su gran experiencia y su altura intelectual– y las Letradas y Letrados –con su sobresaliente pericia técnica– analicen a conciencia los distintos asuntos que se le someten.

Con estos mimbres, el Consejo de Estado, supremo órgano consultivo del gobierno según el artículo 107 de nuestra Constitución, y que en realidad es un órgano de Estado y, por tanto, ha trascendido –con la venia del Tribunal Constitucional– la propia previsión constitucional, va elaborando a través de sus dictámenes una doctrina, que junto con la Jurisprudencia del Tribunal Supre-

mo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, configura la doctrina legal.

Y el Consejo se afana también por reflexionar sobre esa doctrina, recopilarla y ponerla a disposición, no solo de los operadores jurídicos, sino de la sociedad. Los dictámenes y las fichas doctrinales están disponibles en nuestra página web y estamos trabajando para mejorar el proceso de recopilación y facilitar todavía más el acceso al trabajo del Consejo. Consideramos que es una labor importante y además demandada por los profesionales jurídicos. Nuestro propio Reglamento orgánico establece la obligación de publicar la Doctrina y nos hemos dotado de una Ponencia Permanente que se ocupa de ello. Primero se publicó en papel, pero desde el año 2000 se hace digitalmente. Además, de tiempo en tiempo, la Institución reflexiona sobre dicha doctrina y la expone doctamente ante la sociedad. Es de destacar la publicación de trabajos como el Libro Jubilar que esta institución publicó en 1972 y el volumen que en colaboración con la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas editó en el 2001 sobre problemas de régimen local.

En ese afán de proyectar hacia el exterior el pensamiento del Consejo, expresado en su Doctrina, hoy, nos hemos dado cita aquí para inaugurar un curso en que el Cuerpo de Letrados de este Consejo colabora con la citada Real Academia y con el Instituto Nacional de Administración Pública, y que tiene por título: «La vertebración del territorio nacional en la doctrina del Consejo de Estado».

El territorio es elemento fundamental del Estado. De acuerdo con el «Convenio de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados», de 1933, es uno de los elementos constitutivos de la estatalidad, lo es junto con la población y el Gobierno, lo cual quiere decir que no puede haber Estado sin territorio, o al menos, ha sido así hasta ahora.

El Estado es una entidad territorial, a decir verdad es el único sujeto de derecho internacional que es eminentemente territorial, y el territorio se ha defendido por los Estados hasta las últimas consecuencias. La historia está plagada de disputas territoriales.

En la actualidad, el cambio climático augura escenarios inéditos y distópicos, en los que se percibe por primera vez la posibilidad de que haya Estados sin territorio. Estoy pensando en los Estados insulares o archipiélagos, que corren serio peligro de quedar sumergidos bajo las aguas si el nivel del mar se sigue elevando. El año pasado se informaba de la desaparición de una isla de Japón debido al calentamiento global. En 2015 el Presidente de Kiribati, declaraba que para su país no importaba lo que se hubiera acordado en París,

lo relevante erar que se seguían hundiendo. Y es lo que ha pasado ya con dos de sus islas.

Los interrogantes que este escenario catastrófico plantea son innumerables. Y no hay respuestas claras. Si un Estado pierde su territorio, ¿debemos suponer que se mantendría la ficción de su existencia, para no dejar completamente desprotegidos a sus nacionales? Y me detengo en esta duda, en particular, porque con ella se alude a la dimensión humana del territorio, que es lo que más me interesa. Conceptualizarlo como el espacio natural en que se despliega la protección del Estado hacia sus ciudadanos. Una protección que se puede plantear en términos positivos, no solo como defensa frente a amenazas externas potenciales o reales, sino preferiblemente en términos de seguridad humana: el espacio donde se garantiza que la población vive libre de miedos, pero también libre de necesidades según el concepto de seguridad humana acuñado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, en 1994.

Me gustaría mencionar aquí las teorías jurídicas que han puesto el acento en el valor afectivo del territorio. Tal fue el caso de la interpretación de la Constitución como integración, de Rodolfo Smend, que, sin duda, tuvo influencia en el Letrado Mayor de este Consejo y después magistrado del Tribunal Supremo, señor Cordero Torres, que insistía en el fetichismo de los kilómetros cuadrados. La referencia a Smend cobra valor añadido en estos días de zozobra, en que se están quebrando muchos consensos que se creían firmemente asentados, incluso aquellos en que se fundaba el orden internacional inaugurado tras la Segunda Guerra Mundial.

Tenemos a líderes internacionales que representan a Estados otrora aliados con ese orden y que ahora parecen obstinarse en debilitarlo. En la Unión Europea asistimos estupefactos al triste espectáculo del Brexit, de incierto final pero que ya está teniendo efectos muy negativos y muy ciertos en la economía europea. Y en nuestro propio país hemos constatado las enormes dificultades para llegar a entendimientos y para pactar un proyecto común.

Me gustaría citar aquí al muy apreciado filósofo y sociólogo polaco Zygmund Bauman, Premio Príncipe de Asturias de Comunicación y Humanidades en 2010 que en su famoso libro *La Modernidad Líquida*, describía perfectamente lo que está pasando. Decía él, que la caída en desuso del arte de negociar intereses comunes y un destino compartido, las sospechas hacia la idea del «bien común» y la búsqueda de seguridad en una «identidad común» (cada vez más excluyente), han conducido a un completo desinterés en alcanzar pactos de intereses compartidos.

En este esquema, señalaba, cómo la idea de los intereses comunes y, más notablemente, de los intereses comunes negociados parece cada vez más in-

creíble y fantasiosa, anulando prácticamente la capacidad y la voluntad de encontrarlos.

Hablaba Bauman de una patología del espacio público, de una patología de la política: «la decadencia del arte del diálogo y la negociación, la sustitución del enfrentamiento y el compromiso mutuo por las técnicas de escape».

Así estamos.

Y en esta tesitura, es pertinente citar a Rodolfo Smend. Por su apelación a la integración, su confianza en que era posible la convivencia sobre la base de un sustrato constitucional de valores compartidos. Un sustrato en el que desde luego estarían los derechos humanos, pero también el territorio, como un espacio común en el que las necesidades de los ciudadanos se vieran satisfechas.

La apelación al territorio como espacio compartido, de convivencia, en que se desarrolla un proyecto constitucional de integración cimentado en los derechos, me parece especialmente pertinente y necesaria.

Y más útil ahora, en un tiempo en el que los enfoques meramente formalistas, que insisten en configurar el territorio como un ámbito de competencia exclusiva del Estado, poniendo el acento en la idea de frontera como límite de la competencia estatal, y como defensa de su ámbito de exclusión de terceros.

Se trata esta de una visión menos amigable del territorio. Una visión necesaria, pero con un matiz excluyente, cuando lo que los grandes desafíos globales a los que nos enfrentamos nos exigen es precisamente una superación (aunque sea virtual) de las fronteras. En definitiva nos demandan más cooperación.

Quizás haya que ir, en este sentido, más allá de los territorios nacionales. Redefinir el imaginario colectivo acerca del territorio sería un ejercicio interesante y creo que fértil. Habría que empezar por no comenzar definiéndolo en función de las fronteras, sino definirlo por referencia a la comunidad política que en él se asienta. Como un espacio sí, delimitado por fronteras, pero no concebidas como marcas infranqueables, protegidas por muros y alambradas, o incluso como sorprendentemente se ha llegado a proponer, por fosos plagados de caimanes, sino como espacios de encuentro y cooperación.

Y menos aún no hablemos de guerras fronterizas o de las fronteras como espacios al margen del derecho. Hablemos de fronteras permeables, de comunidades políticas inclusivas. Resignifiquemos la frontera. Porque ¿cuál es el significado de una línea fronteriza amurallada y coronada de cuchillas? Las expresiones que esta idea convoca son el rechazo, el repudio y la exclusión y desde luego en todo caso nos lleva a una deshumanización de los que esperan una oportunidad al otro lado del muro. Abre un abismo insalvable entre el

«nosotros» y «los otros». Es un portazo en la cara al vecino, a un problema global que requiere soluciones globales. Es la no-respuesta. La cerrazón.

Las fronteras y la compartimentalización del territorio constatan una configuración del poder mundial, que está urgido de una profunda revisión. Pero tal revisión es hoy solo un deseo utópico. No soy ingenua.

No se dan las condiciones para inaugurar un territorio global, que en realidad no podría ser otro que la propia humanidad, la identificación definitiva del territorio con las personas, una comunidad política global, como ya reclamaba el proyecto cosmopolita kantiano en la que prevaleciera el principio de hospitalidad.

Pero que no se den las condiciones para desarrollar ese proyecto en este momento, no quiere decir que debemos dejar de anhelarlo y de perseguirlo, sí, de perseguirlo.

Porque tampoco se puede negar que las crisis fronterizas, lo que en realidad ponen de manifiesto es una crisis de los Estados, su incapacidad para adaptarse a la globalización o para administrarla adecuadamente, sin dejar atrás a millones de seres humanos.

Para el mercado las fronteras han desaparecido. Es lo que mi querido profesor Wallerstein analizó durante su vida: la Economía-Mundo. Y que ya había sido analizado por Polany, que había denunciado en «La Gran Transformación» y en «El sustento del Hombre» como la economía de mercado había pasado a dominar todas las instituciones sociales, en vez de estar empotrada en una relación más equilibrada con estas últimas. Dicho de otra manera, la economía ha dejado de estar al servicio de la sociedad para poner la sociedad a su servicio.

Pero las fronteras siguen existiendo para las personas. Y esto no es demagogia. Es un hecho.

Entre la total apertura de las fronteras –que exigiría una reorganización de la comunidad política global que hoy por hoy no parece factible– y los muros impenetrables que obsesionan a algunos, hay muchas opciones intermedias que no se están explorando, sino más bien descartando. Sin subestimar las dificultades, rechazo con claridad los muros y la obsesión enfermiza por controlar los flujos y movimientos. Hay intentos interesantes de repensar las fronteras. Gloria Anzaldúa, en su libro «La Frontera: La nueva mestiza», presentaba a la frontera como lugar de encuentro de identidades, una categoría política e intelectual, por oposición a la frontera geográfica que, sostenía ella, limita y excluye. «Soy una mujer de fronteras» declaraba. Las fronteras de las que hablaba eran espaciales, pero también raciales, culturales, lingüísticas, sexuales. Nació en la frontera entre México y Estados Unidos y vivió siempre en

la frontera entre el español y el inglés, el mexicano y el blanco, lo femenino y lo masculino. Una nueva mestiza, como se definía a sí misma. Ella nos invitaba a superar esos límites, superar el machismo, la diferenciación racial y cualquier otra de carácter excluyente (las discriminaciones, en definitiva) para construir una identidad plural y libre. Testimonios como el de Anzaldúa nos invitan a dejar de ver las fronteras con miedo y concebirlas como oportunidades. En realidad, hablar de fronteras es hablar de límites y trascenderlas es superar esos límites y descubrir nuevas dimensiones de nuestra propia identidad. El migrante es sospechoso porque se atreve a traspasar los límites, los cuestiona, trasciende las fronteras, apela a una concepción porosa de la identidad abierta a nuevos influjos.

En esta comunidad global en la que vivimos, es fundamental el reconocimiento, la solidaridad, la inclusión del otro –analizada por Habermas– como una apertura hacia la pluralidad de identidades y una disposición a ir más allá de las costumbres de la propia comunidad y a orientarnos hacia el universalismo, mediante la superación de la visión nacionalista. ¡Qué lejos! de la apelación de la nueva Presidenta de la Comisión Europea a proteger «el estilo de vida europeo»,..., un, muy a mi juicio, desafortunado llamamiento con las peores connotaciones desde luego.

En el mundo de hoy solo tiene sentido una mirada cosmopolita que se interpreta como ciudadanía del mundo en la cultura griega de la que proviene, y como una expresión, un adjetivo que permite describir todo lo que resulta común y compartido a los países y que cuando se preocupa del individuo se preocupa de aquel que concibe todos los rincones del planeta como su patria. Un término «cosmopolita» que crearon por primera vez los Filósofos estoicos que se declararon de manera abierta ciudadanos del mundo, un concepto que hoy en la sociedad globalizada hay que recuperar sobre la base de esa mirada cosmopolita que se ha de construir en la era de la globalización sobre el sustrato que representan los derechos humanos, incluidos los derechos de solidaridad por excelencia (los derechos sociales), a cuya satisfacción deben ir orientados los servicios públicos.

Pero volvamos a la realidad. Las tribulaciones de la Unión Europea nos demuestran las colosales dificultades que un proyecto cosmopolita conlleva y eso que solo se ha intentado a escala regional. En plena crisis, cuando los mercados agonizaban lo social y lo político pasaron a un segundo plano, como había preconizado Polany. La ganancia ha prevalecido sobre la subsistencia (provisión de bienes materiales y satisfacción de necesidades básicas). Y la Unión europea ha pagado un enorme coste, en términos de legitimidad, por ello. Incluso poniendo los pies en el suelo, siendo plenamente conscientes

de todas las dificultades, no debemos renunciar a tratar de enfocar la cuestión territorial correctamente.

La realidad es que, hoy por hoy, el territorio es relevante porque sirve de asentamiento a una comunidad política. Es territorio nacional porque en él se asienta la nación hasta el punto de que el territorio de plena competencia estatal pero que no sirve de asiento a la comunidad nacional, como es el caso hoy de los territorios no autónomos, ayer fideicomisos o mandatos, o anteaños territorios coloniales, no pueden calificarse de territorio nacional. Así lo destacó este Consejo en importantes dictámenes del año 1972, y así fue tematizado en el citado Libro Jubilar en trabajos que tuvieron la honra de ser citados expresamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Siempre ha sido así, es la población de una comunidad la que configura el territorio y ya lo puso de relieve en obra famosa el controvertido Otto Brunner en su libro *Tierra y Poder (Tierra y Señorío)*, publicado en Viena en los años 30. Pero es evidente que es más claro aún en una democracia avanzada como propugna el Preámbulo de nuestra vigente Constitución. La nación no es un conjunto de súbditos sino una comunidad de ciudadanos a los que el Estado garantiza una Administración servicial.

Son los servicios públicos los que vertebran el territorio al servicio de su población. Y los servicios públicos están orientados a la satisfacción de necesidades sociales. Por lo tanto, conectados con los derechos sociales.

Decía Gregorio Peces Barba que el substrato indispensable para el arraigo de los derechos sociales en la cultura política y jurídica, es la idea de comunidad entre los hombres, de relaciones basadas en el amor, la amistad, el apoyo y la cooperación. Como él señalaba, la idea de amistad entre ciudadanos, formulada ya por Aristóteles y perfeccionada por los estoicos, es la base de ese concepto de comunidad y de la necesidad de igualdad.

El territorio como elemento integrador debe ser, por tanto, un espacio social, es decir, un espacio en el que se atienden los derechos sociales, un espacio inclusivo, predispuesto a la solidaridad. Cuando se habla de derechos sociales, se vuelve al cosmopolitismo, se apela a la superación de visiones meramente nacionalistas, y cobran sentido enfoques más universalistas. El territorio no puede ser una excusa para no avanzar en esa línea.

Los Derechos sociales son elementos consustanciales al Estado social y democrático de derecho y en ellos se expresan al menos dos de los que nuestra Constitución proclama como valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad y la igualdad. E incluso se podría hablar de justicia, porque no hay una sociedad justa si no se garantiza no solo la libertad, sino también la igualdad.

El fundamento de los derechos es la conjunción de libertad, igualdad y dignidad humana.

Hay que hablar de derechos, en todo momento, a todas horas, para contrarrestar el afán regresivo que se manifiesta de modos cada vez más explícitos, y hacerlo sin complejos. En Estados con democracias consolidadas se están produciendo ataques sorprendentes e inaceptables a los derechos y especialmente a aquellos más conectados con la igualdad. En nuestro país ha irrumpido la extrema derecha que está negando uno de los fenómenos violentos más sangrantes que padecemos. Es indignante su negacionismo de la violencia de género, ignorando una realidad que se traduce en muertes –solo en España más de 1000 desde que empezaron a contabilizarse– y graves daños psicológicos a las víctimas, incluyendo a los niños que tienen que convivir con el agresor. Y desgraciadamente este movimiento regresivo se da también en otros países y va alcanzando una dimensión global.

Hay que estar vigilantes porque el deterioro democrático, el desencanto y la pulsión regresiva son brutales.

En la Unión Europea, no podemos dejar de hacer referencia a los estragos que han hecho los recortes. Las políticas de austeridad, una respuesta desacertada a la crisis, han provocado un aumento de la pobreza y un exacerbamiento de la desigualdad. Políticas trascendentales para la materialización de los derechos sociales como las de educación, sanidad o de empleo, las de atención a la discapacidad y dependencia, han sido cercenadas como consecuencia de la falta de financiación. Y no se trata tan solo de una cuestión de dinero.

Es una cuestión ideológica, porque determinados sectores se siguen resistiendo a reconocer la necesidad de trabajar por la igualdad y centran su acción en torno a un liberalismo mal entendido. Como si la libertad se pudiera realizar desgajando la igualdad. Porque la conexión entre estos dos valores es clara, sobre todo teniendo en cuenta las tres dimensiones de la igualdad de las que habla Bobbio: igualdad jurídica, igualdad política e igualdad de oportunidades. Las dos primeras se realizan a través del reconocimiento de derechos civiles y políticos y la última mediante el reconocimiento de derechos sociales. Por tanto, no hay libertad, sin igualdad.

El Consejo es un observatorio privilegiado de los servicios públicos. Un observatorio activo e impulsor de su dinámica y por ello es relevante la doctrina que en torno a ellos viene decantando el Consejo. Y difundir esa doctrina, así como promover la reflexión en torno a ella, es el objetivo de este Curso que inauguramos hoy.

Ya se planteó esta cuestión cuando el Tratado de París desgajó de España Cuba, Puerto Rico y Filipinas en dictámenes que lastimosamente han desapa-

recido del archivo de esta Casa, y se volvió a plantear en los citados dictámenes de 1972 distinguiendo lo que es España y lo que era de España pero porque su población y sus servicios eran diferentes no formaba parte del territorio nacional.

Después felizmente el Consejo ha resuelto numerosos casos relativos a la organización de los principales servicios públicos en nuestro territorio. De tan importante fondo se han seleccionado diez temas capitales, en los que parece más relevante las cuestiones analizadas por el Consejo.

Comenzaremos hoy con la ponencia de mi querida profesora Araceli Mangas que nos hablará sobre la visión del territorio desde el Derecho Internacional. En las semanas que siguen se tratarán los límites del territorio nacional, los espacios marítimos españoles y su gestión administrativa, la relación del territorio con el poder financiero, las obras de infraestructura, los servicios educativos, la defensa nacional, la energía, el medio ambiente, la sanidad y la agroindustria como una posible fórmula para poner coto a la despoblación del territorio. Cada una de estas ponencias irá a cargo de Letrados de esta casa, especializados en cada uno de esos temas. Este Curso finalizará el día 22 de noviembre y será clausurado por mi querido Consejero y Presidente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, al que agradezco muy sinceramente el gran trabajo que ha desarrollado en la organización de este ciclo de conferencias.

Y ya termino.

A lo largo de estas semanas, en el Salón de Actos de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, sobre la base de una doctrina general se expondrán las principales consultas evacuadas por esta Casa de las que se desprenden unos criterios doctrinales. Y todo ello con vistas, no a contar lo que ha sido o se ha dicho, sino a apuntar o esbozar lo que puede llegar a ser sobre la base de la experiencia de la doctrina acumuladas en esta Casa para la mejor prestación de los servicios y más firme y social articulación de nuestro territorio.

Les deseo a todos un fructífero seminario. Estoy convencida de que lo será.

Gracias

## INTRODUCCIÓN

Este libro tiene su origen en las lecciones impartidas por el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado en el Curso organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y este mismo Cuerpo, que versaban sobre la Doctrina del Consejo de Estado en relación con el territorio nacional. Esta Doctrina, establecida a lo largo de los años en dictámenes sobre variados temas, tiene un rasgo principal «Uno de los fines del estado es el mantenimiento de la propia identidad territorial».

En razón de este origen no se encontrarán en estas líneas reflexiones escolásticas. Como señaló Martínez-Cardós «El Consejo de Estado actúa siempre en atención al caso concreto. Su doctrina está hecha, más que con base en grandes principios y declaraciones, al hilo de distintos y variados supuestos. Está formada de modo casuístico, basándose en la naturaleza de las cosas, lo que le da unas características propias: economía de las formas jurídicas, ahorro en las figuras jurídicas aplicadas, empleo de formas técnicas variadas para situaciones económicas muy distintas y, sobre todo, reticencia y cautela contra todo lo que sea abstracción, definición, construcción y sistematización. Se tiende a huir de las construcciones y gusta atenerse más bien al precedente «como si», el caso actual que se presenta examen fuese igual al previamente resuelto (ficciones). Lo cual no es obstáculo para que ese informar numerosos asuntos permita apreciar la existencia de unas reglas y principios jurídicos, de gran fuerza expansiva».

En estos términos se desenvuelve la Doctrina del Consejo de Estado en la materia, que entiende que el mantenimiento de la identidad territorial ha de iluminar el recto entendimiento del artículo 2 de la Constitución Española, que dispone: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la

■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas».

M.H.M.

# EL TERRITORIO NACIONAL SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL

ARACELI MANGAS MARTÍN<sup>1</sup>

Catedrática de Derecho Internacional Público de la UCM

## 1. INTRODUCCIÓN

En definiciones ya clásicas –como la del presidente de la Corte Internacional de Justicia, Jiménez de Aréchaga– se describía el territorio de un Estado como una porción definida de la superficie de la tierra que está sujeta a su soberanía y ejerce en ella su jurisdicción con las limitaciones establecidas por el Derecho Internacional sobre las personas y cosas. Desde luego, la soberanía estatal se manifiesta en la territorialidad y en la exclusividad.

No tiene sentido, hoy, referirse a las teorías o doctrinas sobre el territorio-objeto y el territorio-sujeto que tanto gustaron en siglos pasados hasta la primera mitad del siglo xx. La doctrina patrimonialista (representada por Oppenheim y Lauterpacht) tuvo su contexto varios siglos atrás; aceptaba la asimilación entre la propiedad y la soberanía, como sucede en el artículo 10 del Tratado de Utrecht, o en antiguas expresiones, por ejemplo, como la de «rey o reina propietaria de Castilla», en el sentido de soberano. Es claro que el

---

<sup>1</sup> Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Facultad de Derecho e Instituto Complutense de Estudios Internacionales (ICEI), Universidad Complutense de Madrid; Académica de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

reemplazo del concepto del monarca por el del Estado, al menos desde el siglo XVIII, clarifica también que el Estado tiene un derecho eminente sobre el territorio distinto de los derechos de propiedad particulares.

La doctrina del territorio sujeto (Jellinek, Hauriou, Carré de Malberg) tiene algunas derivaciones actuales en la medida en que se centra en el territorio como elemento de la personalidad del Estado. Y es cierto en la medida en que no hay estatalidad sin territorio en exclusividad.

Por ello, desde el siglo XX se han ido abandonando esas concepciones, poco realistas, en favor de la teoría de la competencia (Kelsen, Verdross, Basdevant, Scelle). Desde esta perspectiva, el territorio del Estado es el espacio físico (terrestre, aéreo y marino) donde se ejercen las competencias y funciones del Estado, con exclusión de análogos poderes por parte de otro Estado o sujetos internacionales. El territorio es una realidad física y jurídica.

A tenor de la sentencia internacional clásica en esta materia, poseer un territorio sobre el que se ejerce la competencia con exclusividad es el punto de partida de la estatalidad, de la existencia del Estado; un Estado no existe, no puede existir sin un territorio sobre el que ejerza su potestad con exclusividad. Decía el Tribunal arbitral que «para que un Estado exista y pueda ser reconocido como tal con un territorio sin el cual no podría existir... es suficiente que este territorio tenga una consistencia suficientemente cierta», aunque las fronteras no estén suficientemente delimitadas o ni tan siquiera demarcadas o incluso sean controvertidas y disputadas (Sentencia *Deutsche Kontinental Gesellschaft*, 1929, II, 2.<sup>a</sup> parte, p. 23).

El territorio posee unos límites en cuyo interior se ejercen las competencias del Estado. La delimitación completa y acabada del territorio no es imprescindible para la estatalidad.

Desde luego, la soberanía territorial y su respeto es el punto de partida de las relaciones internacionales, tal como lo señalara otra sentencia clásica de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) en el asunto de la navegación por el estrecho de Corfú: «entre estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es una de las bases principales esenciales de las relaciones internacionales» (CIJ, *Corfu Channel case*, 9.04.1949, *Reports*, 1949, p. 35).

El poder público se ejerce desde base física del territorio y en el marco de la competencia territorial. La soberanía territorial es el derecho de un Estado de ejercer jurisdicción exclusiva sobre las personas y cosas dentro de su territorio. Conlleva el derecho de un Estado de excluir de su territorio la actividad de cualquier poder público extranjero. Dos antiguas sentencias (*Lotus* de 1927, *Isla de Palmas* de 1928), pero muy vivas en las relaciones internacionales, sitúan la soberanía en el derecho de ejercer en su territorio, con exclusión de

cualquier otro, las funciones propias de un Estado. Cualquier excepción deberá fundarse sobre un título particular.

## 2. EL TERRITORIO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES Y DERECHOS

Además de una competencia del Estado, el territorio es también una fuente de obligaciones. La idea misma de la responsabilidad internacional del Estado está vinculada a la soberanía territorial. Esas obligaciones son no solo internacionales, frente a otros sujetos internacionales, sino también, y no menos fundamentales, internas para con su población, con gran relevancia para la seguridad y estabilidad de los Estados vecinos y de la Comunidad internacional. Dicho de otro modo, no es irrelevante cómo un Estado ejerza sus competencias exclusivas sobre el territorio.

Ejercer funciones y poderes exclusivos conlleva la obligación del Estado de desarrollarlos y ejercerlos en relación con la población allí situada, incluidas sus obligaciones generales de protección de las personas, tanto de los nacionales como de los extranjeros en relación con obligaciones del estándar mínimo y convencionales de respeto a los derechos humanos.

La inhibición del Estado en el ejercicio de políticas públicas sobre su territorio, sin garantizar los servicios mínimos, lleva a situaciones que preocupan a la Comunidad Internacional, cuando ello acaba derivando hacia una situación de Estado desestructurado (deterioro político, económico y social o no desarrolla políticas de seguridad, sanidad, educación, etc.) o, incluso, todavía más grave de Estado fallido (incapaz del control efectivo del territorio y de proveer de servicios básicos), ha llevado a la distinción, por un lado, entre es-  
 tructurados o sostenibles y de otro, Estados desestructurados o débiles, incluso de Estados fracasados.

Además, el moderno concepto de seguridad contemporáneo no se centra solo en las amenazas militares. Hoy la defensa del territorio no se asegura con análisis que aíslen a nuestros Estados de la estabilidad social, económica, política y ecológica de los Estados vecinos. Si falla el Estado en el control de su territorio, tiene consecuencias para sus vecinos y los colindantes de estos, toda la comunidad internacional en su conjunto se debilita.

La Sociedad Internacional institucionalizada ha tenido que intervenir en el ejercicio de los poderes soberanos de un Estado debido a su incapacidad para controlar su territorio y asumir la gobernabilidad. Son las situaciones de «soberanía suspendida» a las que me referiré más adelante (apartado 6). Cabe aludir que, incluso en circunstancias graves, con consentimiento (y en ocasio-

nes sin él) Naciones Unidas apela a la responsabilidad de proteger de esa población en condiciones y procedimientos controlados por el Consejo de Seguridad.

Ahora bien, para los Estados vecinos y para el conjunto de la Comunidad internacional y organizaciones internacionales, el territorio del Estado debe ser respetado con independencia de la situación que padezca el Estado en cuestión, con régimen democrático o autocrático, Estados bien organizados o desestructurados, o en guerra civil, etc. Independientemente de sus precarias estructuras estatales, son Estados formalmente soberanos y tienen derecho a exigir que su soberanía territorial sea respetada, rechazando la Corte Internacional de Justicia la invasión por Estados vecinos tentados de ocupar los vacíos de poder [por ejemplo, CIJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, 19.12.2005, *Reports* 2005].

El Estado contemporáneo debe ejercer su competencia territorial para asegurar bienes y servicios; es un proveedor de servicios públicos en el territorio por lo que debe desplegar una multiplicidad de políticas relacionadas con el territorio (algunas de ellas, objeto de este ciclo en el Consejo de Estado). Los Estados no se dividen en Estados ricos y pobres sino en Estados bien organizados y mal organizados (estructurados y desestructurados, incluso, en situación de fracaso y debilidad). El abismo hoy en día está originado en la fortaleza organizativa y los que no tienen organizado el territorio. De ahí la fe misionera de Naciones Unidas (objetivo 16 de la Agenda 2030) por extender buenas formas de gobierno y políticas de cohesión. Garantizar la estabilidad interna con un uso coherente de las políticas públicas es una elemental obligación.

Claro que esa plenitud y exclusividad del Estado territorial conlleva en compensación el deber de proteger en su territorio los derechos de los Estados extranjeros y otros sujetos internacionales relacionados con su territorio. El Estado territorial tiene el deber de asegurar la integridad y seguridad de los agentes diplomáticos extranjeros en su territorio.

El Estado no responde por actos ilícitos cometidos por otros Estados en su territorio, pero como tiene exclusividad, debe tener el control efectivo sobre el territorio por lo que tiene una obligación de diligencia para prevenirlos y, llegado el caso, sancionarlos.

Además de las concretas obligaciones que un Estado haya podido asumir en tratados bilaterales o multilaterales, hay una obligación de Derecho Internacional General, cual es el *principio de utilización no perjudicial del territorio y obligación de vigilancia* sobre el territorio. Es jurisprudencia bien asentada de la Corte Internacional de Justicia la obligación de los Estados de *no permitir*,

a sabiendas, que se utilice el territorio para la realización de actos contrarios a los derechos de otros Estados (sentencia citada sobre el Estrecho de Corfú). Un Estado no puede permitir que se utilice ni puede consentir que se utilice su territorio de forma que esa utilización tenga por finalidad o por efecto atentar contra los derechos de otros Estado de forma no permitida por el Derecho Internacional.

Este principio, tan afirmado en la jurisprudencia internacional estaba en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo de 1972 y en toda la normativa posterior de protección del medio humano, así como en la Carta de Derechos y Deberes de los Estados (art. 30). Es un principio válido y aplicado tanto en materia de ensayos nucleares, cursos de agua internacionales, relaciones de vecindad, actividades empresariales con alto riesgo de contaminación como las celulosas, empresas químicas, etc.

### 3. LA PROTECCIÓN DEL TERRITORIO

El principio de inviolabilidad de las fronteras protege el territorio estatal frente a interferencias por parte de actividades estatales extranjeras. El Derecho Internacional protege la competencia territorial del Estado al excluir todo ejercicio de poder por parte de otros Estados. Es una competencia exclusiva y excluyente.

Además, la gran aportación del derecho internacional en el siglo xx fue la norma imperativa contenida en el *principio de prohibición del uso o amenaza de fuerza contra el territorio, la independencia de un Estado o en cualquier otra forma contraria a la Carta de la ONU* (art. 2.4). La Resolución 2625 (1970) afirma, entre otras precisiones, que «La integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables». Otro gran texto europeo como el Acta de Helsinki asimilaba ese principio como fundamental.

Resulta obvio y coherente con la exclusividad de la competencia estatal sobre su territorio que los demás Estados, los terceros Estados, tienen la obligación de abstenerse de ejercer cualquier poder sobre el territorio de otros Estados, salvo que haya consentido el Estado territorial (como las instalaciones de apoyo o autorizaciones de uso en el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa de 1988, BOE de 6 de mayo de 1989).

La exclusión de la autoridad de terceros sujetos sobre el territorio nacional conlleva que un Estado, mediante su policía, o sus servicios de inteligencia, o sus jueces, *no* pueden ejercer actos de autoridad en el territorio de otros

Estado (salvo casos excepcionales consentidos por acuerdo internacional de cooperación específica o asistencia judicial). En consecuencia, salvo que se pruebe que existe un acuerdo que lo permita, el Estado no podrá ejercer su poder en ninguna forma en el territorio de otro Estado.

Luego, la autoridad policial no puede llevar a cabo una detención en el extranjero o balizar un coche en el extranjero, o ejecutar un embargo o cualquier actuación judicial, salvo por los cauces jurídicos internacionales convenidos. Las competencias legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales se limitan al territorio. Para ejercerlas más allá se precisa un concreto título jurídico como es el principio de personalidad, aunque no el único al que me referiré más adelante.

La soberanía territorial se ejerce en plenitud y exclusividad por lo que toda limitación a la soberanía territorial debe fundarse en un título jurídico específico y la carga de la prueba incumbe a la parte que la invoca.

#### 4. LAS DIMENSIONES DEL TERRITORIO

El espacio físico sometido a la soberanía territorial ha variado mucho con los siglos como consecuencia de la evolución de la proyección *horizontal* del territorio sobre los espacios marítimos y la proyección *vertical* sobre el espacio aéreo.

El territorio en su calidad de superficie terrestre suele gozar de estabilidad, si bien caben variaciones a lo largo de la historia del Estado; hay Estados que han perdido territorio en distintos momentos de su historia o lo incrementan sin que ello afecte a su subjetividad, tal como prevé el principio de continuidad del Estado.

Hasta hace poco más de dos siglos todavía se hablaba de territorios no pertenecientes a ningún Estado, *terra nullius*, *res nullius*. Pero ya hace mucho que, entre los descubridores, primero, y los exploradores, después, y además la voracidad territorial de los Estados, ya no hay un palmo en la tierra que no esté bajo la jurisdicción territorial de algún Estado.

Hay territorios discutidos, bajo controversia, o territorios con las pretensiones congeladas como en el Tratado Antártico de 1959.

Claro que, aunque desapareció ese concepto de *terra nullius* por agotamiento, la sociedad internacional contemporánea se redimió asignando la noción de *res communis* en interés de la humanidad (el espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes) o erigiendo a la Humanidad como titular de espacios nuevos y recursos (Zona Internacional de Fondos Marinos y Oceánicos).

El territorio de un Estado comprende la superficie terrestre dentro de sus fronteras en la que quedan incluidos canales, lagos y ríos. Y los espacios marítimos, si el Estado tuviera litoral, como es el caso de España. Y la tercera dimensión que interesa, es la prolongación vertical, el espacio aéreo.

#### A) **Superficie terrestre. Algunas peculiaridades: Misiones diplomáticas y aeropuertos**

La soberanía terrestre incluye el subsuelo, los canales y las superficies fluviales y lacustres comprendidas dentro de las fronteras del Estado. A la superficie terrestre hay que añadir su prolongación terrestre sumergida a lo largo de toda la costa, denominada plataforma continental.

Incluso las embajadas y otros locales con estatuto de inviolabilidad diplomática forman parte del territorio del Estado receptor, si bien escapan a la ley territorial del Estado receptor (en el que se encuentra la Embajada) debido a la inviolabilidad protegida por el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1963 en favor del Estado acreditante (titular de la Embajada). Pero no son «territorio extranjero» ni gozan de extraterritorialidad, como fascina decir a periodistas y gran público. El Convenio expresa que el fundamento de la inviolabilidad es proteger la *función* de representación de un Estado soberano e independiente descartando la fantasía decimonónica de la extraterritorialidad.

La inviolabilidad de las Misiones diplomáticas consiste en abstenerse de realizar actos de fuerza en el recinto de la misión y lugares protegidos por el Convenio (tales como vivienda, automóvil oficial, locales anexos de la Misión). Esa inviolabilidad protegerá, llegado el caso, a cualquier persona que irrumpa en los locales de la Misión o en las residencias del personal diplomático o que es admitido con el consentimiento del Jefe de la Misión. Un hecho es que las personas y cosas en su interior no se someten a la autoridad judicial y policial territorial del Estado receptor, pero no es territorio extranjero. No hay una frontera ni hay que pedir extradición en el caso de nacionales o extranjeros que se internen en una misión diplomática.

Precisamente, el asilo diplomático –salvo una decena de repúblicas hispanoamericanas– es rechazado por la gran mayoría de Estados, incluida España, porque «entraña derogaciones de la soberanía» del Estado territorial y «constituye una intervención en asuntos internos que caen exclusivamente dentro de la competencia del Estado territorial. Tal derogación de la soberanía territorial no puede reconocerse, salvo que su base jurídica sea establecida en

cada caso particular» (CIJ, *Colombian-Peruvian asylum case*, 20.11.1950, *Reports 1951*: 274-275).

La inviolabilidad de las Misiones diplomáticas garantiza, en cualquier Estado, a cualquier persona que, mientras se encuentre en el interior de una Misión diplomática y no porque sea territorio extranjero sino para proteger la función diplomática, está a salvo de actos coercitivos –de las autoridades policiales, judiciales o militares del Estado receptor, o de masas o grupos incontrolados–. Sin embargo, queda bajo la autoridad del Jefe de la Misión, quien decidirá discrecionalmente sobre la concesión del refugio temporal o sobre la conveniencia del abandono voluntario de los locales protegidos y, si fuera necesario, apelando a la fuerza pública territorial para proceder a su expulsión.

También el territorio nacional comprende todo el espacio ocupado por un aeropuerto internacional o la zona de control de fronteras en los puertos de tráfico internacional. Los aeropuertos (como las zonas portuarias) son territorio del Estado. En los aeropuertos (como en los puertos) no hay ninguna frontera o línea fronteriza y no hay ninguna «tierra de nadie» (*No man's land*). No hay espacios muertos. En instalaciones próximas a las pistas de aterrizaje (o en las de desembarco portuario) se ejerce la función soberana del control fronterizo. Ahora bien, hasta llegar a esa zona donde los viajeros son identificados, todo su terreno es territorio español. Ciertamente, los periodistas, los políticos y muchas personas fantasean con una inexistente «zona internacional» al margen del territorio nacional en un aeropuerto internacional.

Es falsa e inaceptable la denominación de «zona internacional» de un aeropuerto, pues tales zonas no gozan de estatuto internacional. Esa denominación da a entender algo falso, que escapa a la soberanía y al ordenamiento territorial. Cualquier conducta o acto delictivo cometido en esa zona se somete a la ley y jurisdicción española; no es una *terra nullius*, o sin soberano.

El Tribunal Supremo, en el «asunto Ábalos-Delcy Rodríguez», afirma que «la vicepresidenta venezolana entró en territorio español y se mantuvo en él mientras duró su estancia en España (...) a partir de la simple constatación de que la frontera de un Estado, conforme a categorías históricas no discutidas en la dogmática del derecho internacional, puede ser terrestre, aérea, marítima, fluvial y lacustre, sin que pueda afirmarse la existencia de *terras nullius*, ajenas a cualquier jurisdicción». Afirma el TS que entró en el territorio español al cruzar el espacio aéreo español; y constata lo evidente «el Aeropuerto de Barajas está enclavado en territorio español y sobre él ejercen soberanía las autoridades españolas», precisando que estuvo en territorio español «con absoluta independencia de la terminal a la que se dirigiera y de la zona del

aeropuerto por la que la dirigente bolivariana transitara» (TS, Auto 10453/2020 de 26.11.2020, Sala de lo Penal, ECLI:ES:TS:2020:10453A).

Esas zonas son técnicamente *zona de tránsito* dentro del territorio nacional a fin de ejercer la función soberana de control fronterizo que es imposible hacer en el aire en el preciso momento del cruce de la frontera aérea (o para los buques entre el alta mar y mar territorial), o dentro de la aeronave al aterrizar, o cuando bajan la escalera o salen del *finger* (o en el mar territorial o en la instalación portuaria internacional para los buques). Si una persona no reúne las condiciones para la admisión se queda en las salas próximas dentro de las zonas de tránsito, espacio previo o liminar al cruce formal del puesto fronterizo, hasta que se resuelva su devolución, o su detención, o solicite asilo.

Si un vuelo o personas dentro de la aeronave no pueden entrar en el espacio aéreo tampoco pueden entrar para escala técnica. La escala técnica, según las normas de la OACI, solo se permite para repostar o reparar daños graves en la aeronave o atender a personas en extrema gravedad. El desembarco de personas o mercancías no está permitido. En escala técnica siguen estando en territorio español, si bien en una zona acotada.

El Tribunal de Justicia de la UE ha afirmado que «las zonas internacionales de tránsito de los aeropuertos de los Estados miembros no deben excluirse» del ámbito de aplicación territorial de los Tratados, «ni prevén excepciones relativas a ellas» (4.05.2017, C-17/16, ECLI:EU:C:2017:341, ap. 25 y 41). También la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 1996, *Amuur c. Francia*, n.º 19776/92) y del Tribunal Constitucional no dejan dudas: «no cabe, sin embargo, deducir que la llamada ‘zona internacional’ del aeropuerto...no sea territorio español. Tanto el espacio aéreo como los aeropuertos están sometidos a la soberanía española» (Auto 55/1996 de 6 de marzo, ECLI:ES:TC:1996:55A). Es irrelevante que se pase o no por el control fronterizo. Cruzar positivamente ese control (reunir los requisitos para la admisión) lo que permite es la libertad de deambulación por el territorio nacional de un Estado.

## B) **Expansión horizontal: los espacios marítimos**

El territorio se prolonga horizontalmente hacia los espacios marítimos de soberanía como son las aguas interiores y el mar territorial; precisamente, en la línea exterior del mar territorial se encontraría verticalmente la frontera aérea. La zona económica exclusiva no forma parte del territorio nacional, si

bien se ejercen en esa zona derechos económicos y jurisdicción sobre las actividades económicas, la exploración e investigación sobre los recursos.

En el pasado, el mar –como espacio– apenas interesaba; solo las aguas adyacentes para garantizar la seguridad. En el siglo XVIII, sin interés especial en los espacios marinos, empieza a regularse el ejercicio de los derechos de control fiscal sobre las mercaderías que entraban en los puertos. El mar no era un objetivo territorial en sí mismo sino un medio para la expansión territorial.

La práctica española (y, en general, de los Estados de la época) sobre delimitación de espacios marítimos no se remonta más allá del siglo XVIII. Buena prueba es que la primera norma española reguladora de espacios marinos de soberanía es la Real Cédula de 17 de diciembre de 1760, muy posterior al Tratado de Utrecht. Antes, sólo interesaban las actividades (noción instrumental del derecho del mar) y no el espacio en sí (visión finalista, más contemporánea desde el siglo XX).

El mar en sí no fue objeto de codicia y apropiación hasta el siglo XX. La evolución del Derecho de Mar en las conferencias y convenios de 1958 y de 1982 ha multiplicado el espacio marítimo de soberanía de los Estados al estabilizarse un *mar territorial* de 12 millas (situándose en su límite exterior la frontera marítima –horizontal– y en su verticalidad la aérea), una *zona contigua* hasta 24 millas, una *zona económica exclusiva* hasta 200 millas y un territorio sumergido en la plataforma continental –real o ficticio– coincidente con la zona económica, es decir, hasta 370 km de territorio sumergido siempre que no haya costas frente a frente o adyacentes (la plataforma continental española es muy poco extensa no superando los 50 km).

En un Estado como España con más de 6.000 kilómetros de costa, el espacio marítimo de soberanía supera ampliamente a la superficie terrestre (506.030 kilómetros cuadrados <https://www.lamoncloa.gob.es/>). Esa amplitud se debe en buena medida a que el Estado español optó en el siglo pasado, sin mucho fundamento, pero tampoco con protestas invalidantes de otros Estados, por la *línea recta* que une los puntos extremos de las costas como línea de base para la mediciones (frente a la *línea normal* o de bajamar que deja mucho menos espacio de soberanía). La delimitación de la línea interior del mar territorial, a partir de la que se miden las 12 millas de mar territorial, con líneas rectas sin seguir la configuración de la costa, ha encerrado grandes espacios como aguas interiores de soberanía; se exceptúa la línea recta en favor de la normal o de bajamar para no chocar con los derechos de Estados terceros en la bahía de Algeciras (Reino Unido) y los territorios españoles en África (Marruecos), a tenor de la Ley 22/1988, de Costas y la Ley 41/2010, de protección del medio marino. Puede entenderse así la magnitud de espacio marítimo que ha sido

incorporado a la jurisdicción territorial, además de la zona económica exclusiva española.

Claro que otros Estados nos superan, ya que hay Estados que tienen más agua que tierra por territorio (hasta nueve partes de agua por una de tierra, como es el caso de los Estados archipelágicos) abandonando la concepción tolemeica o geocéntrica por una definitiva concepción talasocéntrica.

### C) **La prolongación vertical: el espacio aéreo**

La otra evolución espectacular del territorio ha sido la del espacio aéreo. Desde que aparecieron los primeros aeroplanos («aquellos chالados con sus locos cacharros»), los Estados de forma clara e indiscutible han proclamado el ejercicio incondicional de la soberanía exclusiva y absoluta sobre el espacio aéreo, sin las servidumbres del paso inocente civil y militar aceptados en el mar territorial u otras concesiones normales sobre el paso de vehículos civiles extranjeros sobre la superficie terrestre.

La razón de la exclusividad absoluta, sin concesiones que no deriven del consentimiento mediante específico acuerdo, no era y no es otra que la seguridad nacional que la aviación extranjera puede poner en peligro. Triunfaba desde 1919 la idea proveniente del derecho romano de quien es dueño del suelo es dueño del vuelo por lo que no se hizo de rogar la convicción de que el espacio aéreo es una irradiación de la soberanía (Giuliano), un accesorio indispensable y automático del territorio «terrestre» del Estado con una extensión vertical. Al margen de diversas propuestas y teorías, se ha afianzado la delimitación funcional, como propusiera Charles Chaumont, ligada a las actividades aéreas, frente al espacio ultraterrestre donde se producen las actividades espaciales (satélites y otros objetos espaciales).

El espacio aéreo comprende toda la columna de aire sobre la superficie terrestre (lacustre y fluvial) y sobre los espacios marítimos de soberanía. En el espacio aéreo la soberanía se ejerce con exclusividad y plenitud (sin servidumbres, salvo las admitidas voluntariamente en convenios en vigor).

En resumen, el espacio terrestre es condición necesaria para la estatalidad; puede tener o no tener espacios marítimos adyacentes (Estados sin litoral que, no obstante, pueden tener flotas navales, pesqueras y comerciales) y siempre tendrá espacio aéreo sobre su superficie terrestre y eventuales espacios marítimos de soberanía.

## 5. DIMENSIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA SOBERANÍA

El territorio no es un límite infranqueable a la soberanía territorial. Dado que un segundo elemento de la estatalidad es la *población*, en su gran mayoría unida al Estado con un vínculo de nacionalidad, el derecho del Estado se proyecta sobre los nacionales cuando se encuentran fuera de su territorio.

Es la dimensión extraterritorial de la soberanía. El principio de personalidad o nacionalidad que el Estado atribuye a las personas físicas y jurídicas, buques y aeronaves permite en determinadas circunstancias proyectar la soberanía más allá del territorio para legislar sobre el estatuto personal y las propiedades de personas y empresas fuera del territorio nacional.

En efecto, los Estados, y España así lo hace, pueden tipificar y perseguir conductas habidas fuera del territorio nacional (arts. 177 bis, 575, 611, 613 del Código penal, y, en especial, el art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Así pues, el territorio es el espacio natural que limita la esfera del poder del Estado si bien no impide que sus actos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales se ejerzan sobre personas y bienes fuera del territorio nacional en determinadas circunstancias. Así, el Estado puede exigir el respeto a normas del estatuto civil a sus nacionales residentes en el extranjero, o la jurisdicción sobre buques que enarbolen su pabellón en espacios no sujetos a la soberanía territorial, como el alta mar y la zona económica exclusiva de terceros Estados –donde se despliega el poder estatal sobre los buques de Estado y los privados que enarbolen pabellón español– o el derecho a inspeccionar y sancionar en puertos de terceros Estados a buques de pabellón español o la aplicación plena del Derecho español a los nacionales que se encuentren en la Antártida o que se pudieran encontrar en el espacio ultraterrestre o en la estación espacial internacional...

Por tanto, no hay incompatibilidad entre la soberanía territorial y el efecto extraterritorial de algunas leyes estatales, sin que ello en ningún caso pueda derivar en el ejercicio de poder coercitivo de un Estado en el territorio de otro, lo que está prohibido por el Derecho Internacional.

Además de los efectos penales y jurisdiccionales, el Derecho internacional reconoce, por ejemplo, a los Jefes del Estado desde el extranjero el derecho a promulgar y sancionar leyes, hacer nombramientos, conceder indultos, en definitiva, tomar cualquier decisión que le competa. Desde tiempo inmemorial, sólo se acepta este «privilegio» (genéricamente así reconocido por Convenio sobre las misiones especiales de 1969, art. 21) exclusivo de los jefes de Estado, de cualquier Estado, de poder seguir ejerciendo las funciones propias

de su rango y cargo desde el extranjero con plena validez –salvo eventuales y muy raras limitaciones constitucionales de su Estado–.

El resto de poderes públicos españoles sólo pueden ejercer sus poderes constitucionales y estatutarios desde el territorio español. Ningún acto individual ejerciendo poder público por parte de miembros de un Ejecutivo o Legislativo estatal o autonómico tendría validez jurídica si se realiza en el extranjero.

Otras actividades extraterritoriales atribuidas a los Estados y protegidas por el DI son la interceptación de buques de terceros Estados y ejercicio de jurisdicción penal sobre personas –cualquiera que sea su nacionalidad o pudiera ser destino dentro de la UE– fuera de los espacios marítimos de soberanía nacional. Esta actividad excepcional para luchar contra el tráfico ilegal de migrantes está prevista en la Convención de las NNUU contra la delincuencia organizada transnacional y su protocolo adicional contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire –Nueva York de 15 de noviembre de 2000– y en la Ley Orgánica 13/2007 para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, *BOE* de 20 de noviembre de 2007.

En consecuencia, el territorio supone una limitación reguladora para el Estado, pero no exclusiva de la validez de su ordenamiento que puede tener efectos más allá del territorio nacional.

## 6. ALGUNOS REGÍMENES ESPECÍFICOS EN LA SOBERANÍA TERRITORIAL

Me voy a referir a algunas situaciones especiales en la medida en que han afectado o afectan a España. Una excepción o limitación histórica de la potestad soberana territorial es el *condominio*, caracterizado por el ejercicio conjunto de la autoridad pública sobre una porción de territorio determinado en pie de igualdad por dos Estados.

Esa cosoberanía, como la que existe desde 1659 –Tratado de los Pirineos–, la siguen ejerciendo España y Francia en la *Isla de los Faisanes* o isla fluvial de la Conferencia, en la desembocadura del río Bidasoa. Es un caso histórico de indivisión territorial que impide el exclusivismo territorial de uno u otro Estado (confirmada por tratados posteriores de 1857 y 1901). Durante seis meses se ejerce la soberanía por España (de febrero a julio) y los otros seis meses por Francia.

Tampoco es imprescindible la *contigüidad* territorial para ejercer legítima soberanía territorial como en el enclave pirinaico español de Llívia en Francia.

Claro que el triunfo de la igualdad soberana y la libre determinación de los pueblos en la segunda mitad del siglo xx no ha impedido que, en ocasiones, la Sociedad internacional institucionalizada ha tenido que intervenir en el ejercicio de los poderes soberanos de un Estado cuando éstos faltan a las obligaciones inherentes al ejercicio del poder. La soberanía territorial de algunos Estados se puede ver suspendida debido a su incapacidad para ejercer su soberanía, su incapacidad para organizar el territorio y las relaciones entre o con sus ciudadanos. La «soberanía suspendida» da lugar a la asunción de la «*administración internacional del territorio del Estado*» como sucedió, por ejemplo, en Camboya, Timor Oriental, Kosovo, Macedonia, Afganistán o Iraq. Operaciones integrales llevadas a cabo por la ONU o por la OTAN con autorización de la ONU, o por la UE. Cada uno con una motivación y contexto específico; la mayoría relacionadas con situaciones de conflicto interno o internacional y que han sido ejemplo relevante de la diplomacia transformadora de Naciones Unidas. España (a través de sus diplomáticos y Fuerzas Armadas) estuvo implicada muy activamente en la administración internacional de Bosnia-Herzegovina bajo control internacional en nombre de la comunidad internacional.

## 7. EFECTO DE LA MEMBRESÍA DE LA UE SOBRE LA SOBERANÍA TERRITORIAL

Las competencias estatales sobre el territorio se han visto afectadas para los miembros de la UE. Cuando un Estado se adhiere a la UE ingresa con todo su territorio reconocido internacionalmente en el momento de la adhesión, salvo que las Partes establezcan otra cosa (art. 52 TUE; art. 29 Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969).

El territorio de cada Estado miembro no está delimitado o descrito por los Tratados de la UE sino por sus normas internas y por los tratados con Estados vecinos, sean o no miembros de la UE. Por ello, ningún Tratado de la integración ha regulado ni necesita regular el territorio de sus Estados. Es un asunto interno de cada Estado miembro, aunque con relevancia jurídica para la UE.

Para la UE el territorio es un elemento constitutivo de la existencia del Estado miembro y forma parte de la identidad nacional que merece ser respe-

tada por la UE. El territorio estatal es un hecho objetivo y externo a la UE, aunque de ese hecho se deriven *consecuencias directas* para la Organización al ser el territorio estatal el espacio en el que son exigibles los Tratados y el derecho derivado.

Las fronteras siguen siendo un elemento que delimita la jurisdicción de cada Estado de la UE, signo de su independencia y un elemento de seguridad, incluso entre los Estados miembros.

Las fronteras entre Estados miembros (interiores) no han desaparecido, así como las fronteras con terceros Estados (exteriores) siguen cumpliendo sus cometidos esenciales. Hablar de fronteras interiores y exteriores, hay que reconocerlo, es el resultado de reconocer que la integración, al lograr un espacio interno para el libre movimiento de personas, difumina los efectos de las fronteras de los Estados en las relaciones mutuas. La relativización del régimen de fronteras es tal que han desaparecido de forma habitual las actividades tradicionales de control y vigilancia estatales entre los Estados miembros (en las interiores).

Las fronteras son de los Estados miembros y no de la UE. Lo que se regula es *uniformidad* de los controles para su acceso desde Estados terceros y la *ausencia* o disolución de los controles internos en el espacio unificado.

La Unión no tiene territorio; tiene *un ámbito espacial de aplicación de sus normas* ligado al territorio de sus Estados miembros. Los dos grandes tratados (Tratado de la UE y Tratado de Funcionamiento de la UE, en adelante TUE y TFUE) se refieren siempre al territorio de los Estados miembros o a su integridad territorial, salvo dos excepciones contextualizadas.

Por tanto, las expresiones populares sobre «territorio de la UE» y «fronteras de la UE» deben ser siempre utilizadas con el valor convenido de que el territorio de la Unión no es otro que el territorio de *cada Estado miembro* en el que se aplican los Tratados (en consonancia con los art. 52 TUE y 355 TFUE). Para establecer el ámbito de aplicación territorial de los Tratados y del derecho derivado, desde la fundación en 1951-1957, se enuncia *eo nomine* a cada Estado miembro (art. 52 TUE).

Siendo el territorio un elemento específico de los Estados miembros, éstos disponen libremente en su territorio de los derechos propios o inherentes a su condición de Estados (TJCE, sentencia de 10.10.1978, *Hansen/Hauptzollamt Flensburg*, 148/77), como es el aumentar o perder territorio *de conformidad con el Derecho Internacional* (incluido el principio de efectividad, la fuerza de los hechos); es un asunto que no es de competencia de la UE.

La UE no puede llevar a cabo actuaciones políticas o normativas que puedan perjudicar la integridad territorial. No puede haber ninguna injerencia

de la UE en la conformación del territorio legal de sus miembros. El artículo 4.2 TUE muestra el respeto de la Unión al territorio de cada Estado como elemento de identidad y a su responsabilidad exclusiva sobre el mismo. La UE no absorbe ni disuelve las capacidades estatales sobre el territorio.

En coherencia con el Derecho internacional, el Derecho de la UE establece que es función esencial del Estado miembro «garantizar su integridad territorial». Territorio e integridad territorial son bienes de la exclusiva competencia del Estado, si bien un ataque a la integridad territorial de un Estado miembro suscitará la solidaridad de los miembros de la UE y la acción colectiva de legítima defensa (art. 42.7 TUE y 222 TFUE). En conclusión, el respeto al territorio y a la seguridad interna y externa del Estado miembro es un *a priori* del sistema jurídico-político de la Unión.

El Derecho internacional y europeo se remiten pues al derecho interno para la defensa del territorio. Examinaré el territorio y su protección constitucional.

## 8. EL TERRITORIO DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de 1978 se sumó a la tradición constitucional española en el silencio sobre la determinación del territorio del Estado, es decir, no explícita en qué espacio físico se ejerce la soberanía. Ese silencio fue roto en algunos textos constitucionales españoles que delimitaron el territorio de soberanía, como fue la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 10), el proyecto de Constitución Federal de la Primera República de 1873 (art. 1º) y la Constitución de la Segunda República de 1931 (art. 8).

Hay que reconocer que *no* es cometido de las constituciones definir el territorio. Ahora bien, las constituciones de Estados federales o Estados complejos suelen definir las regiones o partes que lo forman. Así, Alemania incluye el nombre de todos los *länder* en el preámbulo: «los alemanes de» [... lista de los *länder*...] y cierra ese párrafo de la lista así: «...han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán». Una fórmula ejemplar a tener en cuenta en España.

Francia incluye la lista completa, en el articulado mismo, de los territorios extra-europeos, de todos, no oculta ningún territorio de soberanía. Austria también enumera sus *länder* (art. 2). Bélgica describe su pequeño pero complejo territorio en los artículos 2 a 5; e Italia enumera sus regiones en el artículo 131 de su Constitución.

También aluden al territorio las constituciones que reclaman la recuperación de territorios que consideran propios, pero sometidos a un soberano extranjero por un hecho colonial o de guerra (Gibraltar). Nuestra constitución no se adscribe dentro del movimiento constitucional irredentista que reivindican los territorios de la integridad territorial perdida. Por tanto, España se encontraba en esas circunstancias que hubieran aconsejado incluir referencias nominativas a la composición del territorio al tener un Estado fundado en la autonomía de las «nacionalidades y regiones» y un territorio ocupado y reivindicado desde 1704.

Amén de no olvidar que el territorio de España ha sufrido desde el siglo XIX importantes reducciones y no siempre conformes al Derecho interno e internacional y, sobre todo y más importante, que España tiene particulares problemas que afectan a nuestra integridad territorial debido a que presentamos reivindicaciones por activa y por pasiva: reivindicamos territorio (Gibraltar) que está bajo soberanía de otro Estado (Reino Unido). Nos reivindicamos (Marruecos) territorio que nos pertenece de forma indubitada en Derecho (Ceuta, Melilla, Chafarinas, Perejil y los peñones de Vélez de la Gomera y Alhucemas). Como decía Remiro Brotóns en 1978 «[E]xplicitar la vocación de permanencia en un territorio no es superfluo cuando aquella es desafiada» (*Territorio nacional y Constitución de 1978*, Madrid, 1978, p. 139).

La Constitución se refiere en varias ocasiones al «territorio español» (art. 138.1; 139.2; 158.1 y 161.1), en una ocasión al «territorio de España» (art. 68.5), en otra al «territorio nacional» (art. 19) y al «territorio del Estado» (art. 139.1). No son del todo incorrectas esas fórmulas variadas, aunque en un mismo texto jurídico se debe evitar una pluralidad de términos para un mismo concepto.

La Constitución contiene varias afirmaciones fundamentales: las relativas a que la soberanía nacional reside en el pueblo español (art. 1.2) y a la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2). Pero en estos dos preceptos fundamentales no hay referencias expresas a la «integridad territorial».

Solo en dos preceptos constitucionales se menciona la integridad territorial. En el capital artículo 8 se encomienda a las Fuerzas Armadas garantizar la soberanía e independencia, defender la integridad territorial (contexto, frente a terceros), y el ordenamiento constitucional (contexto, interno), si nos dieran *jaque*. La otra mención es en el artículo 94.1, c) para ceder territorio, para entregar parte de la soberanía territorial –si nos llegaran a dar *mate*– al permitir celebrar tratados que afecten a la integridad territorial; es decir, ceder territorio por *mayoría simple* (relación entre art. 94.1 y 74.2). La consecuencia de esa situación, como señala Antonio Remiro, es que estos tratados de cesión territorial serían «el epílogo forzoso de una situación patológica irreversible: la

derrota militar» (*Derecho Internacional Público. I. Principios Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 159). Preocupante.

Declarar «la insoluble unidad de la Nación española» en el artículo 2.1 es encomiable, o encomendar la defensa de la integridad territorial a las FFAA tan encomiable como imprescindible, pero quizás es retórico... pues la misma Constitución permite en un caso extremo desenganchar territorio nacional por la mera mayoría parlamentaria si el Gobierno de España –débil o clientelar– recurre a un tratado internacional para ceder territorio nacional a un tercer Estado.

No se debe ni se puede permitir la cesión de territorio o cualquier acción que afecte a la integridad territorial y menos aún mediante Tratado cuya aprobación se hace por mayoría simple de cada Cámara. Tampoco aunque fuera por mayoría absoluta. No se debe prever, bajo ningún concepto, la posibilidad de afectar a la integridad territorial. Una constitución no puede prever ni regular la cesión de territorio de soberanía; es de una debilidad extrema frente a terceros.

No sé si el constituyente español se encontraba todavía bajo el «síndrome de Almanzor», y quizás les movió al redactar esas concesiones el deseo de evitar el drama de las pasadas guerras africanas del siglo XIX y XX. En fin, si, para un caso límite, se admite la previsión de ceder territorio a terceros, debería hacerse con una mayoría cualificada similar a la revisión de la Constitución misma.

Si constara el nombre de las nacionalidades y regiones cualquier pretensión de secesión o la cesión de territorios a terceros Estados exigirían la reforma de la Constitución y, con ello, una amplia mayoría. Más razones para abordar la reforma constitucional e incluir, hoy, el nombre de las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos ciudades autónomas. Hay tres menciones a Ceuta y Melilla en la Constitución, pero ninguna a Gibraltar. Es conveniente, y estamos a tiempo en la soñada reforma de la Constitución española, de proclamar la *irreductibilidad* del territorio español bajo soberanía y precisar, sin temor, qué «nacionalidades y regiones» conforman el territorio peninsular e insular y las ciudades autónomas.

# LOS LÍMITES DEL TERRITORIO NACIONAL EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

ROSA M. COLLADO MARTÍNEZ  
Letrada del Consejo de Estado

## 1. EL NOMBRE DEL REINO DE ESPAÑA

Son muchas las previsiones sobre la intervención del Consejo de Estado en materias de derecho internacional y particularmente en materias de derecho comunitario europeo, como después se verá. Pero procede en este momento prestar especial atención al artículo 25 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado que dispone: «1. *El Consejo de Estado, sea en Pleno o en Comisión Permanente, puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente*».

Este fue el origen de la consulta planteada en el Dictamen 46.208, de 9 de julio de 1984, en una consulta potestativa acerca del expediente incoado para decidir cómo denominar a nuestro país en los textos de los acuerdos internacionales que España suscribe.

El expediente se plantea por la Asesoría Jurídica del Ministerio de Exteriores, que, tras analizar la tradición histórica y asegurar que España es un Reino, una Monarquía Parlamentaria, estima que la denominación tradicional ha sido siempre España y no «*Reino de España*», «*Gobierno de España*» o «*Estado Español*». Fue consultada en el caso la Abogacía del Estado en la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores, que expuso que era

procedente distinguir entre Estado y Nación y valoró que la mayor parte de los países utilizan en sus relaciones exteriores una denominación que hace referencia a su forma política, citando varios ejemplos, como la República Francesa o el Reino Unido de la Gran Bretaña. Estimaba, por estas razones que, «salvo en el paréntesis 1939-1978 (...) la denominación correcta es Reino de España». En su segundo informe, la Asesoría Jurídica del Ministerio de Exteriores añade a sus argumentos que el nombre utilizado en sus relaciones exteriores en los distintos países es el que aparece en sus respectivas Constituciones, lo que no puede decirse de nuestro caso. Efectivamente, nuestra Constitución no se denomina «*Constitución del Reino de España*».

En estos términos planteada la consulta, razona el Consejo de Estado que: «(...) *El problema es que la Constitución Española de 1978 no impone formalmente nombre al Estado a los fines de designar el sujeto de Derecho internacional. El solo apoyo del artículo 10.2 de la Constitución no permite sostener que la Constitución llame al Estado España*». Señalaba el Consejo de Estado en el citado Dictamen 46.208, de 9 de julio de 1984: «*Por lo demás es claro y por nadie se ha puesto en duda que el sujeto de Derecho Internacional es el Estado, a estos efectos el Estado Español*» de modo que resulta oportuno atender a dos argumentos.

El primero, el histórico: «*Obligado resulta acudir al estudio histórico que ayudará a perfilar la materia de que se trata. Bajo la Monarquía Absoluta el “ius representationis omnimodaе” que se atribuye al Soberano lleva a designarlo como parte contratante de los Tratados Internacionales. Así en el caso español se hablará de “el Señor Rey de España”, el “Señor Rey Católico” y, sobre todo, “Su Majestad Católica”, expresión esta que se generaliza en el siglo XVIII. Durante el siglo XIX son pocos los tratados en los que la designación del Estado español se hace mediante el solo término de “España”, (por ejemplo: “España cede a Alemania la plena soberanía y propiedad sobre las islas Carolinas...” –Tratado de 12 de febrero de 1899). En cambio, en el siglo XX su utilización se generaliza en los títulos o denominaciones oficiales de los Tratados (así, se dirá “Tratado entre España y ...”). En la etapa actual ha predominado el empleo de la fórmula “Gobierno del Reino de España”, sobre todo en el título y en el preámbulo de los Tratados, sin embargo, pueden encontrarse también las expresiones “Gobierno de España” y “Gobierno español”. Cabe recordar que el 3 de enero de 1979 se celebraron cuatro Acuerdos “entre el Estado español y la Santa Sede” sobre varias materias. En alguna ocasión se ha hablado de “Reino de España” en el título de un Tratado. También se habla de “Reino de España” en el Instrumento de Adhesión al Tratado del Atlántico Norte (29 de mayo de 1982); en cambio, el Instrumento de Adhesión al Tratado Antártico (18 de marzo de 1982) dice simplemente “España”».*

También resulta útil el estudio del derecho comparado, estudio para el que Consejo de Estado se remite a *«las Constituciones de las Monarquías parlamentarias europeas, citando los ejemplos de la “Constitución del Reino de Dinamarca” y “la Constitución del Reino de los Países Bajos” junto con los de Suecia, Dinamarca y Noruega. La práctica de estas Monarquías en materia de tratados internacionales es también unánime en cuanto a la utilización de la palabra “Reino”, que todas utilizan para designarse a sí mismas como Partes contratantes. Parece lícito concluir que lo que es apropiado para Estados semejantes al nuestro, resulta también apropiado para el Estado Español»*.

Tras el razonamiento se concluye: *«El Consejo de Estado es de dictamen: Que son igualmente admisibles las denominaciones “España” y “Reino de España” para designar al Estado español en los Tratados internacionales en que sea parte, si bien la segunda es tiene mayor entidad individualizadora»*.

Aceptado el criterio del Consejo de Estado, que puede verse reflejado en la práctica internacional, se vuelve a plantear el tema en el Dictamen 808/2013, de 3 de octubre de 2013<sup>1</sup>, sobre el anteproyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. En este caso señalaba el Consejo de Estado:

*«Denominación del Estado Español. El artículo 8 eleva a rango de ley la previsión contenida en la Orden Circular núm. 3.049 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación en orden a la denominación del Estado Español en los acuerdos internacionales. El Consejo de Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca de la denominación con la que designar a nuestro país en los acuerdos internacionales que España suscribiese, en el dictamen 46.208 de 9 de julio de 1984. Partiendo de la Constitución Española, que sin embargo no impone formalmente nombre al Estado –que es el sujeto de Derecho internacional–, a los fines de su designación o reconocimiento en la comunidad internacional y tras un extenso estudio, el Consejo de Estado concluyó en el dictamen de referencia, criterio que se reitera en el presente, que son igualmente admisibles las denominaciones “España” y “Reino de España” para designar al Estado español en los Tratados internacionales en que sea parte, si bien la segunda es preferible y tiene mayor entidad individualizadora.*

*En todo caso, lo que no parece justificado ni tampoco oportuno es proceder con la ambigüedad que resulta de lo que dispone este artículo 8, esto es, mediante el uso de dos denominaciones alternativas, dependiendo la elección entre una y otra de una valoración de la «solemnidad» asociada al instrumento de que se trate que además no se especifica a quién corresponde determinar, ni introducir cambios en el modo en el que en el presente se procede»*.

Finalmente, el artículo 8 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, elevó a norma de rango legal este criterio y expone: *«Artículo 8. Denominación del Estado español. La denominación oficial del Estado español en los tratados internacionales será “Reino de España”»*.

## 2. LOS LÍMITES DEL TERRITORIO NACIONAL

La Constitución española no delimita ni describe las fronteras del territorio nacional. No resulta extraño que así sea, ya que España no ha tenido nunca dudas sobre su existencia como Estado y como Reino. Cuando aparece el reflejo de los límites territoriales en una Constitución lo usual es que se trate de un acto de afirmación, como puede ser interpretada la Ley Fundamental de Bonn, que en su Preámbulo señala: *«Los alemanes, en los Länder de Baden-Wurtemberg, Baja Sajonia, Baviera, Berlín, Brandeburgo, Bremen, Hamburgo, Hesse, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Renania del NorteWestfalia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Sarre, Schleswig-Holstein y Turingia, han consumado, en libre autodeterminación, la unidad y la libertad de Alemania. La presente Ley Fundamental rige, pues, para todo el pueblo alemán».*

Si alguna vez España tuvo esas dudas, nunca con respecto a la Península, aparecieron con el declive del Imperio. Así puede apreciarse, por ejemplo, en la Constitución de Cádiz, que dedica su artículo 10 al territorio de las Españas y dispone:

*«Título II. Del territorio de las Españas, su religión y gobierno, y de los ciudadanos españoles»*

*Capítulo Primero. Del territorio de las Españas.*

*Artículo 10. El territorio español comprende en la Península con sus posesiones e islas adyacentes, Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las islas Baleares y las Canarias con las demás posesiones de Africa.*

*En la América septentrional, Nueva España, con la Nueva Galicia y Península de Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo, y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar.*

*En la América meridional, la Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata, y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico.*

*En el Asia, las islas Filipinas, y las que dependen de su gobierno».*

Y así se aprecia, en el mismo sentido, en la Constitución de 1931:

*«Título Primero. Organización nacional.*

*Artículo 8.º*

*El estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual, estará integrado por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía.*

*Los territorios de soberanía del norte de África se organizarán en régimen autónomo en relación directa con el Poder central».*

En estos términos, el territorio del Reino de España queda delimitado por sus fronteras, detalladas por Cordero Torres<sup>2</sup>. Estas fronteras están fijadas en Tratados Internacionales. El Reino de España tiene una extensión de 505.370 km<sup>2</sup> y su territorio comprende 17 Comunidades Autónomas, 50 provincias y dos ciudades autónomas. Su capital está en Madrid y abarca la mayor parte de la península, las Islas Baleares, las Islas Canarias, las plazas de soberanía del Norte de África y varias islas e islotes, así como un enclave en Francia, el municipio de Llívia.

Procede, por tanto, precisar cuáles son estas fronteras, por decirlo con palabras de la Real Academia, los confines del Estado. El perímetro total de España abarca 5.849 kilómetros y las líneas de frontera suponen 687 kilómetros con Francia, 34 con Andorra, 1.232 con Portugal, 8 en el caso de Ceuta y 10 en el de Melilla. Existen 162 líneas de fronteras internacionales terrestres definidas, cuya fijación corresponde al Ministerio de Asuntos Exteriores. El total de líneas jurisdiccionales definidas terrestres es de 26.128<sup>3</sup>.

### 3. ESPAÑA LIMITA AL NORTE CON EL MAR CANTÁBRICO Y LOS MONTES PIRINEOS QUE LA SEPARAN DE FRANCIA...

La frontera con Francia está definida mediante el Tratado de Paz de los Pirineos, conocido como Paz de los Pirineos, que fue firmado el 7 de noviembre de 1659, en la Isla de los Faisanes, en el río Bidasoa. Los firmantes fueron Luis de Haro, valido del Rey, y el Cardenal Mazarino, representantes de Felipe IV de España y de Luis XIV de Francia<sup>4</sup>.

La intervención de Francia en las guerras españolas en Europa supuso un revés para España. En 1643 los Tercios fueron derrotados en Rocroi y en 1658 Juan José de Austria perdió la batalla de las Dunas en la que Francia, aliada con Inglaterra, triunfa sobre España. El declive español se refleja en el Tratado de los Pirineos. En el Tratado, que consta de 124 artículos, se fija la frontera siguiendo los Montes Pirineos, salvo en lo que se refiere al pequeño enclave de Llívia y al valle de Arán. Fue completado después con dos Tratados de Límites, el primero, el Tratado de límites entre España y Francia desde el Valle de Andorra hasta el Mediterráneo, firmado en Bayona el 26 de mayo de 1866, con anexos y acta firmados en Bayona el 11 de junio de 1868, el segundo, el Tratado de límites entre España y Francia desde la extremidad oriental de Navarra (Collado de

Añalarra) hasta el Valle de Andorra, firmado en Bayona a 14 de abril de 1862, con sus anexos ajustados en la misma ciudad a 27 de febrero de 1863.

La frontera tiene 620 mojones, más otros 45 en Llivia. Corre desde Hendaya y Fuenterrabía en el oeste hasta Cerbère y Portbou, ya en el Mediterráneo. En todo caso es preciso hacer constar que las fronteras definitivas, firmadas en los Tratados de Bayona (entre 1856 y 1868), desaparecieron físicamente con la entrada en vigor de acuerdo de Tratado de Schengen en 1995.

El municipio de Llivia constituye un enclave español en territorio francés. Los acuerdos alcanzados en la Paz de los Pirineos se completaron en 1660 con el Tratado de Llivia, que fija la frontera entre España y Francia en la Cerdeña, pasando a Francia 33 pueblos y lugares del valle y quedando Llivia en manos españolas. Los privilegios de la villa de Llivia fueron concedidos por el Emperador Carlos V. Pertenece hoy a la provincia de Gerona y cuenta con tres núcleos de población: Llivia, Cereja y Gorguja. El municipio tiene una superficie de 12,83 km<sup>2</sup> y 1.641 habitantes, según el padrón municipal para 2019 del Instituto Nacional de Estadística ([www.ine.es](http://www.ine.es) <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e244/avance/p02/10/&file=1mun00.px>).

Tiene también un estatuto jurídico singular la Isla de los Faisanes, en la que se firmó la Paz de los Pirineos, que se encuentra en el centro del Río Bidasoa. La soberanía sobre la isla la comparten los dos países, España y Francia, en un condominio sobre sus 6820 m<sup>2</sup>. En la misma isla se celebró el matrimonio entre Luis XIV, el Rey Sol de Francia y la Infanta María Teresa de Austria, hija de Felipe IV, el 9 de junio de 1660. La isla pertenece seis meses a Francia y seis meses a España.

España limita al norte, además, con el Principado de Andorra. El Principado de Andorra es un Estado independiente, que cuenta con 468 km<sup>2</sup> y una población de alrededor de 78000 habitantes. Su forma política es la democracia parlamentaria y aunque no es miembro de la Unión Europea, lo es de la Organización de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). Andorra es un coprincipado, siendo los Copríncipes el Presidente de la República Francesa y el Obispo de la Seo de Urgel. Su idioma oficial es el catalán. Está conectado a España y Francia por dos carreteras principales. Por lo que se refiere a España discurre en el valle del Valira entre Seo de Urgel y San Julián de Loria. La carretera es la N1 andorrana y la N-145 española, con el paso fronterizo en la aduana de La Farga de Moles, y en el otro lado, la aduana de Sant Julià de Lòria.

Su Constitución prevé en la Disposición Adicional Primera que: «*La Constitución confiere mandato al Consell General y al Govern para que, con la*

*asociación de los Coprínceps, propongan negociaciones a los Gobiernos de España y de Francia con el objetivo de firmar un Tratado Internacional trilateral para establecer el marco de las relaciones con los dos Estados vecinos sobre la base del respeto a la soberanía, independencia e integridad territorial de Andorra». Sobre las relaciones entre España y Andorra cabe la cita del Dictamen 770/1993<sup>5</sup>, de 10 de junio de 1993, sobre el Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación entre España, la República Francesa y el Principado de Andorra. Expresa el Dictamen citado: «Partiendo del último de los puntos de vista aludido, cabe referirse a la importancia que el reconocimiento del Principado de Andorra como Estado soberano tiene para la definición de su estatuto internacional; este reconocimiento cobra especial significación si se tiene en cuenta, por un lado, que el reconocimiento se lleva a cabo por los dos Estados vecinos, España y Francia, en un mismo instrumento jurídico; y, por otro lado, las peculiaridades de la organización política del Principado hasta la entrada en vigor de la Constitución, ordenación política no exenta de elementos tradicionales y con importantes repercusiones en el derecho internacional. En esta misma línea, debe subrayarse la trascendencia de la posibilidad, contemplada en el Tratado, de que el Principado de Andorra solicite del Reino de España o de la República Francesa que se haga cargo de la protección de los intereses y de la representación diplomática del Principado frente a terceros Estados o en conferencias u organizaciones internacionales».*

Sobre el mismo tema cabe también la cita de del Dictamen 877/1993, de 8 de julio de 1993, sobre el Acuerdo entre España y el Principado de Andorra relativo al Estatuto del Copríncipe Episcopal, el Dictamen 212/2002, de 12 de febrero de 2002, sobre la revisión de oficio de la Resolución de 4 de julio de 2000, de la Secretaría de Estado de Educación y Universidades, por la que se concede el título de Médico Especialista a determinados Licenciados en Medicina y Cirugía andorranos, del Dictamen 786/2009, de 12 de noviembre de 2009, sobre el Protocolo de Enmienda y de Adhesión del Principado de Andorra al Tratado entre el Reino de España y la República Francesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales hecho en Bayona el 10 de marzo de 1995, del Dictamen 293/2015, de 9 de abril de 2015, sobre el Convenio entre el Reino de España y el Principado de Andorra para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y prevenir la evasión fiscal y su Protocolo, y del Dictamen 296/2015, de 21 de mayo de 2015, sobre el Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra sobre transporte internacional por carretera, entre otros muchos.

La línea de frontera con España se extiende por los Pirineos y a lo largo del sur de Andorra. La línea fronteriza con Francia siempre fue consensual

hasta que, en 2012, un tratado bilateral firmado entre Francia y Andorra definió oficialmente el trazado de la frontera. Por lo que se refiere a España es preciso dejar constancia del Tratado de límites entre España y Francia desde el Valle de Andorra hasta el Mediterráneo, firmado en Bayona el 26 de mayo de 1866 y el Tratado de límites entre España y Francia desde la extremidad oriental de Navarra hasta el Valle de Andorra, firmado en Bayona a 14 de abril de 1862, pero, como señala Capdevilla<sup>6</sup> «no existe ningún tratado de límites entre España y Andorra, aunque sí se hicieron trabajos en ese sentido». Se han llevado a cabo varios intentos, mediante comisiones hispano-andorranas en 1856 y 1863, llegando a Acuerdos sobre el amojonamiento. Sin embargo, el deslinde y amojonamiento no prosperó. Parece que no se le dio la fuerza jurídica necesaria como para que se formalizase internacionalmente.

#### 4. EL TERRITORIO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES: LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO Y SU DOCTRINA

Como es sabido, el Consejo de Estado ha de ser consultado, dispone la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, en buena parte de las cuestiones que afectan a los tratados internacionales. Procede, pues, detenerse en el instrumento normativo que se ocupa de fijar las fronteras y exponer la doctrina del Consejo de Estado sobre el particular.

Es oportuno precisar que el artículo 93 de la Constitución determina que mediante Ley Orgánica cabe autorizar el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a una organización o institución internacional y el artículo 94 prevé que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales en los siguientes casos:

- a) *Tratados de carácter político.*
- b) *Tratados o convenios de carácter militar.*
- c) *Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.*
- d) *Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.*
- e) *Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.*

Es en esta fase en la que se incardina la actuación del Consejo de Estado, ya que según la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, el Consejo de Estado en Pleno

debe ser consultado sobre «2. *Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo*», «4. *Dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte*», «5. *Problemas jurídicos que susciten la interpretación o cumplimiento de los actos y resoluciones emanadas de Organizaciones internacionales o supranacionales*» y «6. *Reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional*».

Por otra parte, y según el artículo 22 de la misma Ley Orgánica, la Comisión Permanente habrá de serlo en «1. *En todos los tratados o convenios internacionales sobre la necesidad de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado*» y «2. *Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo*». Y según el artículo 25 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el Consejo de Estado, sea en Pleno o en Comisión Permanente, puede ser oído en cualquier asunto en que, sin ser obligatoria la consulta, el Presidente del Gobierno o cualquier Ministro lo estime conveniente.

Sobre este particular, es decir, sobre los tratados o convenios que afectan «a la integridad territorial del Estado» el Consejo de Estado ha expresado en su Doctrina que los acuerdos entre entidades locales o entes territoriales fronterizos no pueden ser calificados de tratados internacionales en sentido estricto. Así se establece en Dictamen 46.342, de 5 de julio de 1984, del Consejo de Estado, sobre el expediente relativo al Convenio-Marco Europeo sobre cooperación transfronteriza entre Entidades o Autoridades territoriales, hecho en Madrid el 21 de mayo de 1980. A los fines del Convenio se entiende por entidades territoriales aquellas que ejercen funciones locales y regionales y son consideradas como tales en la legislación interna de cada Estado y mediante el Convenio las Partes Contratantes se obligan, en esencia, a adoptar una actitud favorable hacia la cooperación transfronteriza. Señalaba el Consejo de Estado: «Puede decirse que las Partes se comprometen a ponerse de acuerdo entre sí en orden a la consecución del objetivo de cooperación que el Convenio persigue. En este sentido cabe concluir que el Convenio es en realidad un “*pactum de contrahendo*”; y, en cierta medida, también un “*pactum de modo contrahendi*”, si se tiene en cuenta que la función del Anexo del Convenio es ofrecer fórmulas para que cristalicen los acuerdos a que los Estados Partes lleguen en los asuntos de que se trata. La reserva que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores propone que se acompañe a la ratificación

*por España del Convenio pretende precisamente subrayar ese carácter pre-contractual del Convenio. En efecto, mediante esa reserva España declararía su intención de intercalar en todo caso entre el Convenio-Marco Europeo y la realización efectiva de la cooperación transfronteriza un “acuerdo interestatal” (según la terminología del convenio), es decir, dada la configuración de nuestras fronteras, un Tratado bilateral con cualquiera de nuestros vecinos que también fuera Parte en el Convenio-Marco Europeo. (...). Un contrato entre entidades locales (o, en su caso, regionales) tal como lo parece concebir el Convenio-Marco Europeo no es un Tratado internacional (...).*».

Añadía el Consejo de Estado: «*La naturaleza de los contratos en cuestión se parece a la de los convenios de pastos que los Tratados de límites con Francia de 1856, 1862 y 1866 permiten celebrar a los “fronterizos o rayanos” con la precisa intervención de las autoridades competentes. Por lo demás, y en virtud de dicho precepto, el control y la supervisión de los distintos acuerdos de cooperación transfronteriza corresponderá en todo caso al Estado. Así, por ejemplo, el ingreso de un Municipio extranjero en una Mancomunidad de Municipios españoles (posible al amparo de uno de los modelos de acuerdos interestatales, según se ha visto) habría de ser en todo caso autorizado por el Estado, aunque la competencia general en materia de régimen local sea titularidad de la Comunidad Autónoma correspondiente. Y también cabría anticipar que todo eventual acuerdo entre una Comunidad Autónoma y una Entidad de otro país tendría que ser autorizado por las Cortes Generales, a la vista del artículo 145.2 de la Constitución y por un elemental argumento “a minori ad maius”.* Se volverá después sobre este asunto en particular.

El Consejo ha precisado también que los tratados técnicos que no afectan al trazado de las fronteras no requieren autorización de las Cortes. Así se expone en los Dictámenes del Consejo del Estado 49.765, de 16 de octubre de 1986, en el expediente relativo al Canje de Notas entre España y Francia por el que se introduce una Segunda Adición al Acuerdo de 20 de mayo de 1969, que estableció en la Estación de Cerbére una Oficina de Controles Nacionales Yuxtapuestos y 55.253, de 22 de noviembre de 1990<sup>7</sup>, en el expediente relativo a la consulta formulada en torno al procedimiento que hubieran debido seguir los Canjes de Notas entre España y Francia de 9 de febrero-19 de marzo de 1990, por los que se modificaron los Acuerdos de 25 de agosto de 1969 y de 12 de marzo de 1985, que habían dispuesto la creación de Oficinas de Controles Nacionales Yuxtapuestos en Cerbère y en Port-Bou.

Reitera esta doctrina el Dictamen 250/1992, de 23 de abril de 1992<sup>8</sup>, relativo al expediente del proyecto Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre España y Francia por el que se modifica el Acuerdo de 29 de julio de 1970

sobre Controles Nacionales Yuxtapuestos en Cerbère-Col des Balîtres, y en el mismo sentido se pronuncia el Dictamen 1471/2006, de 14 de septiembre de 2006<sup>9</sup>, en el expediente remitido por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, relativo al Intercambio de cartas para la creación de una comisión intergubernamental hispano-francesa para proponer una selección de proyectos de autopistas del mar entre España y Francia.

El Consejo de Estado ha fijado, además, la diferencia entre deslinde y amojonamiento, en el Dictamen 1390/1999, de 20 de mayo de 1999, en el expediente enviado por el Ministerio de Asuntos Exteriores, relativo al Canje de Cartas entre España y Francia por el que se modifica el Convenio Adicional (Anexo V) de 28 de diciembre de 1858 al Tratado de Delimitación de 2 de diciembre de 1856, para tener en cuenta la reconstrucción del mojón 232 en un nuevo emplazamiento de la frontera con Francia. Señala el Consejo de Estado: *«Tal como se desprende del texto de las cartas que se intercambiarán, así como de los acuerdos previos de la Comisión Mixta de Límites Hispano-Francesa y de la Subcomisión de Amojonamiento, el nuevo Acuerdo no tiene por finalidad la modificación de la frontera entre España y Francia sino hacer constar oficialmente en el Anexo al Tratado de delimitación de la frontera de 1856 la nueva posición de la muga 232, colocada en sustitución del correspondiente mojón que había desaparecido. Tal modificación del emplazamiento de la señalización de los límites no afecta a la integridad territorial del Estado español, por lo que el Acuerdo que se concluirá no está comprendido en el primer supuesto del artículo 94.1.c) de la Constitución».*

Y ha precisado además el concepto y carácter de los tratados de vecindad. Así, en el Dictamen 45.737, de 29 de septiembre de 1983, en el expediente para la ratificación por España del Acuerdo de Cooperación sobre Pesca Marítima concluido en Rabat el 1 de agosto de 1983, señaló: *«Acierta la Secretaria General Técnica al indicar que el Acuerdo de que se trata queda englobado en el artículo 94.1.d) de la Constitución, que se refiere a los “tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda pública”. En varias de nuestras Constituciones del siglo XIX (así, por ejemplo, en el artículo 55 de la de 1876 se exigía autorización parlamentaria para ratificar los tratados “que estipulen dar subsidios a una potencia extranjera”. Así pues, el Acuerdo en cuestión enlaza en cierto modo con esta tradición (piénsese en los créditos que por él se conceden a Marruecos) que a su vez queda comprendida en la formulación del artículo 94.1d) de la vigente Constitución, que es más amplia, como expuso el Dictamen 43.008 de este Consejo. Cabría, además, aunque del desarrollo del supuesto resulte innecesario después de lo ya dicho, calificar el presente Acuerdo de tratado de carácter político en el sentido del artículo 94.1.d).*

*Es difícil dar un concepto preciso de tratado político, porque esta denominación tiene un valor meramente práctico y no jurídico, de ahí las muy variadas clases de tratados políticos que distingue la doctrina. En este caso el carácter político no le viene al Acuerdo de su objeto (los convenios económicos se han clasificado tradicionalmente entre los no políticos) ni de su texto. Dicho carácter político se desprende del lugar en el que se desarrollan las actividades reguladas por el acuerdo (lugar en que convergen importantes tensiones internacionales, por ello se contempla la posibilidad en la exposición más arriba citada de que Marruecos establezca zonas de seguridad) y del papel central que este Acuerdo desempeña en las relaciones amistosas entre España y Marruecos (como se deduce de su preámbulo y del carácter que tuvieron las negociaciones según la mencionada exposición). Debe recordarse que los tratados de amistad son una subespecie de los tratados políticos, que adquieren especial relevancia en los casos de vecindad, como ocurre también en este caso».*

En el mismo sentido, el Dictamen 770/1993, de 10 de junio de 1993<sup>10</sup>, sobre el Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación entre España, la República Francesa y el Principado de Andorra, se expresa: *«Es reiterada la doctrina del Consejo de Estado de que los tratados de amistad tienen carácter político, por lo que se encuentran comprendidos en el ámbito del artículo 94.1 a) de la Constitución. Si bien la categoría de tratado político es de difícil determinación, dificultad que se acrecienta cuando se trata de aprehender desde un punto de vista jurídico, como ya señaló el Consejo de Estado (dictamen número 50.417, de 12 de marzo de 1987), tal carácter político puede deducirse de su contemplación, bien desde una perspectiva interna, la del Derecho constitucional, bien desde una perspectiva externa, la de la Comunidad Internacional. De este modo, tendrán carácter político todos aquellos acuerdos que supongan un compromiso grave o estable para la política exterior española; y, también, aquellos que tienen una especial relevancia para la Comunidad Internacional, ya sea por la importancia fundamental para ésta de los temas regulados en el Tratado, ya sea porque, como ocurre en el caso presente, el Tratado tiene una significación política básica para definir la posición de un Estado o grupo de Estados desde el punto de vista jurídico-internacional. Desde ambos enfoques puede afirmarse la naturaleza política del Tratado sobre el que se consulta».*

## 5. ESPAÑA LIMITA AL ESTE CON EL MAR MEDITERRÁNEO...

El Mar Mediterráneo fue dominio del Imperio Español casi al completo, con un rastro que aún se conserva en el título largo de la Corona. En efecto, así

consta en la Real Cédula de Carlos IV por la que se publica la Novísima Recopilación: «*Real Cédula sobre la formación y autoridad de está Novísima Recopilación de Leyes de España. Don Carlos, por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las dos Sicilias, de Jerusalén, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galicia, de Mallorca, de Menorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Jaén, de los Algarbes, de Algeciras, de Gibraltar, de las Islas de Canaria, de las Indias Orientales y Occidentales, Islas y Tierra-firme del mar Océano; Archiduque de Austria; Duque de Borgoña, de Brabante y de Milán; Conde de Abspurg, de Flandes, Tirol y Barcelona; Señor de Vizcaya y de Molina &c. A los del mi Consejo, Presidentes, Regentes y Oidores (...)*».

En lo que afecta a los límites del territorio español es procedente recordar la significativa alteración que produjo el Tratado de Paz y Amistad entre España y Gran Bretaña de 1713, firmado en Utrecht<sup>11</sup>, por el que tanto Gibraltar como Menorca pasaron a la soberanía de Jorge I. El tratado, negociado por Francia, puso fin a la Guerra de la Sucesión española.

La isla de Menorca permaneció bajo dominio británico casi todo el siglo XVIII, tras su conquista en 1708, en la Guerra de Sucesión, por los ingleses. Así se dispone en el artículo XI del Tratado de Utrecht: «*Artículo 11. El Rey Católico, por sí y por sus herederos y sucesores, cede también a la Corona de la Gran Bretaña toda la isla de Menorca, traspasándola para siempre todo el derecho y pleno dominio sobre la dicha isla, y especialmente sobre la dicha ciudad, castillo, puerto y defensas del seno de Menorca, llamado vulgarmente Puerto Mahon, juntamente con los otros puertos, lugares y villas situadas en la referida isla. Pero se previene como en el artículo precedente, que no se dé entrada ni acogida en Puerto Mahon, ni en otro puerto alguno de la dicha isla de Menorca, á naves algunas de guerra de moros que puedan infestar las costas de España con su corso; y solo se les permitirá la entrada en dicha isla á los moros y sus naves que vengan á comerciar, según los pactos que haya hechos con ellos. Promete también de su parte la reina de la Gran Bretaña, que si en algún tiempo se hubiere de enagenar de la corona de sos reinos la isla de Menorca y los puertos, lugares y villas situadas en ellas, se la dará el primer lugar á la corona de España sobre otra nación para redimir la posesión y propiedad de la referida isla. Promete también su Majestad británica que hará que todos los habitantes de aquella isla, tanto eclesiásticos como seglares, gocen segura y pacíficamente de todos sus bienes y honores y se les permita el libre uso de la religión católica romana; y que para la conservación de esta religión en aquella isla se tomen aquellos medios que no parezcan enteramente opuestos al gobierno civil y leyes de la*

*Gran Bretaña. Podrán también gozar de sus bienes y honores los que al presente están en servicio de su Majestad católica, y aunque permanecieren en él; y será lícito á todo el que quisiere salir de aquella isla vender sus bienes y pasarlos libremente á España».*

La isla vuelve a la soberanía española con el Tratado de Tratado de Amiens de 1802, que pone fin a la guerra entre la Francia de Napoleón y Gran Bretaña. Se recuperó en el reinado de Carlos IV, entonces aliado de Napoleón.

Del mismo Tratado de Utrecht arranca la situación de Gibraltar<sup>12</sup>, que en su artículo X dispone:

*«El Rey Católico, por sí y por sus herederos y sucesores, cede por este Tratado a la Corona de la Gran Bretaña la plena y entera propiedad de la ciudad y castillo de Gibraltar, juntamente con su puerto, defensas y fortalezas que le pertenecen, dando la dicha propiedad absolutamente para que la tenga y goce con entero derecho y para siempre, sin excepción ni impedimento alguno. Pero, para evitar cualquiera abusos y fraudes en la introducción de las mercaderías, quiere el Rey Católico, y supone que así se ha de entender, que la dicha propiedad se ceda a la Gran Bretaña sin jurisdicción alguna territorial y sin comunicación alguna abierta con el país circunvecino por parte de tierra. Y como la comunicación por mar con la costa de España no puede estar abierta y segura en todos los tiempos, y de aquí puede resultar que los soldados de la guarnición de Gibraltar y los vecinos de aquella ciudad se ven reducidos a grandes angustias, siendo la mente del Rey Católico sólo impedir, como queda dicho más arriba, la introducción fraudulenta de mercaderías por la vía de tierra, se ha acordado que en estos casos se pueda comprar a dinero de contado en tierra de España circunvecina la provisión y demás cosas necesarias para el uso de las tropas del presidio, de los vecinos u de las naves surtas en el puerto. (...).*

*Si en algún tiempo a la Corona de la Gran Bretaña le pareciere conveniente dar, vender, enajenar de cualquier modo la propiedad de la dicha Ciudad de Gibraltar, se ha convenido y concordado por este Tratado que se dará a la Corona de España la primera acción antes que a otros para redimirla».*

El Estrecho de Gibraltar es un estrecho utilizado para la navegación internacional bajo jurisdicción de España. El libre paso se remonta a la Declaración franco-británica de 8 de abril de 1904, que lo establece en su artículo 7 (*«In order to secure the free passage of the Straits of Gibraltar, the two Governments agree not to permit the erection of any fortifications or strategic works on that portion of the coast of Morocco comprised between, but not including, Melilla and the heights which command the right bank of the River Sebou. This condition does not, however, apply to the places at present in the occupation of Spain on the Moorish coast of the Mediterranean»*) y al Convenio franco-español de 27 de noviembre de 1912, sobre Marruecos, que fija la

respectiva situación de España y Francia en Marruecos, y se ocupa del tema en su artículo VI («*Con objeto de asegurar el libre paso del Estrecho de Gibraltar, ambos Gobiernos convienen en no dejar que se eleven fortificaciones u obras estratégicas cualesquiera en la parte de la costa marroquí a que se refieren el artículo VII de la Declaración franco-inglesa de 8 de abril de 1904 y el artículo XIV del Convenio hispano-francés de 3 de octubre del mismo año y comprendida en las respectivas esferas de influencia*»).

Este derecho de libre paso se ratifica por la Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982, que fue objeto del Dictamen del Consejo de Estado 2376/1995, de 26 de octubre de 1995, sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Mar. En su III Parte, sobre los Estrechos utilizados para la navegación internacional, dispone el artículo 34: «*Condición jurídica de las aguas que forman estrechos utilizados para la navegación internacional. 1. El régimen de paso por los estrechos utilizados para la navegación internacional establecido en esta Parte no afectará en otros aspectos a la condición jurídica de las aguas que forman tales estrechos ni al ejercicio por los Estados ribereños del estrecho de su soberanía o jurisdicción sobre tales aguas, su lecho y su subsuelo y el espacio aéreo situado sobre ellas. 2. La soberanía o jurisdicción de los Estados ribereños del estrecho se ejercerá con arreglo a esta Parte y a otras normas de derecho internacional*».

En la Convención el Reino de España hizo constar la siguiente declaración: «*España, en el momento de proceder a la ratificación, declara que este acto no puede ser interpretado como reconocimiento de cualesquiera derechos o situaciones relativas a los espacios marítimos de Gibraltar que no estén comprendidos en el artículo 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, suscrito entre las Coronas de España y Gran Bretaña. España considera, asimismo, que la Resolución III de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no es aplicable al caso de la Colonia de Gibraltar, la cual está sometida a un proceso de descolonización en el que son aplicables exclusivamente las resoluciones pertinentes adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas*».

Gibraltar es un territorio no autónomo, bajo soberanía inglesa, que tiene frontera únicamente con España. España reclama su soberanía. Para la Organización de las Naciones Unidas, Gibraltar es una colonia (<https://www.un.org/es/decolonization/nonselvgovterritories.shtml>) y como tal se encuentra bajo supervisión de su Comité Especial de Descolonización. De hecho, es el único territorio en Europa y uno de los pocos en el mundo, no más de un total

de 17, sometido a este régimen. Según la ONU está supervisado desde 1946 y cuenta con 5,8 kilómetros cuadrados y 34.000 habitantes.

Ninguno de los intentos para recuperar el territorio ha tenido éxito, aun cuando España no ha dejado de insistir en su pretensión. En los dictámenes despachados por el Consejo de Estado en relación con tratados internacionales es habitual que se introduzcan cautelas con respecto a la situación de la colonia. Un buen ejemplo es el Dictamen 53.621, de 20 julio de 1989<sup>13</sup>, sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la Adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, hecho en San Sebastián el 26 de mayo de 1989. España se cuida de advertir que el Convenio de Bruselas no se extiende a Gibraltar. En el mismo sentido, el Dictamen 1839/2009, de 17 de diciembre de 2009<sup>14</sup>, en el expediente referente al Convenio relativo a las Garantías Internacionales sobre Elementos de Equipo Móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001, que cita la Nota interior de la Oficina de Asuntos de Gibraltar del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de 30 de septiembre de 2009 y subraya que debe incluirse el siguiente texto en la Declaración unilateral al Convenio: «*La aplicación a Gibraltar del presente Convenio no puede ser interpretada como reconocimiento de cualesquiera derechos o situaciones relativas a los espacios que no estén comprendidos en el artículo 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713*».

## 6. LOS ACTOS POLÍTICOS Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

En 1977 la verja o frontera construida por las autoridades británicas fue cerrada por España, en respuesta a la concesión de una mayor autonomía por parte del Reino Unido a los gibraltareños, tras el referéndum que allí se celebró.

El asunto llegó al Consejo de Estado que hubo de pronunciarse en el Dictamen 39.615/39.428 de 20 de marzo, sobre la reclamación de responsabilidad de un particular, propietario de una línea de vapores, cuyo negocio hubo de cerrar. Se narra que: «*El 25 de junio de 1969 el Ministerio de Asuntos Exteriores comunicó a la Embajada Británica en Madrid que el Gobierno Español había decidido suspender a partir del 27 de junio los servicios regulares marítimos entre el Puerto de Algeciras-La Línea y el Puerto de Gibraltar. El 26*

*de junio de 1969 el Comandante Militar de Marina de Algeciras trasladó al armador de los vapores el siguiente mensaje: Sírvase comunicar que desde las 00.00 horas del día 27 queda retirada la autorización de que disponía para mantener un servicio regular marítimo».*

La primera respuesta a la reclamación planteada por el particular fue desestimatoria: se entendía que el cierre de la verja constituía un acto político. Pero se instaba al Estado a entregar al armador una «*subvención graciable*». Recurrida la resolución ante el Tribunal Supremo, la Sentencia de 14 de febrero de 1974 ordenó la tramitación del expediente, en el que se habría de consultar al Consejo de Estado. En el Dictamen citado el Consejo de Estado señala que procede, al amparo del artículo 40 de la Ley Régimen Jurídico de la Administración del Estado, indemnizar y abrir expediente contradictorio y expresa: «*Se trata pues, de la adopción de una medida política de carácter discrecional, que por su naturaleza no es fiscalizable en vía contenciosa. Pero la indiscutible legitimidad del acuerdo del Gobierno no es en modo alguno obstáculo para que la lesión producida al reclamante, consistente en la desaparición de la actividad empresarial de navegación, en la modalidad específica de transporte de pasajeros en aguas interiores de bahía, deba ser indemnizada de acuerdo con el amplio y expansivo concepto que, tanto el Tribunal Supremo como este Alto Cuerpo Consultivo, vienen aplicando al precepto que sobre responsabilidad patrimonial se contiene en el artículo 40 de la citada Ley de Régimen Jurídico, que concede el derecho de indemnización siempre que “la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal... de los servicios públicos”. En consecuencia, por lo expuesto el Consejo de Estado estima que ha quedado plenamente acreditada en el expediente a la existencia de una actividad empresarial harto antigua que queda bruscamente interrumpida por voluntad totalmente ajena a la dicha empresa ya que la única causa de la interrupción fue la decisión tomada por el Gobierno de la nación en el cumplimiento de sus altas funciones de dirección de la política nacional. Por tanto, la consecuencia económica de tipo dañoso que dicha medida tiene con respecto a la empresa no ha de ser soportada individualmente por el titular».*

En idéntico sentido se expresó el Consejo de Estado en un caso semejante, el resuelto por el Dictamen 520/1994, de 14 de julio de 1994<sup>15</sup>, tras una reclamación presentada por la pérdida de su negocio dedicado a importación de mercancías diversas y ventas al por mayor, negocio que figuraba registrado en Gibraltar a nombre de un súbdito británico. Y más tarde en los Dictámenes 3461/1999, de 20 de enero de 2002<sup>16</sup> y 3463/1999, de 20 de enero de 2000<sup>17</sup>, relacionados con el cierre de la frontera de Gibraltar acordado en junio de 1969.

## 7. AL SUR CON ESTE MISMO MAR...

España limita al Sur con el Mar Mediterráneo y con el Reino de Marruecos. Y cuenta en el Sur con un archipiélago, las Islas Canarias.

Es peculiar el régimen jurídico de las plazas de soberanía, las ciudades de Ceuta y Melilla. La frontera de las posesiones españolas en el norte de Africa se delimita en el Tratado de Tetuán, últimamente y con escaso acierto llamado de Wad-Ras, firmado en Tetuán el 26 de abril de 1860.

Es oportuno recordar que Ceuta y Melilla ya pertenecían a España antes de la existencia del Reino de Marruecos. En efecto, la soberanía de España sobre Melilla<sup>18</sup> se remonta al 1497, bajo el reinado de los Reyes Católicos, que armaron una expedición para tomar una plaza en Africa que permitiera defenderse de los piratas. Los habitantes pidieron ayuda al Rey de Fez, que envió refuerzos, pero a pesar de ello los españoles tomaron la plaza. El Duque de Medina Sidonia<sup>19</sup> tomó posesión de la plaza con el título de Capitán General de Melilla. Por lo que se refiere a Ceuta pasó en 1415 desde el dominio del Rey de Fez a manos portuguesas, en las que permanecía cuando Portugal se incorpora al Imperio Español. Tras la secesión, Ceuta quiso seguir perteneciendo a España, de modo que Felipe IV le concede el título de Fidelísima Ciudad de Ceuta. La situación se consolida con la firma del tratado de Lisboa de 1668.

En todo caso, el Tratado de Tetuán pone fin a la Guerra de Africa entre los reinos de España y Marruecos. Tras varias derrotas, el sultán Muhammad Ibn 'Abd al Rahman pidió la paz a la reina Isabel II de España, paz firmada en Tetuán el 26 de abril de 1860, por Leopoldo O'Donnell, duque de Tetuán, y Muley-el-Abbas, Califa del Imperio de Marruecos, autorizados debidamente por S. M. la Reina de las Españas y por S. M. el Rey de Marruecos.

Entre las consecuencias del Tratado en lo que afecta al territorio se ha de destacar que se mantiene la situación de Melilla, ratificando el Convenio de 1859, y también la del Peñón de Vélez de la Gomera y Alhucemas, que se ampliaron los límites de Ceuta y que se cede a perpetuidad a España el territorio que fue la posesión de Santa Cruz de la Mar Pequeña<sup>20</sup>, posesión que sería más tarde la del enclave de Ifni. Se volverá sobre estos extremos.

Sobre esta denominación, plazas de soberanía, resulta procedente la cita del Dictamen del Consejo de Estado 419/2016, de 14 de julio de 2016, en la consulta potestativa sobre la no repercusión de la sentencia del Tribunal Constitucional número 103/2013, en el proyecto de reglamento de gobierno y de la administración de la Ciudad Autónoma de Melilla. En este asunto, el Consejo

de Estado se pronunció sobre la naturaleza jurídico constitucional de la ciudad y señaló:

*«Naturaleza jurídico-constitucional de la Ciudad Autónoma de Melilla. Tras la aprobación del Real Decreto de 30 de noviembre de 1833 sobre la división civil del territorio español en la península e islas adyacentes en 49 provincias, las plazas de soberanía de Ceuta y Melilla –nombre atribuido, desde finales del siglo XIX, a las antiguas plazas fuertes españolas del Norte de África, para diferenciarlas de los territorios contiguos del Protectorado español de Marruecos– se mantuvieron al margen de la organización provincial, aunque a no pocos efectos administrativos se las consideró respectivamente integradas en las provincias de Cádiz y Málaga, según confirman numerosas disposiciones y actos publicados en La Gazeta».*

*Durante la Segunda República, la Constitución de 1931 prestó atención a la situación de tales plazas: en concreto, el artículo 8 señaló, en su párrafo primero, que el Estado español estaba integrado por «municipios», por «provincias» y por «las regiones que se constituyan en régimen de autonomía», precisando a continuación, en su párrafo segundo, que «los territorios de soberanía del norte de África se organizarán en régimen autónomo en relación directa con el Poder Central»; interesa destacar, sin embargo, que el otorgamiento de un Estatuto estaba previsto en el artículo 11 tan solo para aquellas «provincias limítrofes, con características históricas, culturales y económicas comunes, que acordaran organizarse en región autónoma», pero no, al menos de forma expresa, para los denominados «territorios de soberanía del Norte de África».*

*En lo que ahora importa, durante estos años y en las décadas posteriores, las plazas de Ceuta y Melilla continuaron ubicadas extramuros de la división provincial en sentido estricto.*

*Después de las elecciones generales de junio 1977, el estatus de Ceuta y Melilla se discutió en el seno de la denominada «Asamblea de Parlamentarios Andaluces», constituida por los Diputados y Senadores electos en dichos comicios al objeto de diseñar el régimen preautonómico de la región. En el marco de esta Asamblea, a la que asistieron representantes de Ceuta y Melilla, se propuso que ambas ciudades pasaran a formar parte de la futura Comunidad Autónoma de Andalucía, dado los tradicionales vínculos que les unían. La propuesta sería finalmente rechazada, sin perjuicio de la referencia que en el Estatuto de Andalucía se hizo a tales vínculos.*

*Durante el periodo constituyente se formularon también diversas enmiendas al texto constitucional tendentes a que Ceuta y Melilla pudieran integrarse en la Comunidad Autónoma de Andalucía y que no corrieron mejor suerte. En cambio, sí tuvo éxito una enmienda formulada en el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 93, sesión 20 de junio de 1978) y que, a la postre, se convirtió en la actual disposición transitoria quinta de la Constitución.*

*En esta disposición transitoria quinta se prevé que «las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas si así lo deciden sus respectivos Ayuntamientos, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros, y así lo autorizan las Cortes Generales, mediante una ley orgánica, en los términos previstos en el artículo 144».*

En la Constitución española las citas a Ceuta y Melilla aparecen en los artículos 68.2 y 64.4, que determinan la composición de las Cortes, con la denominación de «*poblaciones de Ceuta y Melilla*» y en la Disposición transitoria quinta, ya citada, como «*ciudades*». Ceuta y Melilla no se han convertido en Comunidades Autónomas, pero disfrutaron de un régimen peculiar. Como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 419/2016, de 14 de julio de 2016: «*Las Ciudades de Ceuta y Melilla no tienen (...) la condición de Comunidades Autónomas, ni tampoco cabe equipararlas, por más que cuenten con un Estatuto de Autonomía propio, a las Comunidades Autónomas. Tampoco pueden ser asimiladas a los demás entes de la Administración Local, pues, en razón del mencionado Estatuto, gozan de un singular régimen de autonomía que se evidencia, entre otros muchos aspectos, en que estas Ciudades no se encuentran integradas en la organización provincial ni están incardinadas en el territorio de alguna de las Comunidades Autónomas*».

Su régimen jurídico arranca de los Acuerdos Autonómicos firmados por el Gobierno de la Nación y el Partido Socialista Obrero Español el 13 de julio de 1981, en los cuales se convino que «*en Ceuta y Melilla se aplicará una de las siguientes soluciones: que se constituyan en Comunidad Autónoma según lo previsto en la disposición transitoria quinta de la Constitución; o que permanezcan como Corporación Local, con régimen especial de carta*». Pero hasta la quinta legislatura, como relata el citado dictamen del Consejo de Estado, no se llegó a un acuerdo final sobre el asunto y fueron tramitadas y aprobadas la Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Ceuta, y la Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, de Estatuto de Autonomía de Melilla. Señala el Consejo Estado que: «*De la tramitación parlamentaria de ambos Estatutos cabe extraer dos conclusiones de singular importancia: la primera de ellas, que se rechazó expresamente la calificación de las Ciudades de Ceuta y Melilla como Comunidades Autónomas; la segunda, que se quiso dejar expresa constancia de que ambos Estatutos no habían sido tramitados al amparo de la disposición transitoria quinta, en relación con el artículo 144.1.b) de la Constitución, sino con fundamento exclusivo en este*». El Tribunal Constitucional, por su parte, ha entendido que Ceuta y Melilla carecen de la naturaleza de Comunidades Autónomas en los Autos números 201 y 202/2000, de 25 de julio, aun cuando estima, en Sentencia número 240/2006, de 20 de junio,

que Ceuta ostenta un «régimen singular de autonomía local», argumento que debe aplicarse a Melilla.

Es oportuno señalar que Ceuta y Melilla forman parte del territorio objeto de protección por el Tratado del Atlántico Norte o Tratado de Washington, que constituyó a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y fue firmado el 4 de abril de 1949. En efecto, el artículo 6 del Tratado define que se entiende por ataque armado en estos términos: «A efectos del artículo 5 se considera ataque armado contra una o varias de las partes, un ataque armado: a) *Contra el territorio de cualquiera de las partes en Europa o en América del Norte, contra los departamentos franceses de Argelia (1), contra el territorio de Turquía o contra las islas bajo jurisdicción de cualquiera de las partes en la región del Atlántico Norte al norte del Trópico de Cáncer; b) Contra las fuerzas, buques o aeronaves de cualquiera de las partes que están en dichos territorios o sobre ellos, o en cualquiera otra región de Europa en la que estuviesen estacionadas fuerzas de ocupación de cualquiera de las partes en la fecha en que el Tratado entró en vigor, o en el mar Mediterráneo, o en la región del Atlántico Norte, al norte del Trópico de Cáncer*».

Junto con Ceuta y Melilla, plazas de soberanía, pertenecen a España algunas islas e islotes<sup>21</sup>. El Peñón de Velez de la Gomera es una plaza de soberanía española, cercana a Melilla. Se conquistó en 1508, en el marco de la defensa contra la piratería cuando sus habitantes se refugiaron en la ciudad y los españoles ocuparon la fortaleza del Peñón. La línea fronteriza, de sólo 80 metros, consiste en un simple cabo de color azul en la playa que separa el Peñón de la tierra firme. En la actualidad el Peñón se encuentra guarnecido por un destacamento del Grupo de Regulares de Melilla. La plaza de Alhucemas, una isla compuesta por una roca más dos islotes es también territorio nacional. Fue cedida por el sultán Muley Abdalá a Felipe II en 1560 y fue ocupada efectivamente en el reinado de Carlos II, en 1673. En la actualidad está guarnecida por un destacamento de Artillería.

Aún mayor interés geoestratégico tiene el archipiélago de las Islas Chafarinas<sup>22</sup>. Las Islas Chafarinas son plaza de soberanía desde enero de 1848. Fueron ocupadas por el Capitán General de Granada, don Francisco Serrano y Domínguez, bajo el reinado de Isabel II, y tras la guerra de África, Marruecos reconoció, mediante la firma del Tratado de Tetuán, la soberanía española sobre el pequeño archipiélago. Se componen de tres islas, la de Isabel II, la del Congreso y la del Rey Francisco, frente a Marruecos y cerca de Melilla. La primera es la principal y está habitada, guarnecida por el Tabor de Regulares de Melilla. Junto con los militares habitan las Islas algunos civiles ya que están

protegidas bajo la forma de Refugio Nacional de Caza, cuentan con una Estación Biológica y tienen un patrimonio ecológico de gran importancia.

En un reciente Dictamen 160/2017 de, 23 de marzo de 2017<sup>23</sup>, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se declara Zona Especial de Conservación el Lugar de Importancia Comunitaria LIC ES6300001 Islas Chafarinas de la región biogeográfica mediterránea de la Red Natura 2000, se amplía y hace coincidir con el anterior espacio la Zona Especial Protección para las Aves de igual nombre y se aprueban las correspondientes medidas de conservación del espacio conjunto, el Consejo de Estado ha expuesto, precisando el concepto de territorio de soberanía:

*«Además, en este caso ocupa también espacio terrestre ya que, como consta en el punto 6 del Anexo II, “este enclave norteafricano bajo soberanía española desde 1.848, tiene un status militar que implica cierto régimen peculiar en cuanto a los usos y actividades que en él se pueden desarrollar. Cabe añadir que la situación jurídica de las Chafarinas es muy particular; al depender directamente del Estado, a través del Ministerio de Defensa, sin adscripción alguna a cualquiera de las entidades territoriales de España (Comunidades Autónomas, provincia o municipio)”. También consta en el apartado 1.1.4 de dicho Anexo II que “las Islas Chafarinas (Archipiélago de Chafarinas) son propiedad del Estado español bajo la titularidad del Ministerio de Defensa”, volviendo a señalar a continuación lo siguiente: “no estando incluidas en ningún territorio de ámbito autonómico, provincial o municipal”, lo que también se reitera en el primer párrafo del apartado 5.1.1. También se repite la expresión “propiedad del Ministerio de Defensa” en el primer párrafo del apartado 5.2.*

*Pues bien, dicha titularidad –que en realidad es de la Administración General del Estado, adscrita al Ministerio de Defensa– tendrá probablemente carácter de dominio público y ese estatuto de dominio público estatal es el que en cualquier caso corresponde a la zona marítimo-terrestre y el mar territorial circundante –Ley de Costas–. Ello, además, es precisamente lo que justifica que, más allá de ser el proyecto sometido a consulta “legislación básica”, lo «básico» a efectos del artículo 149.1. 23ª de la Constitución alcance a las potestades mismas de ejecución del plan de gestión, de manera que la gestión misma de la ZEC/ZEPA en su integridad corresponde al Estado.*

*Todo ello (mencionando el carácter soberano y de dominio público tanto del territorio terrestre como del marino, según lo dicho, y resaltando que en este caso las potestades de ejecución sobre ambos medios corresponden al Estado) debe corregirse en el apartado 1.1.4 citado. Su texto, pues, debe sustituirse por otro que diga que “las Islas Chafarinas (Archipiélago de Chafarinas), territorio de soberanía española, son dominio público afecto al Ministerio de Defensa, sin perjuicio de la colaboración con otros Departamentos a efectos de su gestión”. Esta redacción también exige adecuar la de los párrafos primeros respectivos de los apartados 5.1.1 y 5.2.*

*Esta observación tiene carácter esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1980».*

En la zona se encuentra, además, el islote o isla de Perejil, en el que la soberanía no está clara. Al parecer, la razón se encuentra en un error al cartografiar la zona en el Tratado de Tetuán. En el Proyecto de Ley de Estatuto de Autonomía para Ceuta publicado por el *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados* el 26 de febrero de 1986, la isla aparecía como parte del territorio de la ciudad en estos términos: «Artículo 2. *El territorio de la ciudad de Ceuta es junto con el Peñón de Velez de la Gomera y la Isla de Perejil, el comprendido en la delimitación actual del territorio municipal*», pero la norma no prosperó. Marruecos ocupó la isla en julio de 2002 y las tropas españolas desalojaron después a los marroquíes<sup>24</sup>.

## 8. LA NATURALEZA DEL TERRITORIO NACIONAL EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO

En relación con la frontera sur y las posesiones coloniales de España tuvo ocasión el Consejo de Estado de pronunciarse y establecer una relevante doctrina sobre el territorio nacional. El caso se suscitó en relación con la descolonización de Guinea Ecuatorial e Ifni. La Ley 49/1968, de 27 de julio, autorizó en su artículo único al Gobierno «*para conceder la independencia a la Guinea Ecuatorial y para adoptar las medidas procedentes a fin de completar, mediante la adecuada ordenación constitucional, su proceso de descolonización y a realizar la transferencia de competencias exigida por dicho proceso*». Por Decreto 2467/1968, de 9 de octubre, derivado de la Ley de autorización 49/1968, de 27 de julio, se concede la independencia al territorio de Guinea Ecuatorial con efectos del 12 de octubre.

Como relata el Dictamen 36.077, de 20 de junio de 1968, que responde a la consulta sobre el rango de la norma que autorice al Gobierno español para conceder la independencia a los Territorios autónomos de Guinea Ecuatorial, los antecedentes del asunto son estos: «1. *La soberanía de España en Guinea Ecuatorial*<sup>25</sup> se remonta a 1778, en que toma posesión de dichos territorios de acuerdo con el Tratado hispano-portugués de San Ildefonso de 1777, fijándose sus límites actuales por el Tratado hispano-francés de 1900. 2. *Desde 1906 y de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas, el Gobierno Español, en respuesta a una petición del Secretario General de dicha organización viene enviando información sobre el territorio de Guinea Ecuatorial. 3. La Ley de 30 de julio de 1959 estableció en los territorios españoles del Golfo de Guinea*<sup>26</sup> un régimen administrativo de acuerdo con el cual, respetando las peculiaridades propias de aquella región, se asimilaba su

*organización a la provincial de la Península, dándoles la calificación de Provincias españolas. 4. El Gobierno español promulgó la Ley de 20 de diciembre de 1963 por la que se reconocían las peculiaridades de la región ecuatorial, su alojamiento geográfico, el derecho de autodeterminación de su pueblo y se establecía un régimen autonómico. 5. Las repetidas peticiones del Movimiento Nacionalista de Guinea llevaron al Gobierno Español a convocar una Conferencia Constitucional, que se celebró en Madrid en los meses de octubre y noviembre de 1967, y cuya segunda fase, aun no concluida, se abrió en Madrid el 17 de abril de 1968. 6. La Organización de las Naciones Unidas, en reiteradas resoluciones de su Asamblea General, ha afirmado el inalienable derecho de Guinea Ecuatoria a la autodeterminación y la independencia, invitando a España a establecer un sistema electoral democrático, preparar una Constitución y transferir los poderes a un Gobierno representativo de aquel territorio (...)*».

El asunto de Ifni también fue sometido al Consejo de Estado, que despachó el Dictamen 36.227, de 7 de noviembre de 1968, en la consulta sobre la tramitación que se requiere para la formalización de un Tratado con el Reino de Marruecos, por el que se ceda a éste el territorio de Ifni. El territorio de Ifni había pasado a manos españolas, como ya se señaló, con el Tratado de Tetuán. Una de las cláusulas del Tratado de Tetuán imponía la cesión de un territorio en sustitución del que fue un antiguo establecimiento para protección contra los piratas, en Africa, frente a las Islas Canarias, llamado Santa Cruz de la Mar Pequeña. Estos eran los términos del Tratado:

*«Artículo 8. S.M. marroquí se obliga a conceder a perpetuidad á S.M. Católica en la costa del Océano, junto a Santa Cruz la Pequeña, el territorio suficiente para la formación de un establecimiento de pesquería, como el que España tuvo allí antiguamente. Para llevar a efecto lo convenido en este artículo, se pondrán previamente de acuerdo los gobiernos de Su Majestad Católica y Su Majestad marroquí, los cuales deberán nombrar comisionados por una y otra para señalar el terreno y los límites que deba tener el referido establecimiento».*

Las Islas Canarias fueron incorporadas a la Corona durante el Reinado de los Reyes Católicos, aunque parte de las Islas ya habían sido conquistadas en época anterior. Se hizo necesario establecer una base en Africa para proteger las pesquerías de la Mar Pequeña, es decir, la zona que va desde el Cabo Güer al Cabo de Bojador y para poder conectar con las rutas de caravanas de Africa. En 1478 Diego García Herrera ordenó empezar la construcción de una torre, bautizada con el nombre de Santa Cruz de la Mar Pequeña, que se perdió en 1524. Esta era la posesión a la que se refería el Tratado de Tetuán.

La cesión se hizo efectiva sobre Ifni, aunque nunca quedó establecido con claridad si aquel era el lugar donde estuvo Santa Cruz de la Mar Pequeña. Ifni se ocupó efectivamente mucho más tarde, en 1934, ya que supuso motivos de disputa entre Marruecos, España y Francia. Años después España cedió el territorio a Marruecos.

La Doctrina del Consejo de Estado se plasma en los dos dictámenes citados y en el Libro Jubilar del Consejo, publicado en 1972<sup>27</sup>. El Consejo de Estado fue requerido, en estos casos, para unas consultas que parecían ser meramente formales, pero supo, sin alejarse del caso concreto, fijar una doctrina cuya línea general se basa en que los territorios coloniales en Africa no forman parte del territorio nacional, entendido como territorio metropolitano. Entiende que su cesión o descolonización no afecta, por tanto, al territorio nacional ni a su integridad. *«El Consejo considera necesario distinguir entre el territorio metropolitano nacional y el territorio que, estando administrado por el Estado y sometido a su plena soberanía, no forma parte integrante del mismo, puesto que las competencias que en él ejerce el Estado administrador son de orden distintos y a la comunidad que en el habita se reconocer de una u otra manera una especial personalidad. Tal distinción entre territorio metropolitano y territorio colonial puede apoyarse en la práctica internaciones del régimen convencional propio de las colonias y caído este en desuso, en la práctica de las organizaciones internacionales en las que están representadas sea directamente, sea a través de su correspondiente potencia administradora, y especialmente, en la calificación de tales territorios como no autónomos en la Carta de las Naciones Unidas con la consecuencia de que la competencia territorial que en ellos se ejerce por la potencia administradora se encuentra especialmente reglada en cuanto a sus fines y las condiciones de su ejercicio».*

En el caso de Guinea el Consejo de Estado señaló en el Dictamen 36.077, de 20 de junio de 1968:

*«En segundo lugar, este Consejo de Estado considera que Guinea Ecuatorial nunca fue ni es ahora parte integrante del territorio nacional. Tres son las grandes etapas en las que puede dividirse la historia jurídico-política de las posesiones españolas en el Golfo de Guinea:*

- 1. Desde los Tratados hispanoportugueses de 1777 hasta el régimen de provincialización iniciado en 1856.*
- 2. El régimen de provincialización inaugurado en 1956 y que perdura hasta 1963.*
- 3. El régimen de autonomía hoy vigente iniciado en esta última fecha, En ninguna de esas fases dichas posesiones han formado parte del territorio nacional.*

*Durante la primera de las etapas señaladas los territorios de Guinea son una simple colonia según se deduce claramente de la normativa española en la materia, especialmente del Bando del Gobierno General de 17 de mayo de 1858, del Real Decreto (...)*

*En la segunda etapa las posesiones españolas hasta entonces denominadas territorios del Golfo de Guinea cambian su denominación por la de provincias, pero no parece que este cambio suponga una radical modificación de su régimen jurídico, convirtiendo la hasta entonces colonia en territorio nacional (...).*

*En la tercera etapa, esto es en la autonomía inaugurada en 1963, es indudable que la Región Ecuatorial, sin perjuicio de que su organización administrativa se inspire directamente en la Metrópoli, e incluso de que sus naturales gocen en materia de derechos civiles y políticos de una posición semejante aunque no idéntica, como lo demuestra, v. gr, la exención del servicio militar obligatorio, a la de los demás súbditos españoles, no constituye parte integrante del territorio ni de la comunidad nacional, como claramente lo evidencia el propio derecho de autodeterminación que les reconoce la citada Ley de Bases de 1963 (...).*

Añadía en los dictámenes citados que *«a pesar de las pretensiones de provincializar estas posesiones lo cierto es que los criterios que permiten distinguir uno de otro territorio son plenamente operativos, a saber, la condición jurídica de los habitantes, la organización administrativa y la personalidad internacional».*

Y se concluye, tras el análisis de las diferencias, que la garantía de la integridad del territorio depende de dos datos:

1. El primero formal, de modo se exige la intervención de las Cortes para cualquier acto que afecte a la integridad territorial.

2. El segundo material, ya que *«Solamente puede considerarse territorio nacional aquel que, poblado de una colectividad de ciudadanos españoles en la plenitud de sus derechos, constituye una unidad administrativa –o una parte de ella– de la Administración local española y que, cualquiera que sea su organización, no goce de otra personalidad internacional ni de otro derecho de autodeterminación que el que a la Nación corresponde como un todo».*

Por todo ello, el Consejo de Estado estima que el territorio nacional no es solo cuantitativamente valioso, es también cualitativamente valioso. La existencia de la nación supone un enraizamiento territorial.

Años después, el Consejo de Estado en el Dictamen 590/1999, de 20 de mayo de 1999<sup>28</sup>, hubo de resolver una nueva consulta potestativa en relación con Guinea. Se trataba, en este caso, del reconocimiento de servicios y derechos a pensión de jubilación en favor de ciudadanos ecuatoguineanos que prestaron servicios para la Administración española en Guinea Ecuatorial y

sobre la procedencia de revisar, en su caso, las resoluciones ya dictadas al respecto. Exponía el Consejo en este Dictamen, sobre la sucesión de Estados:

*«La problemática subyacente a las distintas cuestiones planteadas en este expediente se encuadra claramente –y debe ser situada por ello– en el marco de una sucesión de Estados, en este caso derivada de la descolonización.*

*La sucesión de Estados, cualquiera que sea su causa y modalidad, significa la sustitución de un Estado por otro en la responsabilidad de las relaciones internacionales de un territorio y, desde el punto de vista interno, en la soberanía respecto a los elementos del Estado (territorio y población). Cómo se verifica la asunción de dichas responsabilidades por el nuevo Estado es materia sin embargo compleja, cuya regulación general en el Derecho Internacional sólo se ha producido en fechas relativamente recientes y respecto de algunos aspectos parciales (Convención de Viena de 23 de agosto de 1978 sobre sucesión de Estados en materia de Tratados y Convención de Viena de 8 de abril de 1983 sobre sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de Estado).*

*Ante la ausencia de una normativa internacional general que rigiera la disciplina de las cuestiones derivadas de la sucesión de Estados en el momento de la emancipación de Guinea Ecuatorial, cabe recordar –aunque sea brevemente– el modo singular en que se articuló la independencia de la antigua colonia.*

*Como observara este Consejo de Estado en su dictamen 36.017, de 20 de junio de 1968, relativo al expediente sobre la norma legal que debía servir para autorizar al Gobierno español a conceder la independencia de los territorios autónomos de Guinea Ecuatorial, el modelo jurídico seguido en el proceso descolonizador de Guinea Ecuatorial fue un tertium genus respecto de los modelos británico y francés consagrados hasta la fecha, que permitió conjugar la «autoc-tonía» constitucional de la Guinea independiente (la Constitución de Guinea no fue un acto del legislador español sino un acto del poder constituyente guineano, pese a que el proceso constituyente quedó ultimado en una fase anterior a la independencia) con las responsabilidades asumidas por España como potencia administradora.*

*La Ley 49/1968, de 27 de julio, autorizó en su artículo único al Gobierno “para conceder la independencia a la Guinea Ecuatorial y para adoptar las medidas procedentes a fin de completar, mediante la adecuada ordenación constitucional, su proceso de descolonización y a realizar la transferencia de competencias exigida por dicho proceso”. Y por el Decreto 2467/1968, de 9 de octubre, se concedió la independencia, estableciendo su artículo 2.º que “se declara independiente el territorio de Guinea Ecuatorial, a partir de las 12 horas del día 12 de octubre del corriente año, en cuyo momento tendrá lugar la ceremonia de entrega de poderes al Presidente electo de la República de Guinea Ecuatorial”.*

*A partir de ahí, la forma en que se ordenaron las relaciones subsiguientes entre España y el nuevo Estado soberano fue la vía convencional bilateral, como correspondía al principio de igualdad jurídica que ha de presidir –según la Carta de Naciones Unidas– las relaciones entre Estados independientes y miembros de pleno derecho de la Comunidad Internacional».*

Finalmente, y en lo que afectaba a los derechos de los solicitantes, concluía: «*Que procede el reconocimiento por el Estado español, en la medida en que le consten, de los servicios prestados por ciudadanos ecuatoguineanos a la Administración española en Guinea*», matizando después esta conclusión general.

## 9. ESPAÑA LIMITA AL OESTE CON PORTUGAL Y EL OCÉANO ATLÁNTICO

Los límites fronterizos con Portugal se fijan en el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de febrero de 1668. El Tratado pone fin a la guerra de separación de Portugal del Imperio Español, reconociendo su independencia de la Corona. Portugal formaba parte del Imperio Español desde 1580, con un sistema de unión personal desde el reinado de Felipe II de España, luego Felipe I de Portugal, hijo de la Emperatriz Isabel de Portugal.

La guerra de separación comienza en 1640 y termina en 1668, con el Tratado de Lisboa, suscrito por Gaspar de Haro y Guzmán, marqués del Carpio, en nombre de Mariana de Austria, reina regente de España durante la minoría de edad de Carlos II, y por los representantes del Rey Alfonso VI de Portugal. Ceuta, que había sido la primera posesión portuguesa en África, decide permanecer en manos españolas.

Muchos son los Tratados internacionales de los que ha conocido el Consejo de Estado en relación con la frontera portuguesa, como puede consultarse en la Guía de Tratados Bilaterales con España publicada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Gobierno de España en 2019. Entre ellos resulta oportuna la cita del Dictamen 461/2017, de 6 de julio de 2017<sup>29</sup>, en el expediente relativo al Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa por el que se establece la línea de cierre de las desembocaduras de los ríos Miño y Guadiana y se delimitan los tramos internacionales de ambos ríos. Señala el Consejo de Estado: «*Aun cuando dicho tratado no regula una cesión, enajenación o permuta de una parte del territorio español ni implica una modificación de las fronteras del Estado, pues tiene un alcance meramente declarativo, sí cabe entender, atendiendo a su naturaleza y finalidad y a la vista de su contenido, que se trata de un instrumento internacional que incide en la delimitación de competencias con proyección territorial, lo que constituye motivo para concluir que se encuentra encuadrado en el supuesto previsto en el artículo 94.1.c) de la Constitución*».

## 10. EL TERRITORIO DEL ESTADO Y EL TERRITORIO COMO MARCO PARA EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS

Es oportuno comenzar con una precisión terminológica. Como señaló el Consejo de Estado en su Informe sobre modificaciones de la Constitución Española, emitido en febrero de 2006<sup>30</sup> en respuesta a la consulta del Gobierno de España:

*«Precisiones terminológicas. Nuestra Constitución utiliza el término Estado con dos sentidos distintos, en dos acepciones diferentes. En una de ellas, el Estado es, en el sentido más amplio, la organización jurídico-política de España, el Reino de España, según la denominación utilizada en la esfera internacional. En la otra, la misma palabra se usa, en una acepción más restringida, para designar solo el aparato institucional cuyo poder se extiende a la totalidad del territorio nacional y monopoliza las relaciones exteriores».*

La Doctrina del Consejo de Estado se ha detenido este aspecto, relacionando el territorio y el espacio en que se ejercen las competencias. Y precisando las relaciones del territorio con los distintos entes territoriales, es decir, Comunidades Autónomas y Entidades Locales<sup>31</sup>. Se ha ocupado, además, del poder exterior.

La Doctrina del Consejo de Estado arranca de los dictámenes en los que se distingue entre la titularidad de un determinado bien y el ejercicio de la totalidad de las competencias en relación con las actividades que sobre este bien se desarrollan. Así, en el Dictamen 46.723, de 26 de julio de 1984, el Consejo de Estado estudia la adecuación al orden de competencias del Decreto Foral 24/1984, de 18 de abril, sobre autorizaciones de transporte público discrecional por carretera para vehículos con residencia hay sido fijada en Navarra. En este caso la Comunidad Autónoma de Navarra entendía que era competente en exclusiva sobre el transporte por carretera y el Consejo de Ministros estimaba que no tenía la capacidad de regular *«las autorizaciones de transporte de ámbito supraterritorial»*. La interpretación del artículo 49 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, que citaba la competencia exclusiva sobre *«ferrocarriles, carreteras y caminos cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en territorio foral y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios»* debe partir de la Constitución. Así, señala el Consejo de Estado: *«el criterio básico, recordado en la Constitución, que preside el régimen de competencia de la Diputación Foral anterior a la Constitución, es el criterio territorial»*, de modo que las facultades de Navarra se limitan exclusivamente a los transportes que discurran íntegramente por su territorio. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra declaró nulas, mediante

dos Sentencias de 16 de septiembre de 2015, las resoluciones por las que se establecen medidas especiales de regulación de Tráfico en la Comunidad Foral Navarra, por su disconformidad con el orden de distribución de competencias. Distingue el Tribunal entre las competencias sobre policía del tráfico y sobre el propio tráfico, en la línea ya marcada por los dictámenes del Consejo de Estado. En el mismo sentido se pronunció de nuevo el Consejo de Estado en su Dictamen 47.039, de 12 de noviembre de 1984, en relación con la adecuación al orden de competencias del Decreto Foral 182/1984, de 14 de agosto, sobre normalización de situaciones para vehículos de viajeros y mercancías cuya residencia hay sido fijada en Navarra, señalando: *«lo que no se autoriza por el citado Convenio es que la Diputación Foral pueda dictar disposiciones sobre la ordenación de las autorizaciones, ni las normas postconstitucionales lo admiten»*.

Se ha ocupado también de los territorios no integrados en Comunidades Autónomas en relación con el ejercicio de las competencias. Así, en el Dictamen 813/2015, de 22 de noviembre de 2015, sobre el proyecto de real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, hizo constar: *«El texto refundido de 9 de abril de 1976 no queda derogado con la expedición de la norma consultada y así se señala en el preámbulo de esta. La disposición de 1976 –al igual que las normas legales dictadas por el Estado después de esa fecha y antes de la asunción de las competencias por las Comunidades Autónomas, como son los Reales Decretos-leyes 3/1980, de 14 de marzo y 16/1981, de 16 de octubre– continúa siendo derecho estatal válido, aunque en la mayor parte del territorio nacional solo pueda aplicarse en su caso como derecho supletorio. Y ello por cuanto el Estado mantiene una competencia en materia urbanística respecto de los territorios que corresponden a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y otros no integrados en la distribución del Estado en Comunidades Autónomas (Peñones de Vélez de La Gomera, de Alhucemas e Islas Chafarinas) –que las disposiciones adicionales terceras tanto de la Ley de Suelo de 2008, siguiendo la estela de lo dicho en análoga disposición de la Ley 8/2007, y como del texto refundido consultado mantienen–, según declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 240/2006, de 20 de julio»*.

Y ha precisado que la titularidad dominical es únicamente estatal. Por ejemplo, en el Dictamen 55.672, de 7 de febrero de 1991, en el expediente abierto por la reclamación formulada por el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña contra el Ministerio de Defensa por daños a causa de la explosión de una mina en Islas Medas, se expresa el Consejo de Estado: *«(...) la atribución de potestades administrativas sobre una*

*materia corresponde a una situación jurídica distinta y que no se vincula necesariamente a la titularidad de los bienes sobre los que tiene lugar el desarrollo de una actividad material. Sin perjuicio de que la Generalidad pueda tener competencias en materia de protección del medio ambiente (...) no por ello deviene titular del derecho de dominio del marco físico en el que desarrolla esas potestades (...) cabe concluir que si bien la Generalidad puede tener competencias que recaen sobre las Islas Medas, la titularidad dominical de los bienes que se consideran dañados –según la pretensión deducida– corresponde al Estado, por lo que sólo éste pudiera tener la condición jurídica de lesionado».*

De los dictámenes citados se desprende que la relación del territorio con el Estado<sup>32</sup> no es igual a la que tienen las Comunidades Autónomas con su territorio<sup>33</sup> o los Ayuntamientos con su término municipal. El poder del Estado sobre el territorio es directo.

Sin embargo, esto no significa que el dominio público suponga un título de imputación automático en cuanto a la responsabilidad patrimonial. Así se señaló en el Dictamen 534/2004, de 6 de mayo de 2004, en el expediente de responsabilidad patrimonial formulada por la representación de unos particulares por los daños ocasionados en la finca de su propiedad por el desmoronamiento de un talud en Tanxil, en el término municipal de Rianxo, A Coruña, atribuidos a la ausencia de acción restauradora de la Demarcación de Costas de Galicia. El Consejo de Estado señaló: «No cabe aceptar que pueda ser configurado como un servicio público el mantenimiento de la larga costa española en su configuración actual, ni que la obligación que los reclamantes imponen a la Administración forme parte del estándar exigible a los servicios públicos». En el mismo sentido se expresó el Dictamen 5/2015, de 4 de marzo de 2005, en el expediente instruido por la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada al Ayuntamiento de Camaleño por un ciudadano en razón de los daños sufridos en una finca de su propiedad por el argayo que tuvo lugar en el pueblo de Sebrango, Ayuntamiento de Camaleño, el 14 de junio de 2013. Señalaba el Consejo de Estado: «En muchas otras ocasiones el asunto se plantea en particular en reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que se imputa a la Administración el incumplimiento de sus deberes dominicales, sea como titular del dominio público marítimo terrestre (dictamen 3.746/2003, de 12 de febrero de 2004) sea como titular dominical de las aguas públicas (dictamen 2863/2003, de 30 de octubre). En estos supuestos el Consejo de Estado ha reiterado que la acción de responsabilidad patrimonial no tiene un alcance tal que permita reconducir a ella los daños o perjuicios que tienen su origen en una relación jurídica distinta previamente establecida o para los

*cuales se prevén regímenes de resarcimiento propios (...). En el supuesto que se suscita en el expediente sometido a consulta del Consejo de Estado no existe más relación entre la Administración y los reclamantes que la propia de la vecindad (...). Los reclamantes, tras imputar la responsabilidad al titular dominical de los terrenos colindantes (que lo es ciertamente, pero no del mismo modo que cualquier particular, ya que es titular del dominio público) estiman que la omisión de las obras de reconstrucción o mantenimiento y el consiguiente cambio de configuración del terreno puede ser calificada como mal funcionamiento del servicio público. No cabe aceptar que pueda ser configurado como un servicio público el mantenimiento de la larga costa española en su configuración actual, ni que la obligación que los reclamantes imponen a la Administración forme parte del standard exigible a los servicios públicos».* Un caso semejante se resuelve en el Dictamen 708/2015, de 17 de septiembre de 2015, en la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la propietaria de una casa por los daños ocasionados en sus bienes tras la inundación que tuvo lugar el 12 de febrero de 2013 en Arnuero, Cantabria.

Y por lo que afecta al poder exterior la doctrina del Consejo de Estado ha sido constante en señalar que solo el Estado es sujeto internacional y tiene la competencia exclusiva, en virtud del artículo 149.1.3.ª de la Constitución, sobre «*relaciones internacionales*». En el Dictamen 679/2004, de 10 de junio de 2004, en el expediente sobre la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y Estatuto de Autonomía del País Vasco, del Acuerdo en materia de pesca firmado por el Consejero de Agricultura y Pesca del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Ministro de Pesca y Economía Marítima de la República Islámica de Mauritania, el Consejo de Estado señaló: «*La cuestión que se suscita en el expediente radica en determinar si existen fundamentos jurídicos suficientes para el planteamiento de un conflicto positivo de competencia contra el Acuerdo de 21 de septiembre de 2003 entre el Consejero de Agricultura y Pesca del País Vasco y el Ministro de Pesca y Economía Marítima de la República Islámica de Mauritania*». Estima el dictamen, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional, que «*sólo al Estado es dable concertar pactos internacionales sobre toda suerte de materias (no importa ahora con qué límites, sino que basta con afirmar la existencia en nuestro Derecho de un único sujeto dotado de ius contrahendi en la esfera de las relaciones internacionales)*», por lo que el Comunicado objeto del conflicto, en cuanto que refleja la existencia de un acuerdo o compromiso recíproco de ambas partes, implica el ejercicio por la Comunidad Autónoma de una competencia de la que constitucional y estatutariamente carece. A este aspecto formal se suma el aspecto material ya que: «*El objeto del Acuerdo a*

*que se refiere el conflicto es el desarrollo de la cooperación en materia de pesca entre Mauritania y el País Vasco, como se declara expresamente en su parte final, y los compromisos inciden en la pesca marítima, como la previsión de concesión de autorizaciones estacionales para la pesca del atún o la garantía de las condiciones favorables para la actividad de los buques vascos, aun cuando puedan incidir en la ordenación del sector pesquero, como lo relativo a la integración de los buques vascos que realicen su actividad en Mauritania en la economía de dicho país. Resulta claro, pues, que, también desde la perspectiva material de las competencias afectadas, la Comunidad Autónoma del País Vasco se ha extralimitado en el ejercicio de su competencia al suscribir el referido Acuerdo con el Ministro de Pesca y Economía Marítima de la República Islámica de Mauritania».*

La Doctrina del Consejo de Estado en la materia ha sido sintetizada con acierto en el muy reciente Dictamen 841/2019, de 17 de octubre de 2019<sup>34</sup>, en el expediente sobre la Propuesta de Acuerdo por el que se plantea conflicto positivo de competencias en relación con el Acuerdo Gov/90 2019, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan estratégico de acción exterior de relaciones con la Unión Europea 2019-2020 y se acuerda el envío al Parlamento de Cataluña, que analiza la competencia estatal en materia de relaciones exteriores y los límites territoriales de las competencias autonómicas, para concluir que existen fundamentos jurídicos suficientes para plantear conflicto positivo de competencias contra el Gobierno de la Generalidad de Cataluña.

Una de las consecuencias naturales de esta doctrina es que los acuerdos transfronterizos de las Comunidades Autónomas precisan autorización estatal. Tempranamente se estableció esta doctrina en el Dictamen 1874/1994, de 27 de octubre de 1994, sobre el Proyecto de Canje de Cartas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República Francesa, para la construcción de un puente internacional sobre el Río Major entre las localidades de Massanet de Cabrenys (España) y Coustouges (Francia). Señaló el Consejo de Estado: «Un criterio para resolver este expediente aparece en el dictamen número 46.342, de 5 de julio de 1984, del Consejo de Estado, que examinó el antes citado Convenio-Marco Europeo sobre cooperación transfronteriza. Se lee en aquel dictamen que “cabría anticipar que todo eventual acuerdo entre una Comunidad Autónoma y una Entidad de otro país tendría que ser autorizado por las Cortes Generales, a la vista del artículo 145.2 de la Constitución y por un elemental argumento ‘a minori ad maius’”» y añadía: «Los acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas tienen, desde luego, una relevancia constitucional que lleva al citado artículo 145.2 a exigir su aprobación por las Cortes Generales, salvo en determinados supuestos. Es esa relevancia

*constitucional la que, con mayor razón por celebrarse con una entidad territorial extranjera el acuerdo que se aprueba, conduce a concluir en el presente caso la misma exigencia, derivada de la aplicación del artículo 94.1.a) de la Constitución en relación con su artículo 145.2».*

En el mismo sentido cabe la cita del Dictamen 96/1995, de 23 de febrero de 1995, en el expediente sobre el Tratado sobre Cooperación Transfronteriza entre España y Francia. Señalaba el Consejo de Estado: *«En efecto, si la relevancia constitucional de los acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas lleva al mencionado artículo 145.2 a prever su autorización por las Cortes, con mayor razón se exigirá tal autorización cuando la cooperación sea transfronteriza; es decir, cuando el acuerdo lo celebre una Comunidad Autónoma con una entidad territorial extranjera. Pues bien, siguiendo la misma línea de argumentación, hay que concluir que el presente Tratado, que regula con carácter general los acuerdos de Comunidades Autónomas y corporaciones locales con entidades territoriales francesas, tiene carácter constitucional o, si se prefiere, político, y está comprendido en el supuesto del artículo 94.1.a) de la Constitución».*

#### ALGUNOS DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACIÓN CON EL TERRITORIO NACIONAL

Dictamen 36.017, de 6 de junio de 1968. Expediente relativo a la norma legal que autorice el Gobierno español para conceder la independencia a los territorios autónomos de Guinea Ecuatorial.

Dictamen 36.227, de 7 de noviembre de 1968. Tratado con el Reino de Marruecos, por el que por el que se cede a éste el territorio de Ifni.

Dictamen 38.990, de 29 de marzo de 1974. Anteproyecto de Texto del Título Preliminar del Código Civil.

Dictamen 39.615/39.428 de 20 de marzo de 1975. Expediente sobre la reclamación de ..., armador de la línea de vapores ... , de indemnización por la retirada de la autorización del servicio regular marítimo Algeciras-Gibraltar y viceversa, acordada por el Consejo de Ministros y comunicada a dicha empresa en 26 de junio de 1969.

Dictamen 42.984, de 30 de octubre de 1980. Reclamación por la escasa indemnización conseguida de Marruecos tras el «Convenio entre España y el Reino de Marruecos sobre indemnizaciones de las tierras recuperadas por el Estado marroquí en el marco del Dahir de 2 de marzo de 1973».

Dictamen 45.397, de 21 de julio de 1983. Expediente sobre la reforma del Decreto 801/1972.

Dictamen 45.737, de 29 de septiembre de 1983. Ratificación por España del Acuerdo de Cooperación sobre Pesca Marítima concluido en Rabat el 1 de agosto de 1983.

Dictamen 46.208, de 9 de julio de 1984. Expediente para denominar a nuestro país en los textos de los acuerdos internacionales que España suscriba.

Dictamen 46.342, de 5 de julio de 1984. Expediente relativo al Convenio-Marco Europeo sobre cooperación transfronteriza entre Entidades o Autoridades territoriales, hecho en Madrid el 21 de mayo de 1980.

Dictamen 46.723, de 26 de julio de 1984. Adecuación al orden de competencias del Decreto Foral 24/1984, de 18 de abril, sobre autorizaciones de transporte público discrecional por carretera para vehículos con residencia hay sido fijada en Navarra.

Dictamen 47.039, de 12 de noviembre de 1984. Adecuación al orden de competencias del Decreto Foral 182/1984, de 14 de agosto, sobre normalización de situaciones para vehículos de viajeros y mercancías cuya residencia hay sido fijada en Navarra.

Dictamen 47.392 de 21 de febrero de 1985. Anteproyecto de Ley de ordenación de la actividad de la Administración General del Estado en materia de Tratados internacionales de 1985.

Dictamen 49.765, de 16 de octubre de 1986. El expediente relativo al Canje de Notas entre España y Francia por el que se introduce una Segunda Adición al Acuerdo de 20 de mayo de 1969, que estableció en la Estación de Cerbére una Oficina de Controles Nacionales Yuxtapuestos.

Dictamen 51.870, de 9 de junio de 1988. Daños causados por aviones del ejército de los Estados Unidos en España.

Dictamen 53.101 1989, de 16 de marzo de 1989. Acuerdo sobre relaciones cinematográficas entre España y Portugal.

Dictamen 53.621, de 20 julio de 1989. Expediente sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, con las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la Adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las adaptaciones introducidas por el Convenio relativo a la adhesión de la República Helénica, hecho en San Sebastián el 26 de mayo de 1989.

Dictamen 53.766, de 28 de septiembre de 1989. Convenio entre España y Portugal para la construcción de un puente internacional sobre el río Miño entre Salvatierra y Moncao.

Dictamen 54.683, de 10 de mayo de 1990. Acuerdo complementario de Cooperación entre España y Marruecos sobre proyecto Enlace fijo Europa-África a través del Estrecho de Gibraltar.

Dictamen 54.711, de 14 de junio de 1990. Reclamación formulada por ... y 189 más, a causa daños sufridos en bienes su propiedad causados por sobrevuelo de avión en Huesca.

Dictamen 55.253, de 22 de noviembre de 1990. Expediente relativo al procedimiento que hubieran debido seguir los Canjes de Notas entre España y Francia de 9 de febrero-19 de marzo de 1990, por los que se modificaron los Acuerdos de 25 de agosto de 1969 y de 12 de marzo de 1985, que habían dispuesto la creación de Oficinas de Controles Nacionales Yuxtapuestos en Cerbère y en Port-Bou.

Dictamen 55.672, de 7 de febrero de 1991. Reclamación formulada por el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña por daños a causa de la explosión de una mina en Islas Medas.

Dictamen 55.577, de 13 de junio de 1991. Reclamación de daños formulada por... en relación con el Convenio Hispano Marroquí de 8 de noviembre de 1979.

Dictamen 567/1991, de 20 de junio de 1991. Canje de Notas con el Reino Unido para extender a Gibraltar el Tratado bilateral de prevención y represión del tráfico ilícito y el uso indebido de drogas.

Dictamen 726/1991, de 25 de julio de 1991. Acuerdo Regional sobre la planificación del Servicio de Radionavegación Marítima (radiofaros) en la Zona Marítima Europea.

Dictamen 798/1991, de 19 de septiembre de 1991. Canje de Notas entre España y Portugal por el que se establece el Reglamento de caza en aguas y márgenes del río Miño.

Dictamen 310/1991, de 7 de marzo de 1991. Convenio entre España y Francia para la construcción de un túnel de carretera en el puerto de Somport.

Dictamen 250/1992, de 23 de abril de 1992. Expediente del proyecto de Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre España y Francia por el que se modifica el Acuerdo de 29 de julio de 1970 sobre Controles Nacionales Yuxtapuestos en Cerbère-Col des Balîtres.

Dictamen 860/1992, de 9 de julio de 1992. Convenio relativo a la adhesión de España y Portugal al Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Dictamen 770/1993, de 10 de junio de 1993. Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación entre España, la República Francesa y el Principado de Andorra.

Dictamen 877/1993, de 8 de julio de 1993. Acuerdo entre España y el Principado de Andorra relativo al Estatuto del Copríncipe Episcopal.

Dictamen 984/1993, de 9 de septiembre de 1993. Consulta la sobre introducción en el Derecho Interno Español de la Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre Tribunal Penal Internacional para castigo crímenes internacionales en la antigua Yugoslavia.

Dictamen 1002/1993, de 29 de julio de 1993. Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica entre España y Portugal.

Dictamen 1118/1993, de 30 de septiembre de 1993. Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Portugal sobre aplicación del Art. 23 del Convenio Europeo del Extradición.

Dictamen 1621/1994, de 20 de enero de 1994. Expediente relativo al Quinto Protocolo modificador de la Constitución y Resoluciones de la Unión Postal de las Américas, España y Portugal.

Dictamen 429/1994, de 2 de junio de 1994. Expediente sobre aprovechamiento gastos montes del Ayuntamiento de Lastras de la Torre, Burgos.

Dictamen 1155/1994, de 30 de junio de 1994. Tratado para creación del Consejo Iberoamericano del Deporte.

Dictamen 1874/1994, de 27 de octubre de 1994. Proyecto de Canje de Cartas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República Francesa, para la construcción de un puente internacional sobre el Río Major entre las localidades de Massanet de Cabrenys (España) y Coustouges (Francia).

Dictamen 520/1994, de 14 de julio de 1994. Reclamación de... por la pérdida de su negocio dedicado a importación de mercancías diversas y ventas al por mayor, negocio que figuraba registrado en Gibraltar a nombre de un súbdito británico.

Dictamen 96/1995, de 23 de febrero de 1995. Tratado sobre Cooperación Transfronteriza entre España y Francia. Mediante el presente Tratado Francia y España vienen a cumplir el encargo formulado por el citado Convenio-Marco Europeo.

Dictamen 857/1995, de 24 de abril de 1995. Expediente sobre la solicitud introductoria de instancia que el Reino de España se propone presentar contra Canadá ante el Tribunal Internacional de La Haya.

Dictamen 2376/1995, de 26 de octubre de 1995. Expediente sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.

Dictamen 2323/1996, de 30 de julio de 1996. Acuerdo entre España y Francia sobre creación de Comisaría Conjuntas en zona fronteriza común.

Dictamen 322/1997, de 20 de marzo de 1997. Expediente sobre la Orden de 9 de febrero de 96 por la que se desafectan del dominio público portuario determinadas parcelas situadas en zona servicio del Puerto de Melilla.

Dictamen 5835/1998, de 8 de enero de 1998. Expediente relativo al Acta acordada de las negociaciones entre el Gobierno de la República Federal de Alemania y los Gobiernos del Reino de Dinamarca, del Reino de España, la República Helénica, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de Noruega, la República Portuguesa y la República de Turquía sobre el Estatuto de sus Fuerzas durante estancias temporales en la República Federal de Alemania.

Dictamen 316/1999, de 11 de marzo de 1999. Convenio de cooperación para la protección y aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas.

Dictamen 590/1999, de 20 de mayo de 1999. Consulta potestativa sobre reconocimiento de servicios y derechos a pensión de jubilación en favor de ciudadanos ecuatoguineanos que prestaron servicios para la Administración española en Guinea Ecuatorial y sobre la procedencia de revisar, en su caso, las resoluciones ya dictadas al respecto.

Dictamen 1390/1999, de 20 de mayo de 1999. Canje de Cartas entre España y Francia por el que se modifica el Convenio Adicional (Anexo V) de 28 de diciembre de 1858 al Tratado de Delimitación de 2 de diciembre de 1856, para tener en cuenta la reconstrucción del mojón 232 en un nuevo emplazamiento de la frontera.

Dictamen 3451/1999, de 17 de diciembre de 1999. Proyecto de Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre creación de una Comisión Mixta en el ámbito de los transportes terrestres y las infraestructuras de transporte y Protocolo.

Dictamen 3461/1999, de 20 de enero de 2000. Reclamación de daños por el cierre de la frontera con Gibraltar acordado en junio de 1969.

Dictamen 212/2002, de 12 de febrero de 2002. Revisión de oficio, por nulidad de pleno derecho, de la Resolución de..., de la Secretaría de Estado de Educación y Universidades, por la que se concede el título de Médico Especialista a determinados Licenciados en Medicina y Cirugía Andorranos.

Dictamen 1229/2002, de 16 de mayo de 2002. Protocolo de Enmienda del Convenio de cooperación para la defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, de 1 de diciembre de 1988, hecho en Madrid el 10 de abril de 2002.

Dictamen 2908/2002, de 7 de noviembre de 2002. Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades e instancias territoriales.

Dictamen 534/2004, de 6 de mayo de 2004. Expediente de responsabilidad patrimonial formulada por... por los daños ocasionados en la finca de su propiedad por el desmoronamiento de un talud en Tanxil, en el término municipal de Rianxo, A Coruña, atribuidos a la ausencia de acción restauradora de la Demarcación de Costas de Galicia.

Dictamen 679/2004, de 10 de junio de 2004. Expediente sobre la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y Estatuto de Autonomía del País Vasco, del Acuerdo en materia de pesca firmado por el Consejero de Agricultura y Pesca del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Ministro de Pesca y Economía Marítima de la República Islámica de Mauritania.

Dictamen 2727/2004, de 11 de noviembre de 2004. Convenio internacional relativo a la constitución de un mercado ibérico de la energía eléctrica entre el Reino de España y la República Portuguesa.

Dictamen 2795/2004, de 18 de noviembre de 2004. Expediente relativo al Canje de Notas entre el Reino de España y la República francesa para la puesta en vigor de modificaciones del Convenio de 14 julio 1959, relativo a la pesca en el río Bidasoa y la bahía de Higer.

Dictamen 1471/2006, de 14 de septiembre de 2006. Expediente relativo al Intercambio de cartas relativo a la creación de una comisión intergubernamental hispano-francesa para proponer una selección de proyectos de autopistas del mar entre España y Francia.

Dictamen 111/2007, de 22 de marzo de 2007. Proyecto de Real Decreto sobre medidas aplicables a los buques en tránsito que realicen descargas contaminantes en aguas marítimas españolas.

Dictamen 1790/2007, de 15 de noviembre de 2007. Expediente de revisión de oficio del acuerdo del Servicio de Retribuciones de la Subdirección General de Personal de la Guardia Civil de 26 de abril de 2001, por el que se inició procedimiento de reintegro por ingresos indebidos de... en Ceuta.

Dictamen 913/2007, de 17 de mayo de 2007. Anteproyecto de Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Dictamen 24/2008, de 13 de marzo de 2008. Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

Dictamen 181/2008, de 28 de febrero de 2008. Expediente relativo al proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1912/1999,

de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo.

Dictamen 1786/2009, de 12 de noviembre de 2009. Protocolo de Enmienda y de Adhesión del Principado de Andorra al Tratado entre el Reino de España y la República Francesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales hecho en Bayona el 10 de marzo de 1995.

Dictamen 1809/2009, de 29 de octubre de 2009. Proyecto de Real Decreto por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Seguridad Privada, aprobado por el Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, y del Reglamento de Armas, aprobado por el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero.

Dictamen 2240/2010, de 18 de febrero de 2010. Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra para el intercambio de información en materia fiscal.

Dictamen 2485/2010, de 16 de diciembre de 2010. Acuerdo de cooperación entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la constitución del Parque Internacional Tajo-Tejo.

Dictamen 87/2012, de 9 de febrero de 2012. Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, el Gran Ducado de Luxemburgo, Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República Portuguesa, la República de Eslovenia, la República Eslovaca y la República de Finlandia, hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012.

Dictamen 1146/2012, de 31 de octubre de 2012. Acuerdo para el establecimiento del bloque funcional de espacio aéreo (SW FAB) entre la República Portuguesa y el Reino de España.

Dictamen 1329/2012, de 29 de noviembre de 2012. Proyecto de Real Decreto por el que se declara zona especial de conservación el Lugar de Importancia Comunitaria ES6120032 Estrecho Oriental de la región biogeográfica de la Red Natura 2000 y se aprueban sus correspondientes medidas de conservación.

Dictamen 394/2013, de 30 de mayo de 2013. Anteproyecto de Ley de Acción y Servicio Exterior del Estado.

Dictamen 808/2013, de 3 de octubre de 2013. Anteproyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Dictamen 5/2015, de 4 de marzo de 2005. Reclamación de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento de Camaleño a instancias de doña ... por los

daños ocasionados en la finca de su propiedad por el argayo que tuvo lugar en el pueblo de Sebrango, Ayuntamiento de Camaleño, el 14 de junio de 2013.

Dictamen 708/2015, de 17 de septiembre de 2015. Reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por doña ... por los daños ocasionados en sus bienes tras la inundación que tuvo lugar el 12 de febrero de 2013 en Arnue-ro, Cantabria.

Dictamen 735/2015, de 8 de octubre de 2015. Expediente sobre el Reglamento de pesca para el tramo internacional del río Guadiana.

Dictamen 293/2015, de 9 de abril de 2015. Convenio entre el Reino de España y el Principado de Andorra para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y prevenir la evasión fiscal y su Protocolo.

Dictamen 296/2015, de 21 de mayo de 2015. Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra sobre transporte internacional por carretera.

Dictamen 813/2015, de 22 de noviembre de 2015. Proyecto de real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Dictamen 419/2016, de 14 de julio de 2016, Solicitud de informe sobre la no repercusión de la sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, en el proyecto de reglamento de gobierno y de la administración de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Dictamen 160/2017, de 23 de marzo de 2017. Proyecto de Real Decreto por el que se declara Zona Especial de Conservación el Lugar de Importancia Comunitaria LIC ES6300001 Islas Chafarinas de la región biogeográfica mediterránea de la Red Natura 2000, se amplía y hace coincidir con el anterior espacio la Zona Especial Protección para las Aves de igual nombre y se aprueban las correspondientes medidas de conservación del espacio conjunto.

Dictamen 461/2017, de 6 de julio de 2017. Expediente relativo al Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa por el que se establece la línea de cierre de las desembocaduras de los ríos Miño y Guadiana y se delimitan los tramos internacionales de ambos ríos.

Dictamen 324/2018, de 10 de mayo de 2018. Expediente relativo a la revisión de oficio de la pensión a favor de padres reconocida a don ...

Dictamen 395/2018, de 21 de junio de 2018. Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre condiciones de ejercicio de la actividad de las flotas española y portuguesa en las aguas de ambos países.

Dictamen 427/2018, de 12 de julio de 2018. Expediente de deslinde entre Torrelavega y Reocín para la resolución de las divergencias existentes entre sus respectivos términos municipales.

Dictamen 841/2019, de 17 de octubre de 2019. Expediente sobre la Propuesta de Acuerdo por el que se plantea conflicto positivo de competencias en relación con el Acuerdo Gov/90 2019, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan estratégico de acción exterior de relaciones con la Unión Europea 2019-2020.

Madrid, abril de 2020

## NOTAS

(1) Este y la mayor parte de los dictámenes que se citarán pueden consultarse en la base de datos que publican el Consejo de Estado y el *BOE*. En concreto, el vínculo al Dictamen citado es <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-808>

(2) Ha sido fuente esencial para este estudio el publicado por CORDERO TORRES, José María, *Fronteras Hispánicas. Geografía e Historia. Diplomacia y Administración*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960. Muchos de los datos de este artículo proceden de esta fuente.

(3) ENCABO VALENCIANO, María Pilar, *Los límites del territorio y los territorios sin límites: historia y actualidad de los faceros navarros limítrofes con Álava*, Colección Administración Local y Autonómica, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, pág. 489.

(4) CORDERO TORRES, *op. cit.*

(5) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1993-770>

(6) CAPDEVILLA I SUVIRANA, Joan, *Historia del deslinde de la frontera hispano francesa. Del tratado de los Pirineos (1659) a los tratados de Bayona (1856-1868)*, Instituto Geográfico Nacional, Ministerio de Fomento, Madrid, 2009.

(7) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-0-55253>

(8) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1992-250>

(9) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2006-1471>

(10) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1993-770>

(11) CORDERO TORRES, *op. cit.*

(12) ANTÓN GUARDIOLA, Carmen, *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, Universidad d'Alacant y Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

(13) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-0-53621>

(14) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2009-1839>

(15) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1994-520>

(16) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1999-3461>

(17) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1999-3463>

(18) ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel María, *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla, Melilla, Ciudad Autónoma de Melilla y Reus*, Madrid, 2016.

(19) CORDERO TORRES, *op. cit.*

(20) ROMEU DE ARMAS, Antonio, *La Torre africana de Santa Cruz de la Mar Pequeña: su segunda fundación*, Anuario de Estudios Atlánticos, número 1, Madrid-Las Palmas, 1995.

(21) PALAU CUEVAS, José Antonio, *Estatuto legal de los destacamentos militares de las islas y peñones de Melilla: Alhucemas, Vélez de la Gomera y Chafarinas*, en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 83, 2004, pp. 235-263.

(22) VERDÚ BAEZA, Jesús, *España en el Norte de África. El caso de las Islas Chafarinas*, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2014.

(23) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-160>

(24) LÓPEZ DE OLMEDO, Fernando, *Ceuta y el conflicto Perejil*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias de la Información, Madrid, 2008.

(25) CORDERO TORRES, José María, *Problemas de la «Administración a distancia». La organización metropolitana de las dependencias*, *Revista de Administración Pública*, número 5, mayo-agosto, CEPC, Madrid, 1951.

(26) En el *Boletín Oficial del Estado* puede consultarse la base de dictámenes de los llamados Fondos de Ultramar. [https://www.boe.es/buscar/consejo\\_estado\\_ultramar.php](https://www.boe.es/buscar/consejo_estado_ultramar.php). El Inventario de los Fondos de Ultramar (1835-1903) fue objeto de estudio por Francisco Tomas y Valiente. Véase Tomás y Valiente, *Inventario de los Fondos de Ultramar*, Consejo de Estado, Madrid, 1994.

(27) HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel, *La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado español*, en *Estudios de derecho administrativo: Libro Jubilar del Consejo de Estado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972.

(28) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1999-590>

(29) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-461>

(30) Consejo de Estado, accesible en <http://www.consejo-estado.es/bases.htm>

(31) BLANQUER, David, *El territorio de las Administraciones Locales: Alteración de términos municipales*, Coord. Arozamena Sierra, Jerónimo, Consejo de Estado, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2002.

(32) JELLINEK, Georg, *Fragmentos de Estado*, Prólogo Herrero de Miñón, Miguel, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1978.

(33) MUÑOZ MACHADO, Santiago, *El territorio como ámbito de ejercicio de las competencias*, en *Territorio y autonomía: el alcance territorial de las competencias autonómicas*, Seminario, Barcelona, 3 de octubre de 2005, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2006.

(34) <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-841>

# LOS ESPACIOS MARÍTIMOS ESPAÑOLES Y SU GESTIÓN ADMINISTRATIVA

FEDERICO TRILLO-FIGUEROA  
Letrado Mayor del Consejo de Estado

## I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Antes de comenzar el desarrollo de mi ponencia, he de expresar mi agradecimiento por su invitación a participar en este Seminario al Presidente de la Real Academia de Ciencias Políticas Sr. Herrero de Miñón, maestro para mi del Derecho Público y de la Política (como para gran parte de mi generación), y también a la propia Academia que nos acoge por la organización de éste seminario –tan oportuno– sobre el Territorio nacional en la doctrina del Consejo de Estado.

El mar, como parte del ámbito espacial de proyección del poder y de aplicación del derecho, se ha estudiado tradicionalmente por la Teoría General del Estado como una extensión del elemento territorial<sup>1</sup>, siendo el territorio, en sentido estricto, el elemento físico. Solo en las pocas *talasocracias* que han existido en la historia, el mar alcanza la centralidad como elemento determinante del Estado<sup>2</sup>. En los demás –que obviamente son la mayoría–, el mar es solo un derivado de la territorialidad del Estado, con importancia variable en su vida política en función de la extensión de su litoral y/o de la potencia y proyección de su poder naval<sup>3</sup>. Por eso en nuestra historia cuando el Consejo de Estado tuvo que ocuparse con más frecuencia de las cuestiones marítimas como cuestiones políticas fue cuando España era una potencia con proyección ultramarina.

Pero desde la perspectiva jurídica, que es la común a éste Seminario, el llamado derecho marítimo abarca tal amplitud de materias y de tan variadas disciplinas jurídicas que hemos ceñir nuestro análisis a los ámbitos delimitados por las dos coordenadas que se nos han trazado: la primera, los espacios marítimos y su delimitación, que exigirá –como en las fronteras terrestres– el estudio de las normas de Derecho Internacional y de Derecho público interno que conforman el grupo normativo aplicable; y, en segundo término, el análisis de las competencias administrativas sobre esos espacios marítimos, que comprende a su vez, tan amplio cuadro de actividades y normas, que tendremos que acotar aún más las materias adecuadas a la perspectiva formal de este Seminario.

Para ello tomaremos como punto de partida metodológico la doctrina del propio Consejo de Estado que, en el dictamen núm. 449/2013 de Pleno, sobre el anteproyecto de Ley de Navegación Marítima, señaló:

*«el sector de la navegación marítima ha tenido siempre un lugar separado y aparte en el derecho mercantil..., sobre la base de unos caracteres peculiares que lo individualizan frente a las demás ramas del ordenamiento. Caracteres y reglas que, por otra parte, se han concretado en un sistema de normas, antaño casi todas de origen consuetudinario y hogaño con relevantes dosis de gestación privada, que han vivido –y viven– al margen del derecho codificado».*

Nuestro estudio habrá de obviar esos aspectos mercantiles, sin perjuicio de las obligadas referencias a la propia Ley 14/2014, de 24 de julio, de la Navegación Marítima, en adelante LMN, cuando ello sea necesario. Y, además, el propio dictamen continuaba:

*«Junto al derecho de la navegación marítima, el ordenamiento jurídico articula otros dos sistemas que giran en torno al hecho marítimo: el derecho del mar, integrante o subsidiario del derecho internacional, que define los espacios marítimos y los derechos y obligaciones de los Estados en relación con estos, y el derecho administrativo marítimo que disciplina las facetas del tráfico marítimo en cuanto actividad de interés público y las formas de intervención administrativa en este ámbito»<sup>4</sup>.*

Estos últimos serán, cabalmente, el ámbito principal de nuestro estudio.

## II. FORMACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE LAS NORMAS MARÍTIMAS

Antes de entrar en su desarrollo, para entender adecuadamente el grupo normativo marítimo que acabamos de delimitar, resulta necesario señalar algunas de sus características.

## II.1 Del derecho privado al derecho público

La historia del derecho marítimo ha evolucionado, desde los usos mercantiles que conformaron sus primeras instituciones consuetudinarias privadas, que dieron lugar más adelante a la codificación mercantil, hasta la regulación contemporánea de los mares y los espacios marítimos por normas convencionales internacionales de alcance general.

En la antigüedad, ante la imposibilidad de controlar el mar de manera semejante al territorio, el derecho lo contempló como *res communes omnium* –en sabia confesión de impotencia del derecho romano– y fue la navegación mercantil privada la que estableció su propio derecho consuetudinario a través de usos y reglas, que luego incluso se codificaron por áreas costeras en la Edad Media.

La regulación pública de los mares fue más tardía. Estudiando la génesis del Derecho de Gentes, Karl Schmitt señaló con agudeza<sup>5</sup> la diferencia entre el proceso de formación del derecho de la tierra y el del mar: «la tierra es la madre del derecho... –los lindes, los cercados, las casas, los edificios hacen públicamente visible formas de poder y de dominio»... como *tomas de tierra*–; por contraste «el mar no conoce tal unidad evidente de espacio y derecho, de ordenación y asentamiento... En el mar no pueden sembrarse campos ni grabarse lindes... “Sobre las olas, todo es ola”. El mar es libre, no es territorio estatal y ha de estar abierto a todos, al menos para tres actividades: la pesca, la navegación pacífica y la beligerancia».

Por eso las *tomas de mar* son muy diferentes. De esta evolución nos importa destacar que los conceptos jurídicos que conformaron las que Schmitt llamara «tomas de tierra» –fundamentalmente conceptos de derecho patrimonial– se extendieron más tarde por analogía, a las «tomas de mar». Así puede comprobarse en los conceptos básicos del derecho marítimo como «*mar territorial*», o el de «*dominio público marítimo*»; o la consideración del buque como «*un trozo del territorio que navega*», para garantizar su *extraterritorialidad*; o, en fin, la extensión de la soberanía sobre el mar territorial como el contiguo a la costa hasta donde alcancen las armas, según la enunciación tradicional del holandés Bynkershoek «*ubi finitur armorum vis*»<sup>6</sup>.

## II.2. El *Ius gentium* como derecho del mar: Contigüidad, libertad de los mares, efectividad

Los espacios marítimos se construyen conceptualmente, por tanto, a partir del derecho terrestre y por contigüidad a las costas. Pero así como en el terri-

torio las categorías originarias son civiles (sobre todo a partir del *dominium*), la eficacia de la delimitación del mar es *inter gentium*.

Por eso, al ser inicialmente, al ser el Romano Pontífice la única autoridad universal reconocida por los monarcas cristianos en disputa, será el Papa quien dicte las reglas sobre los mares y las nuevas tierras y pueblos descubiertos: *Bula Inter caetera divinnae* de 1493. Pero ya inmediatamente después a la Bula siguió entre España y Portugal el Tratado de Tordesillas de 1494, entre España y Portugal, en el que son ya las propias Monarquías nacionales las que afirman su poder y convienen el reparto. Toda esta evolución permitió a Schmitt señalar la paradoja de que «el primer nomos de la tierra fue el del mar»<sup>7</sup>.

A nuestros efectos hemos también de subrayar que, justamente ese momento del surgimiento del Derecho Internacional Clásico, es también el momento histórico de la configuración moderna de nuestro Consejo de Estado que entonces desempeñará un importante papel en la dirección de la política internacional. Basten como ejemplo las consultas y debates que se produjeron para la conclusión del Tratado de Londres de 1604, que puso fin a la guerra que durante quince años sostuvieron en o desde el mar España e Inglaterra<sup>8</sup>, con inclusión de cláusulas relativas al libre comercio por mar entre ambos países, y el libre acceso a los puertos (con la garantía expresa de que la dotación de los buques ingleses no serían detenidos por la Inquisición).

La polémica jurídica se centrará desde entonces en torno al *principio de libertad de los mares* en alta mar (*mare liberum* de Vitoria, frente al *mare clausum* de *Seldem*); pero lo que subyacía en el fondo de aquella polémica era político, a saber: la capacidad del Estado de proyección y control de su poder naval sobre alta mar y los territorios descubiertos y ocupados en ultramar. Es decir, manifestaciones de lo que mucho más tarde terminará siendo otro principio del Derecho Internacional: el *principio de efectividad*<sup>9</sup>.

### II.3. Complejidad del grupo normativo

Habrá que esperar hasta la institucionalización de la comunidad internacional en el siglo xx para tener Convenciones sobre el mar de alcance general: así, los cuatro Convenios acordados en desarrollo de I Conferencia del Derecho del Mar de Ginebra de 1958 (que se incorporaron sucesivamente a nuestro derecho interno) y luego el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (en lo sucesivo, Convenio de NU) acordado por la III Conferencia de

Montego Bay de Jamaica de 1982 (ratificado por España el 20 de Diciembre de 1996, *BOE* 39/1997) y auténtica *carta magna* del derecho del mar.

Además, Naciones Unidas puso en marcha en 1948 la Organización Marítima Mundial (OMI), como agencia especializada que vela por la aplicación del Convenio general y de sus propios Convenios para la seguridad y protección de la navegación y prevenir la contaminación del mar por los buques.

Coexiste, además, con las organizaciones internacionales especializadas para la pesca, vinculadas directamente a UN o a través de la FAO.

La Unión Europea, en fin, ha hecho de su política medioambiental y pesquera una prioridad, de manera que sus Directivas y Reglamentos constituyen fuentes de éste grupo normativo que alcanzan, como veremos, desde la ordenación de los espacios marítimos a las cuotas españolas de pesca de determinadas especies.

En fin, a todo ello viene a unirse la variedad de disposiciones autonómicas que se han dictado en ejercicio de las competencias asumidas por las Comunidades sobre las aguas interiores –pesca, marisqueo y acuicultura, artículo 148,11.ª de la Constitución– y las que veremos se les han reconocido por el Tribunal Constitucional.

### III. DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS

#### III.1 Delimitación general

España tiene un total de casi 8.000 kilómetros de línea costera, de los cuales corresponden algo más de 3.200 kilómetros al litoral Mediterráneo, el más extenso, incluyendo el litoral peninsular y balear; el litoral Cantábrico, de 1.200 kilómetros; y el Atlántico, de algo menos de 3.500 kilómetros, que incluyen las costas de Canarias.

En todo ese litoral hay que delimitar lo que corresponde al *mar territorial*, a la *zona contigua*, a la *zona económica exclusiva* y a la *plataforma continental española*, tal y como resulta de la recepción del Convenio de NU.

#### El Mar Territorial

La Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre el Mar Territorial ya determinó que «la soberanía del Estado Español se extiende, fuera de su territorio y de sus aguas interiores, al mar territorial adyacente a sus costas» (art. 1.º), que comprende «la columna de agua, el lecho, subsuelo y los recursos de ese mar, así

como el espacio aéreo supra yacente». El límite interior «viene determinado por las líneas de la bajamar escorada y, en su caso, por las líneas de base recta que se han establecido por el gobierno» (art. 2.º). El límite exterior «estará determinado por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren en una distancia de 12 millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base anteriores» (art. 3.º)<sup>10</sup>.

Las competencias del Estado son, por consiguiente, todas las que implica la soberanía del Estado, tan por demás contundentemente afirmada en la redacción de la Ley de 1977; es decir, España aplica en el Mar Territorial su legislación y ejerce sus jurisdicción (artículo 4 de la ), tan solo atenuada por el *derecho de paso inocente* de todos los buques extranjeros, incluidos los de Estado, y que debe ser rápido y sin interrupción, sin atentar contra la paz, el orden público o la seguridad de España y respetando las demás leyes y reglamentos (artículos 37 y 38 de LNM).

### La Zona Contigua

Es el espacio marítimo que «se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta las 24 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial» (artículo 8.º de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante, en lo sucesivo LPEMM, texto refundido de 5 de septiembre de 2011). Es decir, alcanza a 12 millas más a partir del mar territorial.

El Estado no tiene soberanía sobre ella, sino que ejerce sus competencias para prevenir y sancionar la infracción de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios (artículos 32 y 33 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

### La Zona Económica Exclusiva

Es aquella que «se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta una distancia de 200 millas náuticas contadas desde las líneas de base desde las que se mide la anchura de aquel» (artículos 8 de la LPEMM y 1 de la Ley 15/1978 de 20 de febrero).

Corresponde al Estado Español:

- a) El derecho exclusivo sobre los recursos naturales de la zona.
- b) La competencia de reglamentar la conservación, exploración y explotación de tales recursos, para los que se cuidará la preservación del medio marino.

c) La jurisdicción exclusiva para hacer cumplir las conservaciones pertinentes.

d) Cualesquiera otras competencias que el Gobierno establezca en conformidad con el Derecho internacional (artículo 2.º de la Ley 15/19978)<sup>11</sup>.

### La Plataforma Continental Española

Está constituida por el lecho y el subsuelo de las aguas submarinas que se extienden más allá del mar territorial y a lo largo de la prolongación natural del territorio hasta el borde exterior del margen continental o hasta la distancia de 200 millas y donde el Estado Riverense ejerce derechos soberanos limitados a la exploración y explotación de los recursos naturales (Martínez, 2014). La superficie total de la plataforma continental española, hasta veril de los 200 metros, es de unos 80.000 kilómetros cuadrados.

## III.2 Delimitación por leyes sectoriales

Pero, además de estos espacios marítimos delimitados conforme al Derecho Internacional, el derecho interno complementa la delimitación –como señaló el importante Informe de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado de 19 de Julio de 2006<sup>12</sup>– de manera que «cada ley sectorial con algo de transcendencia en el medio marino dibuja una definición y delimitación de los espacios marinos *ad hoc*, produciéndose en cierto modo tantas definiciones de aguas interiores y exteriores como regulaciones de sectores».

Así, las aguas interiores se recogen en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM, 2011, artículo 8) como «*las situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial*», y la Ley de Pesca Marítima del Estado<sup>13</sup> (artículo 2), como «*aguas marítimas bajo jurisdicción o soberanía española, situadas por dentro de las líneas de base*». Esta categorización se adapta, en ambos casos, a las previsiones del Derecho Internacional, pues las aguas interiores así están contempladas en el artículo 8 del Convenio de NU, pero su transcendencia aquí deriva de que delimitan el ejercicio de determinadas competencias administrativas por las Comunidades Autónomas: por ejemplo «*la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura*» conforme al artículo 148.1.11.<sup>a</sup> de la Constitución Española (en adelante CE); o las que veremos sobre *áreas marinas protegidas*, en desarrollo de la legislación básica del Estado sobre protección del medio ambiente (artículo 149.1.23.<sup>a</sup> de la CE).

Hasta en la Ley de Aguas se introdujeron nuevas categorías de espacios marinos, a la hora de delimitar las competencias de las Confederaciones Hidrográficas:

Serán aguas costeras, las aguas superficiales situadas hacia tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de *una milla náutica mar adentro desde el punto más próximo de la línea de base* que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales, y que se extienden, en su caso, hasta el límite exterior de las aguas de transición. Y éstas aguas de transición, serán las masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce.

### III.3 Conceptos auxiliares

Hace mas de cincuenta años comenzaba el Auditor de la Armada Fariña su ya clásico estudio sobre el buque de guerra<sup>14</sup> con las siguientes palabras: «en el estudio de cualquier institución jurídico marítima surgen siempre dos elementos primordiales: el buque como medio para la navegación y el espacio marítimo en el que esta se realiza. No son, sin embargo, nociones jurídicas bien definidas: Su naturaleza esencial, primaria para la aplicación del derecho marítimo, carece en nuestro derecho de unas características netas e inequívocas».

Sin embargo, de aquel exceso de ayer por defecto, hemos pasado hoy al extremo contrario, por exceso. Como acabamos de ver, en los últimos veinte años nuestro ordenamiento marítimo ha pasado a estar repleto de catalogaciones de espacios marítimos y, como vamos a ver sumariamente, también de definiciones de buque.

En efecto, para la definición de buque mercante hasta tiempos recientes había que atenerse al benemérito artículo 146 de *Reglamento del Registro Mercantil*, cuya tremenda redacción comprendía:

*«No solo las embarcaciones destinadas a la navegación de cabotaje o altura, sino también los diques flotantes, pontones dragas, gánguiles o cualquier otro aparato flotante destinado o que pueda destinarse al servicio de la industria o comercio marítimo».*

Y en cuanto al buque de guerra, se discutieron tanto sus características que, hasta la II Gran Guerra, se polemizó incluso sobre si había que comprender a los submarinos junto a los buques de superficie ya contemplados en la Declaración de Londres de 1909. Pero el hecho es que no hemos tenido en el

derecho español un concepto legal de buque de guerra hasta tiempos bien cercanos, a reserva de considerar vigente la definición contenida en el artículo 29 de la Convención de NU sobre el Derecho del Mar, al estar ratificada por España desde 1997, y de acuerdo con el cual:

*«... se entiende por “buques de guerra” todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares».*

Hoy, la Ley de Puertos (LPEMM, TR de 2011) entiende por buque civil *«cualquier embarcación, plataforma o artefacto flotante, con o sin desplazamiento, apto para la navegación y no afecto al servicio de la defensa nacional»* (art. 9.1) y por buque mercante *«todo buque civil utilizado para la navegación con un propósito mercantil, excluidos los dedicados a la pesca»* (art. 9.2).

Posteriormente, la Ley de la Navegación Marítima de 2014 introduce un concepto de buque distinto *«todo vehículo con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, que cuente con cubierta corrida y de eslora igual o superior a veinticuatro metros»*, más preciso, en verdad, al diferenciarlo de otras embarcaciones, artefactos navales y plataformas fijas.

La propia LNM de nos define, por fin, en su artículo 3.3, los buques de guerra en los mismos términos literales que los del artículo 29 de la Convención de NU que acabamos de transcribir.

#### IV. LA ORDENACIÓN DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS

En el marco de la política marítima integrada (PMI) de la Unión Europea se estableció un margen de acción para la política del medio marino por la *«Directiva Marco sobre Estrategia Marinas, a núm. 2008/256, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008»*, conforme a la cual los Estados miembros deberán elaborar una estrategia aplicable a sus aguas marinas de acuerdo con el plan de acción establecido en la propia directiva. El núcleo de la estrategia es la formulación, con un enfoque integrador, de un «programa de medidas» necesarias para lograr o mantener un buen estado medio ambiental.

La Directiva Marco fue incorporada al derecho interno por la Ley 41/2010 de 29 de diciembre, de protección del medio marino. Su ambicioso propósito es ofrecer por primera vez un marco normativo completo para garantizar la articulación de las actividades humanas en el mar (Preámbulo), y su ámbito específico es el mar territorial (incluyendo las aguas interiores, salvo las costeras) la zona económica y la plataforma continental (artículo 2.1); es decir, «todas las aguas marinas, incluidos el lecho, el subsuelo y los recursos naturales, sometidas a la soberanía o jurisdicción española» (artículo 2.2).

Además de introducir una división del medio marino español en dos regiones, Atlántico Nororiental y Mar Mediterráneo (la primera comprensiva de dos subregiones: Golfo de Vizcaya y costas Ibéricas y Atlántico macaronésica de Canarias), el ámbito espacial sobre el que se desarrollarán las estrategias marinas son cinco *Demarcaciones*: noratlántica, sudatlántica, del Estrecho y Alborán, levantino-balear y canaria.

*Las estrategias marinas* son los instrumentos de planificación de cada demarcación y constituyen el marco general al que deberán ajustarse necesariamente las diferentes políticas sectoriales y actuaciones administrativas con incidencia con el medio marino de acuerdo con lo establecido en la legislación sectorial correspondiente.

Lo que nos interesa subrayar aquí es que, dado el carácter integrador de que cualquier actuación sobre el medio marino habrá de estar integrada en las correspondientes estrategias, este ambicioso objetivo plantea problemas de inevitable colusión y necesaria coordinación con otras previsiones del ordenamiento jurídico y la no menos necesaria coordinación con las Comunidades Autónomas. El pleno del Consejo de Estado dedicó al anteproyecto su dictamen núm. 91/2010, en el que sus observaciones se centraron especialmente en esos puntos<sup>15</sup>; así, subrayó la necesidad de tener en cuenta las prescripciones de la Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y la Biodiversidad (sobre las ares marinas protegidas hablaremos más adelante) y la necesaria coordinación, tanto de la acción estatal de los distintos ministerios –a través de la Comisión Interministerial de Estrategias Marinas– cuanto de la obligada coordinación de las Comunidades Autónomas –a través de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente y de los Comités de Seguimiento que se establecen para cada una de las demarcaciones marinas.

Las disposiciones tienen la consideración de legislación básica sobre protección del medio ambiente (artículo 49.1.23.<sup>a</sup>) e importa destacar como hizo el Consejo de Estado que, como instrumento de planificación las estrategias son vinculantes para las administraciones públicas, pero no crean directamente deberes o cargas para los particulares (dictamen 363/2017, de 8 de abril).

Las cinco estrategias marinas se han aprobado, en fin por el Real Decreto de 2018, que mereció el dictamen 769/2018 del Consejo de Estado. Por su trascendencia jurídica merece destacarse la previsión de una *autorización* de cualquier actividad, que requiera, bien la ejecución de las instalaciones en la aguas marinas, su lecho o su subsuelo, bien la colocación de depósito de materias sobre el fondo marino, así como los vertidos, que deberá determinar *la compatibilidad* de la actividad con la estrategia marina. A este informe de compatibilidad, regulado en el Decreto 79/2019, de 22 de febrero, por el que se regula el informe de compatibilidad y se establecen los criterios de compatibilidad con las estrategias marinas y se le dedicó el dictamen núm. 908/2018 en el que importa destacar que la naturaleza de este informe en el seno del proceso tramitado para las autorizaciones será vinculante pero no tendrá virtualidad suspensiva el procedimiento en el que se inserte y solo podrá recurrirse en el seno del procedimiento en el que se inserte, sin que quepa recurso directo aisladamente.

## V. LA PESCA MARÍTIMA

Al comienzo de mi intervención, subrayé que el Derecho Internacional Marítimo había sido impulsado por las «tomas del mar» por el poder político y por el tráfico marítimo; pues bien, desde finales del pasado siglo xx hasta la fecha el principal impulso de transformación del Derecho Internacional Marítimo se debe a la pesca y a la conservación y preservación de los recursos vivos del mar. La pesca es, además, un sector de vital importancia para la economía de nuestro país. Tengo que recordar que España sigue siendo una potencia pesquera mundial, que posee la flota pesquera más numerosa de Europa y la más diversificada en cuanto a tipología de buques, que da ocupación directa a más de cincuenta mil trabajadores y cada pescador genera indirectamente diez puestos de trabajo en tierra.

El sector de la pesca está alcanzado, en consecuencia, en consecuencia por un amplio conjunto normativo tanto de orden internacional, general y regional, cuanto en el ámbito de la Unión Europea. En el ámbito universal encontramos la Convención de Naciones Unidas de Montego Bay de 1982 y, para su aplicación, la Convención de las Naciones Unidas relativa a la «conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios», también de 1995, así como el «Código de conducta de la pesca responsable» de la FAO, del propio año 1995.

En el ámbito europeo, la política europea pesquera tiene su directiva marco en el reglamento (UE núm. 1380/2013) del Parlamento Europeo y del Consejo, que ordena la Política Pesquera Común (PPC) y abarca no solamente la conservación de los recursos biológicos marinos y la gestión de la pesca y de la flotas, sino que también los recursos biológicos de agua dulce y la acuicultura así como su transformación y comercialización. Importa destacar que la UE tiene competencias para la fijación de topes máximos de captura, para fijar las cuotas nacionales de captura, tipos de artes de pesca y aparejos o tamaños mínimos de las especies dotando para todo ello un fondo de ayudas el Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP) que sin embargo no subvencionará el aumento en la capacidad pesquera de buques, la construcción de nuevos buques pesqueros o las transferencias de propiedad. En fin la Unión Europea funciona también como organismo regulador dentro de su ámbito y para sus Estados de las Comisiones Internacionales especiales, tanto de Naciones Unidas, como no dependientes de Naciones Unidas como son el Consejo General de Pesca del Mediterráneo y las distintas Comisiones del atún del Índico, del Atlántico, o la Comisión Ballenera Internacional.

En el ámbito interno, la Constitución Española, reconoció al Estado, en el artículo 149.1.19.<sup>a</sup>, la competencia exclusiva sobre *«pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas»* y, a su vez, en a las Comunidades Autónomas la competencia sobre *«la pesca en aguas interiores, el marisqueo, y la acuicultura»*. El Tribunal Constitucional, tras diversos conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, resolvió (por sentencias 56/1989, de 16 de marzo, 147/1991, de 4 de julio, 185/1996, de 14 de noviembre, o 9/2001, de 18 de enero) que al Estado correspondía la competencia de la pesca en aguas exteriores, y a las Comunidades Autónomas en las aguas interiores, si bien, en cuanto a la ordenación estableció el criterio funcional basado en el binomio bases-desarrollo, según el cual las Comunidades Autónomas ejercen sus competencias normativas y ejecutivas de ordenación del sector pesquero en el marco de la legislación básica del Estado. Las 10 Comunidades Autónomas del litoral han asumido en sus respectivos estatutos las competencias, por un lado, en materia de pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura y, por otro, de desarrollo legislativo y ejecución la ordenación del sector pesquero. A su vez tales competencias se han desarrollado por leyes de los correspondientes parlamentos autonómicos en las diez Comunidades Autónomas del litoral.

En este marco general, quiero subrayar la frecuente intervención del Consejo de Estado en los asuntos de pesca. Además del dictamen 3714/1999, de Pleno, sobre el anteproyecto de ley de pesca marítima del Estado (y bases

de ordenación del sector y de comercialización de los productos pesqueros), el Consejo ha dictaminado su aplicación, teniendo en cuenta, además, los referidos Convenios Internacionales.

– Así, son frecuentes los dictámenes sobre las condiciones de pesca del atún, en sus distintas variedades, con normas que regulan desde el reparto de la cuota española entre las distintas flotas (clasificadas en función de la especialidad de sus artes, tonelaje y zonas del litoral en las que tienen su base: flota del cerco, cañeros, curricañeros para la pesca de bonito del norte, buques artesanales del estrecho o del Mediterráneo, etc.), así como la gestión del fondo de reserva<sup>16</sup>. En otras ocasiones las disposiciones informadas por el Consejo son desarrollo de Reglamentos europeos, como el dictamen 907/2018 sobre la regulación de la pesca del coral rojo.

– En todos ellos, aparte de arbitrar los intereses económicos –pesqueros– se trata de preservar la pesca como recurso sostenible, aplicando las medidas de protección y regeneración, previstas en los artículos 21 y siguientes de la Ley de Pesca Marítima del Estado y en concordancia con los convenios internacionales. Así, valga como ejemplo el establecimiento de un Área Marítima Protegida en el denominado «corredor de cetáceos del Mediterráneo», que abarca como zona de protección la comprendida entre los litorales de Cataluña, Valencia y las Islas Baleares (Dictamen 222/2018).

Ha sido sin duda esta última materia, las Áreas Marinas Protegidas, la más conflictiva en el reparto de competencias marítimas internas, al punto de merecer el ya citado *Informe* de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado de 19 de julio de 2006, en el que se realiza un exhaustivo estudio, tanto de la normativa internacional como interna, y de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que llegó, tras no pocas vacilaciones y contradicciones, a la conclusión, no solo de la competencia autonómica para ordenar los recursos naturales vivos en las aguas interiores sino incluso a reconocer que «la competencia autonómica para la protección de espacios naturales pueda extenderse al mar territorial cuando, excepcionalmente, así lo exigen las características del espacio protegido, singularmente la continuidad y unidad del espacio físico» (STC 38/2002, de 14 de febrero, en relación con el Parque Natural y la Reserva Marina del cabo de Gata-Níjar).

Hoy las reservas marinas del litoral español son 22: Diez creadas por el MAPAMA –de las cuales cuatro están compartidas con la Comunidad Autónoma– y 12 de ámbito exclusivamente autonómico.

No puedo dejar de señalar que la ausencia de regulaciones generales de algunos aspectos de las reservas marinas, está creando nuevos problemas, que

incluso pueden incidir sobre la finalidad principal de la reserva. Me refiero a la proliferación en algunas de ellas del buceo recreativo, sin duda un uso permitido y que supone una fuente importante de recursos turísticos para algunas poblaciones costeras pero cuya regulación fraccionaria entre las distintas comunidades dejan huecos que pueden estar dando lugar a abusos. Los más señalados de estos huecos serían las obsolescencia de las normas que rigen la seguridad en las inmersiones –que parece, por fin va a solucionarse con un decreto actualmente en avanzado estado de elaboración y que está siendo examinado estos días por el Consejo de Estado– y la homologación de los centros y escuelas de buceo y la adecuada titulación de los profesores (que ya mereció dictámenes del Consejo de Estado números 1010/2016 y 1040/451/2018) así como el dictamen 367/2017 sobre la reserva marina de Cabo de Palos e Islas-Hormigas.

## VI. SOBRE LA EXTRATERRITORIALIDAD EN ALTA MAR

Pero si el principio de exclusividad de la competencia del Estado sobre el mar territorial se ha roto con la mencionada jurisprudencia respecto de las reservas marinas, no menos interesante resulta comprobar la ruptura del principio de libertad de los mares en alta mar, respecto de algunas pesquerías.

Así, resulta de máximo interés el dictamen 857/95 del Consejo de Estado, en el que se suministran argumentos jurídicos a favor del Estado Español para el conflicto sobre el fletán negro mantenido con Canadá. Esta especie se caracteriza por formar una «*población a caballo o a horcajadas*» (*straddling stocks*) entre la zona económica exclusiva (la de Canadá) y un área de alta mar adyacente a ella. De acuerdo con la convención del derecho del mar los estados ribereños y los estados que pesquen en esas aéreas de alta mar adyacente procurarán establecer las medidas necesarias para la conservación. Sin embargo, Canadá apresó al buque de bandera Español «Stai» con claro quebrantamiento del principio de competencia del estado del pabellón que enarbole, lo que llevó a España a denunciar a Canadá con las alegaciones, entre otras que se contienen en el referido dictamen.

El Consejo también tuvo que afrontar, en su dictamen 1809/2009, las medidas de protección de los buques españoles que faenan en el Océano Índico, ante los numerosos actos de piratería y consiguientes episodios de abordajes y secuestros de tripulaciones. El Gobierno consideró preciso establecer a bordo de dichos buques escoltas armados, modificando para ello los Reglamentos de seguridad privada y de armas. Tras descartar que se dotara a los

pesqueros y vigilantes con armas de guerra, el Consejo de Estado recurrió, para dar cobertura a lo pretendido, a la consideración de Somalia como «Estado fallido», incapaz de garantizar la seguridad en sus aguas jurisdiccionales, como demostraban los constantes actos de piratería. Ante el supuesto de los estados fallidos y en concreto con relación a Somalia, las Naciones Unidas, y más concretamente la Organización Marítima Internacional asumieron la tarea de suplir las deficiencias de tales Estados. De manera que, sobre la base del capítulo VII de la carta de Naciones Unidas, permitió la intervención de buques de guerra en las aguas territoriales de Somalia para evitar actos de piratería. En consecuencia –consideró– que en el Derecho y en la práctica internacionales, existe suficiente fundamento para la utilización de la fuerza, incluso dentro de las aguas territoriales de Somalia, que, si expresamente se configura con relación a los buques de guerra, puede por analogía extenderse a los instrumentos armados –prolongación de la soberanía estatal sobre la base del artículo 149.1.29.<sup>a</sup> de la Constitución, que garanticen la seguridad en los pesqueros.

Respecto de la intervención de los buques de guerra españoles en esas aguas hay que estar a la operación de la Unión *Europea denominada Atalanta (Acción Común 2008/851/PESC* del Consejo de 10 de noviembre de 2008) cuyo cuartel general se localiza ahora en España.

Y eso nos pone en relación con el punto siguiente.

## VII. SEGURIDAD Y DEFENSA DE LOS ESPACIOS MARÍTIMOS

*La defensa del territorio nacional corresponde en este Seminario a la ponencia del Letrado Sr. Torre de Silva, por lo que aquí nos limitaremos a esbozar las competencias específicas sobre espacios marítimos<sup>17</sup>.*

### 1. La Armada

En coherencia con el mandato constitucional que encomienda a las Fuerzas Armadas la defensa de la integridad territorial de España (artículo 8 CE), la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional, atribuye a la Armada «la vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar». Esta misión se desarrolla dentro del Mando de Operaciones (CMOPS) del Estado Mayor de la Defensa a través del Mando de Vigilancia y Seguridad Marítimas.

Básicamente, las unidades navales se agrupan en dos Fuerzas:

– La *Flota*, como elemento fundamental del poder naval de la Armada, núcleo básico de la Fuerza Naval para realizar operaciones militares en cualquier escenario geográfico de interés, y base de la aportación del componente naval para contribuir a la acción conjunta de las Fuerzas Armadas y para participar en operaciones multinacionales.

En la flota se encuadran: el Buque de Proyección Estratégica (BPE) con funciones de portaaviones, 11 fragatas (cinco de ellas de la más modernas F100) dos buques de aprovisionamiento, seis cazaminas y tres submarinos.

– La *Fuerza de Acción Marítima* (FAM), formada por el conjunto de unidades que tienen por cometido principal prepararse para proteger los intereses marítimos nacionales y el control de los espacios marítimos de soberanía e interés nacional, contribuyendo al conjunto de actividades que llevan a cabo las distintas administraciones públicas con responsabilidades en el ámbito marítimo.

Cuenta, entre otra unidades con dos buques de asalto anfibio, seis patrulleros, dos corbetas, dos hidrográficos, y colabora con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en misiones de policía marítima, como veremos de seguido, y con otros departamentos ministeriales en tareas de vigilancia de pesca, de investigación científica, de salvamento y de lucha contra la contaminación marina.

## 2. El Servicio Marítimo de la Guardia Civil

Se puso en marcha a partir de 1991 para la «vigilancia de las aguas territoriales españolas». Tiene adscritos 1200 efectivos en 27 bases repartidas por todo el litoral peninsular e insular, y cuenta con mas de cien embarcaciones, sobre todo patrulleros de distintos tipos.

Las misiones que tiene encomendadas son de seis tipos:

– Judicial: prevención e investigación de delitos.  
– Gubernativo: custodia de costas y puertos y prevención de la inmigración irregular.

– Fiscal: Resguardo Fiscal del Estado, prevención y represión del contrabando.

– Administrativo: protección de la naturaleza y el medio ambiente en el medio marino, control e inspección pesquera y protección del patrimonio arqueológico submarino.

- Militar: las que le encomienden el Gobierno y el Ministerio de Defensa.
- Varias: misiones de paz en el extranjero, colaboración con la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) en auxilios y remolques.

## VII. A MODO DE CONCLUSIONES

Permítanme, para terminar, recapitular con algunas conclusiones finales:

a) El grupo normativo que regula los espacios marítimos españoles y la gestión de las competencias administrativas reviste una gran *complejidad*, al integrar normas de Derecho Internacional de diverso alcance –universal, regional, europeo y sectorial– junto a disposiciones internas de diverso rango –leyes y reglamentos– y origen –estatales y autonómico–.

b) El carácter *abierto y dinámico* del medio marino ha impregnado siempre sus normas, de manera que el fenómeno de la globalización ha repercutido de inmediato con nuevas regulaciones sobre el mar.

c) Especialmente la *nueva sensibilidad ecológica* contemporánea ha introducido en todos los ámbitos del derecho marítimo constantes regulaciones para proteger el medio ambiente marino, los recursos vivo y la pesca.

d) El legislador español ha realizado en los últimos años un notable esfuerzo para actualizar el marco normativo marítimo, no siempre acompañados de esfuerzos paralelos para la debida coordinación de la técnica legislativa y la coherencia interna del ordenamiento.

## NOTAS

(1) H. KELSEN en su *«Teoría general del Estado»*. Editora Nacional de Méjico, 1979. Páginas 182 y ss. y, con más detalle, en su *«Teoría General del Derecho y del Estado»*, Universidad Autónoma de Méjico, 1958, pp. 250 y ss.; G. BURDEAU en su «Tratado de Ciencia Política», tomo II, *El Estado*, Universidad Autónoma de Méjico, 1985, pp. 141 y ss. que incluso llama al mar territorial *«prolongación del territorio»*.

(2) R. PERPIÑÁ Y GRAU. *Reflexiones sobre el origen y ocaso de las talasocracias en Grecia, Venecia e Inglaterra*, IEP, Madrid, 1965.

(3) P. RENOUVIN, y J.B. DUROSELLE. *Introducción a la política internacional*. Rialp, Madrid, 1968, pp. 19 y ss.

(4) Mi compañera en esta mesa, la Letrada Sra. Collado Martínez, en su excelente trabajo sobre *«La navegación marítima y el transporte»*, enumera los siguientes ámbitos posibles *«la seguridad de la navegación, la protección del medio ambiente y del patrimonio cultural subacuático, el uso del mar territorial, la lucha contra la contaminación, los intereses españoles en materia de pesca, la extranjería y la inmigración, o la lucha contra el contrabando»*. Lamentablemente, dada la dimensión de éste trabajo, no podremos entrar en todos ellos.

Dejo constancia de mi agradecimiento a la Sra. Collado al haberme proporcionado éste trabajo, así como por la generosa colaboración que me ha prestado para el desarrollo de esta ponencia.

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

- (5) K. SCHMITT. *El nomos de la tierra*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1979.
- (6) BYRKENSHOEK: *De dominio maris*, 1703.
- (7) «Con ello se produjo el primer *nomos* de la tierra, que consistía en una determinada relación entre la ordenación espacial de la tierra firme y la ordenación espacial del mar libre, y que fue durante cuatrocientos años la base de un Derecho de Gentes centrado en Europa: el *Ius publicum europeum*». Schmitt, *op. cit.* Pág. 24.
- (8) Archivo General de Simancas, Sección de Estado, legajos y carpetas 2557/2, 622/783, 840/190-193, 2513/102, 841/141-145, 155, 840/181-183... Documentos inéditos de la Historia de España.
- (9) A. MIAJA DE LA MUELA. *El Principio de efectividad en el Derecho Internacional*. Valladolid, 1958.
- (10) El decreto de 5 de agosto de 1997 fijó tales líneas, de acuerdo con la propuesta técnica del Instituto Hidrográfico de la Marina. Para Gibraltar rige lo establecido en el artículo 10 del tratado de Utrecht.
- (11) Complementado por el Real Decreto 236/2013, de 5 de abril, que establece la Zona Exclusiva en el Mediterráneo Noroccidental.
- (12) Informe sobre las competencias de las distintas administraciones territoriales y órganos de la Administración General del Estado en materia de protección de hábitats y especies marinas y de declaración y gestión de áreas marinas protegidas.
- (13) Ley 3/2001, de 26 de marzo, artículo 2, en los sucesivos LPME.
- (14) FARIÑA GUITIÁN. *El buque de guerra ante el Derecho Internacional*, Madrid, 1941. Editorial Naval, pág. 13.
- (15) Punto III, del dictamen, página 41 y ss.
- (16) Pueden compulsarse los dictámenes: 334/2018, para las pesquerías del atún rojo en Atlántico oriental y el Mediterráneo; 1173/2017, para la pesca del rabil por la flota atunera cerquera congeladora en el Océano Índico, o el dictamen 907/2018 para la limitación del volumen de capturas del patudo (*Thunnus Obesus*) en el Océano Atlántico.
- (17) Para un análisis completo de ésta materia remito al trabajo de mi compañero Auditor de la Armada F. MARÍN CASTÁN: *Marco jurídico de la seguridad marítima*. Dialnet, pp. 171 y ss.

# **EL PODER FINANCIERO Y EL TERRITORIO NACIONAL EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO**

MARÍA PRESEDO  
Letrada del Consejo de Estado

## **1. INTRODUCCIÓN**

La noción de territorio tiene no solo una dimensión material y tangible, que se concreta en la determinación de sus límites físicos, sino también una dimensión competencial e intangible, en la medida en que esos límites físicos determinan el ámbito de actuación de los órganos competentes y los ordenamientos jurídicos aplicables.

Es, por tanto, desde este último enfoque –desde la significación jurídica del territorio– desde el que se hará referencia a la doctrina del Consejo de Estado sobre la proyección del elemento territorial en el ejercicio de las competencias públicas relativas al que hemos denominado en un sentido amplio «poder financiero».

La organización financiera estatal –uno de los elementos presentes en el nacimiento del Estado moderno– se circunscribía en sus inicios a una sólida estructura recaudatoria, surgida para proporcionar los recursos económicos necesarios para financiar el aparato militar y la política exterior. Más adelante, a medida que las funciones asumidas por los poderes públicos se incrementaban y se consolidaba el Estado de Derecho, surgió la disciplina presupuestaria y se aprobaron regulaciones de diversa naturaleza para la ordenación de la economía y la creación e impulso de los mercados financieros.

Por ello, la exposición se ordenará en torno a esos tres grandes bloques: 1) ordenación de la economía y regulación de los mercados financieros; 2) disciplina presupuestaria y control del gasto público; y 3) poder tributario y sistema fiscal.

El denominador común en todos estos casos es una marcada centralización y una concentración de competencias en el Estado.

En efecto, dada la relevancia, para la economía en su conjunto y para la propia organización estatal, de los sectores implicados y de las competencias, tanto normativas como ejecutivas, para su ordenación, es regla general que su ejercicio corresponda en exclusiva al Estado, que se extienda a todo el territorio nacional y que se proyecte sobre todos los nacionales y también incluso sobre algunos sujetos no nacionales que operan en dicho territorio.

Pero esta regla general sufre importantes modulaciones, que responden esencialmente a dos circunstancias:

– Por un lado, la integración de España en la Unión Europea, que, a los efectos que ahora interesan, impone las exigencias derivadas de la estabilidad presupuestaria y condiciona en buena medida las regulaciones de los grandes sectores financieros.

– Por otro lado, la configuración del Estado español como un Estado autonómico, junto al reconocimiento constitucional, aunque con distinta intensidad, de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, de los que resulta la articulación de un complejo sistema de distribución de competencias y la coexistencia de diferentes ordenamientos tributarios.

Estas modulaciones tienen reflejo en los dictámenes del Consejo de Estado a través de cuestiones diversas, que van desde la naturaleza y características de las labores de transposición hasta el análisis de los ámbitos de aplicación y de los títulos competenciales que amparan determinados proyectos normativos, pasando por concretas solicitudes de revisión de oficio o de reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que el elemento territorial juega un papel relevante o incluso constituye el objeto mismo de la regulación implicada, como sucede en el caso de la institución catastral.

## 2. LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

### A) *Punto de partida e intervención del Consejo de Estado*

Como ya se ha avanzado, la regulación de los mercados financieros se encuentra estrechamente condicionada por la normativa europea. Puede afir-

marse sin lugar a dudas que el contenido de la práctica totalidad de las leyes que regulan los mercados de valores españoles, la actividad aseguradora y reaseguradora, la inversión colectiva y el capital-riesgo, así como la actividad crediticia, viene determinado por la normativa europea, apreciándose un importante desplazamiento de la competencia estatal.

No hay que olvidar que la Unión Europea tiene entre sus objetivos principales la integración económica y la creación de un mercado único interior en el que se garantice la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales. Ello exige una regulación común de las grandes instituciones económicas y la articulación de las medidas precisas que posibiliten la superación de las fronteras territoriales para la prestación de los servicios, en este caso financieros.

La intervención del Consejo de Estado se centra, por tanto, en el examen de los correspondientes proyectos normativos, al amparo de lo establecido en los artículos 21.2 y 22.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que establecen la preceptividad del dictamen del Pleno o de la Comisión Permanente cuando se trate, respectivamente, de anteproyectos de Ley o de proyectos de disposiciones reglamentarias que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.

## B) *Competencia estatal y competencia autonómica*

A la vista de la competencia europea y de los títulos competenciales que el artículo 149.1 de la Constitución reserva al Estado (regla 6.<sup>a</sup> – legislación mercantil; regla 11.<sup>a</sup> – sistema monetario y bases de la ordenación de crédito, banca y seguros; regla 13.<sup>a</sup> – bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), es claro que se trata de regulaciones que no plantean habitualmente problemas desde el punto de vista de la articulación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.

Ahora bien, hay algunos puntos concretos que han requerido de alguna precisión adicional, siguiendo los dictámenes la pauta marcada por la jurisprudencia constitucional para afirmar, por ejemplo, que la regulación de los mercados de valores no puede confundirse con las competencias que algunas Comunidades Autónomas han asumido sobre los centros de contratación situados en su territorio (dictamen 319/2018, de 21 de junio, relativo al anteproyecto de Ley del Mercado de Valores y de los Instrumentos Financieros) o que en materia de defensa de la competencia también corresponden al Estado «las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional» (dictamen 1080/2006, de 20 de julio).

C) *Cuestiones planteadas*

Procede, por tanto, centrarse en las cuestiones que con frecuencia se plantean al abordar el examen de la transposición realizada por los distintos proyectos normativos, algunas de las cuales son específicas de las normas que abordan la regulación de los grandes sectores financieros:

1) En primer lugar, se examina con especial atención la delimitación de los ámbitos de aplicación de estas regulaciones.

En efecto, por razón de la propia naturaleza y finalidad de la Unión Europea, cabe destacar la importancia de las cuestiones relativas a la definición del ámbito de aplicación territorial de estas regulaciones y a la garantía de la libre circulación (plena efectividad de los denominados «pasaportes europeos», posibilidad de elección en determinados supuestos de la autoridad competente –por ejemplo, para registrar el folleto de una emisión, etc.).

El Consejo de Estado vela por que se realice una adecuada transposición de todas estas previsiones y, a los efectos que ahora interesan, por que se respeten los ámbitos territoriales de aplicación definidos en las normas europeas.

Así, por ejemplo, no duda en calificar de esencial la observación realizada a un precepto del anteproyecto de Ley de Servicios de Pago (dictamen 661/2018, de 25 de octubre) que establecía la aplicación de la norma española al supuesto de que uno de los proveedores de servicios de pago estuviese situado en otro Estado miembro, cuando la directiva correspondiente no contemplaba ese alcance extraterritorial.

2) Un segundo grupo de observaciones trae causa del hecho de que la transposición de directivas implica la recepción de normas jurídicas redactadas con una vocación de aplicación a todos los Estados integrantes de la Unión Europea y con un contenido que no siempre encaja en las categorías preexistentes propias del ordenamiento interno.

a) Suele suscitar observaciones el método de transposición seguido, pues generalmente responde a los criterios de automatismo y literalidad (dictamen 1504/2007, de 19 de julio, emitido en relación con el anteproyecto de Ley de transposición de la Directiva 2004/39/CE-MIFIDI).

La reproducción literal del contenido de las directivas no se considera, como regla general, la técnica más adecuada, si bien hay ocasiones en que puede estar justificada, dado el carácter técnico de la materia o cuando la redacción sea muy detallada, lo cual es frecuente en las Directivas que regulan estos sectores.

b) Son frecuentes también las observaciones sobre incorporación de definiciones y categorías jurídicas (dictamen 319/2018 ya citado).

Como regla general, se considera que la recepción de las definiciones europeas resulta pertinente cuando las mismas se refieren a conceptos novedosos o desconocidos en el Derecho interno. O cuando se trata de conceptos que, teniendo el mismo *nomen iuris* que en el Derecho español, se refieren a realidades distintas; supuesto en el cual la incorporación debe realizarse con los correspondientes ajustes terminológicos que permitan salvaguardar, al mismo tiempo, la aplicación de unas y otras instituciones.

c) En fin, en cuanto a la terminología empleada, en estos sectores es frecuente el recurso a expresiones procedentes del derecho anglosajón, que se han incorporado a las directivas y cuya utilización está plenamente generalizada en la práctica de estos mercados (por ejemplo, el término «colchón financiero» empleado en el anteproyecto de ley de supervisión y solvencia de entidades de crédito –dictamen 59/2014, de 30 de enero).

De ahí que normalmente no se objeten, a no ser que incidan negativamente en la comprensión de la norma.

3) Por último, otra cuestión relevante que se plantea en estos casos y que trae causa de la específica jerarquía de fuentes del Derecho europeo, que no se corresponde con la propia del ordenamiento español, es la relativa a la distribución de materias entre ley y reglamento.

Esta distribución ha de tener como objetivo buscar el equilibrio adecuado para cada materia, introduciendo en la ley la regulación esencial y más permanente y defiriendo a la potestad reglamentaria del Gobierno los desarrollos y pormenores más concretos y cambiantes (entre otros, dictamen 2055/2010, de 16 de diciembre, relativo al anteproyecto de Ley de Dinero Electrónico).

Se observa, sin embargo, que en algunos casos ese pretendido equilibrio brilla por su ausencia. El ejemplo paradigmático lo constituye la regulación del mercado de valores, llegándose a hablar de «hipertrofia» de esta legislación (dictamen 319/2018 ya citado). Tras la refundición operada el texto de la Ley pasó de 131 artículos a 334 (361 artículos en el último anteproyecto).

Un texto normativo de tan grandes dimensiones no trae causa únicamente de la creciente complejidad de dichos mercados, sino también –y de una manera muy especial– de una deficiente articulación de las relaciones entre ley y reglamento, que se traduce en una clara tendencia a reunir en una sola ley todas las previsiones relativas a una determinada materia, o el mayor número de ellas, a fin de facilitar su conocimiento y aplicación.

Pero esta finalidad sin duda no se suele cumplir: por un lado, se difumina la distinción entre normas principales y accesorias, lo que dificulta la identificación de los principios básicos de la regulación; por otro lado, al incorporar contenidos propiamente reglamentarios, estas leyes se encuentran expuestas a constantes modificaciones, lo que da lugar a una acusada fragmentación y dispersión normativa (dictamen 1024/2015, de 22 de octubre, relativo al proyecto de Real Decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores; dictamen 215/2010, de 18 de marzo, relativo al anteproyecto de Ley de Economía Sostenible).

### 3. ORDENACIÓN PRESUPUESTARIA Y CONTROL DEL GASTO

#### A) *Punto de partida e intervención del Consejo de Estado*

El marco normativo fundamental de la disciplina presupuestaria está integrado por el artículo 134 de la Constitución y por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (cuyo anteproyecto fue objeto del dictamen 2096/2003, de 10 de julio), junto con las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año.

Tales disposiciones se refieren esencialmente a la ordenación presupuestaria estatal, pues no hay que olvidar que las Comunidades Autónomas gozan de autonomía financiera (y, por tanto, presupuestaria) para el desarrollo y ejecución de sus competencias, en virtud de lo dispuesto por el artículo 156 del texto constitucional.

En el caso de las Entidades Locales, la Constitución reconoce una autonomía presupuestaria más limitada, garantizando que dichas entidades han de disponer de los medios suficientes para el ejercicio de sus funciones (artículo 142). En este contexto, corresponde a la competencia normativa estatal la aprobación de las disposiciones que establecen el marco legal regulador de los presupuestos de dichas entidades (título VIII de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local –en adelante LBRL, y título VI del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLHL –dictamen 322/2004, de 26 de febrero).

Junto a este contenido de la ordenación presupuestaria que pudiera calificarse de «tradicional» y por razón de las exigencias de naturaleza económica impuestas por la Unión Europea, es preciso referirse al bloque normativo de la estabilidad presupuestaria (cuyo núcleo normativo está integrado por el

artículo 135 de la Constitución y por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera –en adelante, LOEPSF), cuyas previsiones tienen también como destinatarias a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales e implican determinadas restricciones en sus respectivos ámbitos de autonomía para la ordenación del gasto público.

Es a este ámbito, por razón de la preceptividad del dictamen en cuanto a los proyectos normativos vinculados al Derecho europeo en los términos que ya se han expuesto, al que se refieren las principales cuestiones que ha examinado el Consejo de Estado en el marco de la ordenación presupuestaria.

### B) *Cuestiones planteadas en relación con las Comunidades Autónomas*

Como se acaba de indicar, es evidente que las disposiciones normativas adoptadas por el Estado para dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera inciden de plano sobre el sistema de distribución de competencias establecido en la Norma Fundamental y sobre la consagración a nivel constitucional del principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, lo que ha determinado que su vigencia no sea pacífica y hayan sido numerosos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por diferentes Comunidades Autónomas.

Desde el primero de los dictámenes emitidos en esta materia (dictamen 4/2001, de 18 de enero, relativo al anteproyecto de Ley General de Estabilidad Presupuestaria), la idea que preside las observaciones formuladas por el Consejo de Estado es la relativa a la necesidad de conciliar la correcta incorporación de las exigencias europeas con el pleno respeto a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas.

Las consideraciones entonces efectuadas sobre la adecuación del anteproyecto a la distribución de competencias definida por el artículo 149.1 de la Constitución (en especial reglas 11.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup>) fueron corroboradas por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos a partir de la STC 134/2011, de 20 de julio.

Tras la reforma del artículo 135 de la Constitución, aprobada el 27 de septiembre de 2011 y que según ha señalado el Tribunal Constitucional introduce un nuevo canon constitucional –el principio de estabilidad presupuestaria– (STC 157/2011, de 18 de octubre), se aprobó una nueva Ley Orgánica, la 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, cuyo anteproyecto fue objeto del dictamen 164/2012, de 1 de marzo. Esta Ley tam-

bién fue objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional, siendo confirmada su adecuación a la Constitución (STC 215/2014, de 18 de diciembre).

En esta ocasión el Consejo de Estado hizo de nuevo hincapié en la necesidad de preservar y respetar el ámbito de decisión autonómica, pero con un importante matiz. Y es que junto a las competencias exclusivas del Estado que resultan del artículo 149.1 de la Constitución y que fueron las que sirvieron de base a la anterior regulación legal sobre la estabilidad presupuestaria, el nuevo anteproyecto engarza directamente con la previsión constitucional de que «todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria» (apartado 1 del artículo 135) y con la remisión directa de dicho precepto a una ley orgánica, obviamente estatal, para desarrollar ese mandato constitucional que queda fuera de la disponibilidad del Estado y de las Comunidades.

1) En el plano organizativo, se pone el acento en la proyección de la estabilidad presupuestaria sobre la ordenación general de la economía y en los principios de autonomía y coordinación.

– Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Se destaca el papel de órgano de coordinación del Consejo de Política Fiscal y Financiera y se subraya que su intervención no es un simple mecanismo de control de la actividad presupuestaria de las Comunidades Autónomas, sino una pieza fundamental para garantizar una aplicación eficaz y coordinada de las previsiones en materia de estabilidad presupuestaria.

Se insiste en que debería tener una participación mucho más relevante en la adopción de determinadas decisiones como, por ejemplo, en la constatación de las circunstancias que pueden determinar la aplicación de las medidas coercitivas del artículo 25 del anteproyecto en el caso de incumplimiento del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio (dictamen 164/2012 ya citado).

– AIREF.

Se destaca que la AIREF no asume las competencias del Consejo de Política Fiscal y Financiera y que la finalidad que persiguen sus informes es tratar de garantizar que las medidas presupuestarias adoptadas por las Comunidades Autónomas son consistentes y coherentes con el proceso de consolidación fiscal y la consecución del objetivo de estabilidad presupuestaria, por lo que la extensión de sus funciones no puede considerarse una merma para la autonomía financiera (dictamen 606/2013, de 13 de junio, sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de creación de la AIREF).

- Colaboración frente a jerarquía.

El Consejo de Estado ha subrayado, al hilo de determinadas previsiones organizativas, la necesidad de potenciar el principio de colaboración frente al principio de jerarquía.

Así, se objetó la previsión del anteproyecto (artículo 25.2) que contemplaba una delegación de expertos para valorar la situación económico-financiera de la Administración afectada, incorporando una remisión en blanco al Ministerio competente.

Se sugirió configurar esa delegación como una comisión de expertos no incardinada en la estructura jerárquica de la Administración del Estado y que funcione como un órgano de colaboración de carácter independiente, pudiendo estar integrado también por algún experto designado por la propia Administración afectada o por los órganos de coordinación institucional en la materia o incluso por las Cortes.

2) En el plano sustantivo, se subraya que la salvaguarda de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas pasa por articular una regulación que acote con precisión el ámbito de competencias de los órganos estatales y que sea plenamente respetuosa con el marco constitucional establecido.

Cabe destacar las observaciones formuladas en relación con el artículo 26 del anteproyecto, que concretaba la aplicación del artículo 155 de la Constitución al ámbito de la estabilidad presupuestaria (dictamen 164/2012 ya citado).

O también las que se efectúan en el dictamen 876/2013, de 5 de septiembre (relativo al anteproyecto de la que luego sería la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, cuya constitucionalidad fue confirmada por la STC 101/2016, de 25 de mayo) en relación con el proyectado artículo 20.5.a) de la LOEPSF, que preveía, cuando el periodo medio de pago a los proveedores de la Comunidad Autónoma hubiera superado determinados límites, el inicio del procedimiento de retención de los importes a satisfacer por los recursos de los regímenes de financiación para pagar directamente a los proveedores.

Ambas observaciones merecieron la calificación de esenciales en tanto que obedecen a la necesidad de preservar la más estricta constitucionalidad de la norma proyectada:

- En el primer caso, se subrayó que era imprescindible acotar con mayor precisión el objeto del requerimiento y el ámbito de las medidas a adoptar por el Gobierno.

– En el segundo caso, se consideró que la aplicación del procedimiento de retención debía sujetarse a límites estrictos tanto cuantitativos (según lo establecido en la disposición adicional octava de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas –en adelante, LOFCA) como cualitativos (previa audiencia de la comunidad autónoma afectada e intervención del Consejo de Política Fiscal y Financiera).

3) El Consejo de Estado también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre alguna ley autonómica relativa a la estabilidad presupuestaria, al hilo de la consulta formulada por el Gobierno para determinar si existía fundamento suficiente para recurrirla ante el Tribunal Constitucional. En estos casos, se subraya la necesidad de garantizar el pleno respeto a las exigencias establecidas en el artículo 135 de la Constitución.

Así en el dictamen 803/2012, de 26 de julio, relativo al recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 2.2; 4.2; 6; 8.1 y 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 6/2012, de 7 de mayo, de estabilidad presupuestaria, se considera que existe fundamento para interponer recurso de inconstitucionalidad (con la excepción del artículo 4.2) con base en los siguientes argumentos:

– La Comunidad Autónoma no puede fijar un déficit estructural máximo ni establecer una fecha de cumplimiento diferente de la que figura en el artículo 135 de la Constitución y en la disposición final séptima de la LOEPSF.

– Únicamente es la LOEPSF la que puede fijar el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, por así establecerlo el apartado 2 del precepto constitucional.

– El objetivo de déficit de las Comunidades Autónomas viene marcado por la LOEPSF con base en la Constitución y su fijación para los sucesivos ejercicios presupuestarios ha de ajustarse a lo establecido en el artículo 16 de la citada Ley.

– Es a la LOEPSF (artículo 11.3) a la que corresponde establecer el procedimiento a seguir para determinar la concurrencia de las situaciones excepcionales. En dicho procedimiento no se contempla ni tiene cabida la intervención de instancias parlamentarias de las CC.AA. de manera que su pronunciamiento positivo sea un requisito para que pueda apreciarse la situación excepcional. La única intervención de esta naturaleza es la del Congreso de los Diputados, que debe adoptar su acuerdo por mayoría absoluta, conforme al artículo 135.4 de la Constitución.

C) *La adecuación del marco normativo a las especificidades del régimen foral*

Un supuesto específico lo constituyen los regímenes de concierto y convenio que definen los sistemas tributarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con dicha Comunidad) y de la Comunidad Foral de Navarra (Ley 28/1990, de 26 de diciembre, por la que se aprueba el Convenio Económico entre el Estado y la mencionada Comunidad Foral).

El Consejo de Estado ha afirmado la plena aplicabilidad a todas las Comunidades Autónomas de las exigencias derivadas de la estabilidad presupuestaria (dictamen 4/2001 antes citado).

El hecho de que tanto Navarra como el País Vasco tengan garantizado un específico sistema económico fiscal no puede implicar su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria:

– Primero, porque es indiferente, a los efectos del cumplimiento de los objetivos de estabilidad, que los ingresos autonómicos tengan su origen en uno u otro sistema tributario –el común y los específicos de Navarra y País Vasco–.

– Segundo, porque tanto la Ley 12/2002 como la Ley 28/1990 apenas contienen disposiciones sobre su régimen presupuestario, que es al que, primordial y precisamente, afectan las previsiones sobre estabilidad presupuestaria.

Sin embargo, el Consejo de Estado recuerda también que ha preservarse en lo posible la singularidad de estos regímenes económicos en el marco de la estabilidad presupuestaria.

De ahí que se sugiera que, sin excluir a tales Comunidades del ámbito de aplicación de la Ley, en esos dos casos la fijación de los concretos objetivos de estabilidad presupuestaria se realice, no en el marco del Consejo de Política Fiscal y Financiera, sino a través de sendas comisiones bilaterales integradas por representantes estatales y de la respectiva Comunidad (que pudieran ser las ya previstas por la legislación aplicable).

D) *Cuestiones planteadas en relación con las Entidades Locales*

Ha de comenzarse por señalar que la aplicación a las Entidades Locales de las previsiones en materia de estabilidad presupuestaria ha requerido la articulación de un marco legal específico –encabezado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (cuyo anteproyecto fue objeto del dictamen 567/2013, de 26 de junio)–,

así como la adopción de no pocas disposiciones normativas de rango reglamentario cuyo objeto es, precisamente, adaptar la regulación legal a las características propias de dichas entidades.

En este contexto, es observación constante la que insiste en el obligado respeto a la autonomía financiera de dichas Entidades y se ha destacado la importancia de tomar en consideración las especialidades presupuestarias que les son características y que atienden a la diversidad de situaciones de tamaño y población que ofrece el panorama local español (dictamen 164/2012).

En particular, se considera que la regulación sobre la estabilidad presupuestaria no atenta contra la garantía institucional de la autonomía local, por más que de ella resulte un marco competencial más estrecho que el que definía hasta entonces la LBRL. Así, en el dictamen 567/2013 se afirma lo siguiente:

«No cabe desconocer la importancia que para la configuración de las Entidades Locales tiene la definición de las competencias de los Municipios, trasunto de su autonomía y elemento caracterizador de su régimen jurídico, pero el mero hecho de que el haz de competencias que hasta ahora tenían reconocidas se vea reducido como consecuencia de la reforma proyectada no determina *per se* una afectación de la autonomía local de tal intensidad que pueda implicar una vulneración de la garantía institucional».

Ello no obstante, en el dictamen 338/2014, de 22 de mayo, relativo a la interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local contra la mencionada Ley 27/2013, el Consejo de Estado sí consideró que existían fundamentos jurídicos para que se plantease conflicto en defensa de la autonomía local en relación con los artículos 26.2 y 116 ter y la disposición adicional decimosexta de la LRBL, en la redacción dada por la Ley 27/2013. Conviene precisar que ninguna de estas previsiones figuraba en el anteproyecto dictaminado.

En particular, el dictamen se cuestiona, por su falta de adecuación a las exigencias constitucionales derivadas de la autonomía local, la atribución al Ministro de la competencia para decidir sobre la forma de gestión de los servicios públicos propuesta por las Diputaciones Provinciales y la posibilidad de que determinadas decisiones municipales relativas a las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera pudieran ser aprobadas por la Junta de Gobierno Local cuando no hubiesen merecido el voto favorable de la mayoría de los miembros del Pleno en primera votación.

La STC 107/2017, de 21 de diciembre, resolvió el citado conflicto, declarando la pérdida de objeto de la impugnación en lo relativo a las previsiones comentadas (ya que por sentencias 41/2016, de 3 de marzo, y 111/2016, de 9

de junio, el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucionales, entre otros preceptos de la Ley de racionalización, las aludidas previsiones).

#### E) *El mecanismo de repercusión*

Cabe referirse finalmente al mecanismo de repercusión establecido para distribuir las responsabilidades por incumplimiento de las normas internacionales y, en particular, del Derecho europeo.

Se trata de un instrumento claramente conectado con el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria de las distintas Administraciones Públicas y que, por tal razón, ha de aplicarse no sólo al Estado, sino también a las CC.AA y a las EE.LL.

Con el precedente de la Ley de Economía Sostenible, está previsto en la disposición adicional segunda de la LOEPSF, según la cual las Administraciones Públicas y las demás entidades a las que se aplica la citada Ley Orgánica (artículo 2.2) que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas del derecho de la Unión Europea o de tratados o convenios internacionales en los que España sea parte, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, o condenado por tribunales internacionales o por órganos arbitrales, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento.

El Consejo de Estado formuló diversas consideraciones al respecto en los dictámenes 215/2010 y 164/2012 ya citados y también en el dictamen 569/2013, de 13 de junio, relativo a la norma reglamentaria de desarrollo. En todo caso, se considera que este mecanismo se adecua al marco constitucional.

## 4. EL PODER TRIBUTARIO

### A) *Punto de partida e intervención del Consejo de Estado*

Conforme al artículo 133 de la Constitución, la potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado; mientras que Comunidades Autónomas y Entidades Locales pueden establecer tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes.

En primer lugar, hay, por tanto, un reconocimiento constitucional expreso de un poder tributario originario, que se circunscribe al Estado y al que la

Constitución no impone más límites que su ejercicio mediante ley (además, claro está, de las exigencias de orden material derivadas del artículo 31 del texto constitucional, que se refiere a «un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio»).

Todo ello sin olvidar el hecho de que la regulación de los impuestos indirectos (IVA, impuestos especiales) viene predeterminada por la normativa europea, salvo en lo que respecta al Impuesto General Indirecto Canario, que no es un impuesto armonizado por el Derecho comunitario, aunque su régimen jurídico tienda a aproximarse al del IVA (dictamen 1319/2009, de 17 de septiembre, relativo al anteproyecto de Ley por la que se transponen determinadas directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria).

En segundo lugar, hay también un reconocimiento constitucional de unos poderes tributarios derivados, que corresponden a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales y cuya extensión depende necesariamente de lo que establezcan el propio texto constitucional y las leyes que la definan (Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, y texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, respectivamente).

En el marco de este básico esquema –tributos estatales (pudiendo cederse algunos de estos impuestos a las Comunidades Autónomas en los términos previstos por la LOFCA), tributos autonómicos y tributos locales–, son varias y de muy diversa naturaleza las cuestiones que se le plantean al Consejo de Estado y que están conectadas con la noción de territorio, sobre la base de la preceptividad del dictamen no sólo para determinados proyectos normativos (en los términos que resultan de los artículos 21.2 y 22.2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1980), sino también, y de modo fundamental, en los ámbitos de la revisión de oficio y de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

## B) *Proyectos normativos*

Por el juego de los preceptos comentados y, como ya se avanzó con anterioridad, los anteproyectos de ley que han de ser dictaminados preceptivamente son aquellos que han de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo (artículo 21.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado).

Por ello, lo usual es que el Consejo no tenga ocasión de pronunciarse sobre los anteproyectos de Ley que establecen las principales regulaciones tributarias y que su labor consultiva se ciña a los desarrollos reglamentarios correspondientes.

Sin embargo, hay una importante excepción, el dictamen 1403/2003, de 22 de mayo, relativo al anteproyecto de la que luego sería la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria –en adelante, LGT.

A los efectos que ahora interesan, se afirma en el dictamen que la LGT establece «los pilares fundamentales del sistema tributario español, cuya concreción corresponde a la competencia exclusiva del Estado; ello sin perjuicio de que se reconozca un espacio adicional de desarrollo normativo por parte de las Comunidades Autónomas, aunque referido a unos ámbitos muy concretos y que, en todo caso, no afecten a la regulación de la Hacienda general».

Por tal razón, ha de entenderse aplicable a todas las Administraciones territoriales, si bien con el alcance que resulte de los distintos títulos competenciales que entran en juego (reglas 1.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 14.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> del artículo 149.1 de la Constitución), no ignorándose la dificultad inherente a toda fórmula de delimitación competencial que en este caso ha de atender, no sólo al tipo de competencia de que se trate (competencia básica/competencia exclusiva), sino también al tipo de tributo de que se trate (estatal, cedido, autonómico o local).

Sea como fuere, lo cierto es que la LGT no contiene previsión alguna sobre los títulos competenciales y que habrá que estar a lo que establezca la doctrina del Tribunal Constitucional.

Pero en todo caso se identifican en el dictamen algunas materias que necesariamente han de ser aplicables a todas las Comunidades Autónomas. Por citar algunas, la reserva de ley, las normas relativas a la eficacia temporal y espacial de las normas tributarias, los derechos de los contribuyentes, el régimen de la prescripción y de la caducidad, la regulación del interés de demora y de los recargos, la suspensión de los actos tributarios, etc.

### C) *Solicitudes de revisión de oficio*

1) En primer lugar, hay que referirse a los dictámenes que examinan solicitudes de revisión de oficio de liquidaciones tributarias practicadas por la AEAT fundamentadas, conforme al artículo 217.1.b) de la LGT, en la incompetencia manifiesta del órgano liquidador por razón de la residencia en territorio foral (vasco o navarro) del contribuyente.

Los elementos que se toman en consideración para determinar si procede o no la revisión son los siguientes: 1) los aspectos procedimentales (en particular, en cuanto a la práctica de notificaciones en el procedimiento de liquidación y, en su caso, en cuanto a la comunicación del cambio de domicilio); 2) la acreditación de la residencia fiscal en territorio foral por el interesado o la prueba por la AEAT de la residencia en territorio común; y 3) el cumplimiento o no por el solicitante de las obligaciones tributarias ante la Hacienda Foral, teniéndose en cuenta si se ha presentado autoliquidación ante la Hacienda Foral y si tal presentación se hizo antes o después de practicarse por la AEAT la liquidación que se pretende anular.

Si con arreglo a las anteriores pautas resulta acreditada la residencia en territorio foral y que el contribuyente ha cumplido sus obligaciones tributarias con la Hacienda Foral, se concluye que la liquidación practicada por la AEAT ha de ser declarada nula de pleno derecho en tanto ha sido dictada por un órgano manifiestamente incompetente desde el punto de vista territorial.

Se considera que en estos casos la vulneración de competencias resulta especialmente patente y grave por afectar a la distribución constitucional y estatutaria de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Y también se señala que «el mero riesgo de una situación de doble imposición pone de manifiesto la gravedad de las consecuencias jurídicas aparejadas a la incompetencia del órgano».

Por el contrario, se propone desestimar la solicitud de revisión de oficio formulada cuando no puede constatarse de modo indubitado la competencia de la Hacienda Foral (entre otros, dictámenes 997/2016 y 1002/2016, de 26 de enero de 2017, 1143/2017, de 25 de enero de 2018, y 52/2018, de 22 de febrero) al concurrir, conjunta o separadamente, alguna de estas circunstancias:

– El solicitante de la revisión de oficio no acredita de modo fehaciente la residencia fiscal en territorio foral, no considerándose suficiente a tales efectos, como regla general, el certificado de pensiones ni el certificado de empadronamiento en un municipio vasco o navarro.

– No prueba que hubiese tributado en territorio foral con anterioridad a las actuaciones de la AEAT (habiéndose autoliquidado el impuesto ante la Hacienda Foral después de la notificación de la liquidación practicada por la AEAT).

– Se incumple la obligación prevista en el artículo 48.3 de la LGT de comunicar a la AEAT el cambio de domicilio fiscal.

En fin, en ocasiones, aun concurriendo los elementos de hecho para acceder a la revisión de oficio instada, se considera que no se adecua a las exigen-

cias de la buena fe y de la seguridad jurídica, en los términos que resultan del artículo 110 de la Ley 39/2015. El interesado no había presentado autoliquidaciones en la Hacienda Foral y no solicitó la revisión de oficio de las liquidaciones practicadas por la AEAT sino cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción legalmente establecido para que la Hacienda foral vasca pudiera girar nuevas liquidaciones. En este caso, estimar la solicitud de revisión de oficio se traduciría en que tales rentas no tributasen ante ninguna de la Administraciones concernidas (dictamen 210/2018, de 5 de abril).

2) En relación con la aplicación del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) son dos los tipos de cuestiones planteadas que suscitan mayor interés desde un enfoque territorial.

a) En primer lugar, hay expedientes de revisión de oficio que traen causa de la falta de notificación al no residente de la liquidación tributaria y en los que los intentos de notificación realizados se han ceñido a la dirección en España que constaba en la escritura pública que se encontraba en el origen de las actuaciones tributarias o al domicilio fiscal en territorio español que constaba a la AEAT, pero no se han producido en la dirección del interesado en su país de residencia que igualmente conocía la Administración.

En estos casos y a la luz de diversos pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se han estimado las solicitudes de revisión de oficio formuladas, al entender —especialmente en el caso de no residentes sin establecimiento permanente y a la vista de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acudir válidamente a la notificación edictal y de la existencia de una normativa específica como lo son las normas de asistencia mutua (artículo 177 sexies de la LGT) y los Convenios de doble imposición suscritos por España— que la Administración, bajo el principio de buena fe, no solo está obligada a intentar las notificaciones en los inmuebles o domicilios que le consten en territorio español, sino que está obligada a asegurar la efectividad del conocimiento de sus decisiones por residentes extranjeros, lo que implica la utilización de los medios de cooperación internacional previstos para realizar la notificación de forma eficaz.

Por ello se concluye que en estos supuestos la Administración no observó toda la diligencia exigible para la notificación de los actos de liquidación y de imposición de sanción (tanto más cuando las actuaciones de recaudación sí fueron notificados en el domicilio extranjero), acudiendo a la notificación edictal sin haber agotado previamente las posibilidades de notificación personal. Esta circunstancia ha situado al interesado en posición de indefensión, privándole de alegar lo que tuviera por conveniente y de ejercitar las vías de

recurso (dictámenes 779/2016, de 3 de noviembre, 895/2016, de 19 de enero de 2017, 532/2017, de 14 de septiembre, y 1001/2017, de 25 de enero de 2018, entre otros).

Se exceptúan de la anterior conclusión estimatoria los acuerdos de liquidación respecto de los cuales se haya apreciado que es realmente la conducta del contribuyente no residente la que ha impedido la práctica de una notificación eficaz. Por ejemplo, cuando recibida la notificación, el contribuyente optó por no ponerse en contacto con la Administración Tributaria española, ignorando el requerimiento contenido en la comunicación de inicio de las actuaciones inspectoras (dictámenes 588/2016 y 591/2016, ambos de 29 de septiembre).

b) Otros asuntos evidencian la complejidad que reviste la coordinación de dos impuestos como son el IRPF y el IRNR; complejidad que se hace especialmente evidente en aquellos casos en que el contribuyente no residente no ha cumplido sus obligaciones tributarias para con la Hacienda española. En tales casos, puede suceder que la Administración tributaria inicie actuaciones inspectoras por un concepto tributario que no es el procedente o incluso que se practiquen liquidaciones por ambos impuestos.

Es importante ponderar el grado de incumplimiento de las obligaciones tributarias pues con frecuencia la no presentación de autoliquidación por el IRNR (por ejemplo, con ocasión de la venta de un inmueble) y la no consignación de una dirección válida a efectos de notificaciones son determinantes respecto de las ulteriores actuaciones inspectoras que pudieran iniciarse por el IRPF del mismo ejercicio.

De ahí que con carácter general sólo se considere procedente la revisión de oficio cuando la falta de notificación sea imputable esencialmente a la actuación administrativa y haya producido una situación de indefensión (por ejemplo, cuando conociendo una dirección en el país de residencia no intenta allí las notificaciones –dictamen 655/2019, de 26 de septiembre).

En estos casos, además, puede producirse un supuesto de doble imposición, tanto por el juego del IRPF y del IRNR como por aplicación del tributo equivalente del país de residencia. Sin embargo, la incompetencia manifiesta no es tan rotunda como en otros casos, pues no siempre es evidente la existencia de una doble tributación o cuál sea su concreto alcance.

Y de ahí que, como regla general, se considere que no procede la revisión de oficio, si bien se recuerda que la Administración puede en todo caso ejercer la potestad de revocación en los términos previstos en el artículo 219 de la Ley General Tributaria (dictamen 219/2019, de 9 de mayo).

3) Por último, hay que referirse a aquellas solicitudes de revisión de oficio que incluyen algún aspecto relación con el catastro inmobiliario:

a) Es el caso, en primer lugar, de las solicitudes que tienen por objeto la declaración de nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación por tratarse de un acto de contenido imposible, en tanto la finca en cuestión no existe en la realidad física.

Los dictámenes subrayan que su objeto se circunscribe al examen de la causa de nulidad invocada y acotan con precisión los efectos de la eventual declaración de nulidad, habida cuenta de que en muchos de estos casos suele haber de por medio una cuestión civil sobre la propiedad.

Por tal razón no son muchos los casos en los que, aun apreciándose la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho, la revisión de oficio de la resolución administrativa puede hacerse efectiva en toda su extensión.

Una excepción es el caso examinado en el dictamen 982/2013, de 30 de enero de 2014, en el que se declara nulo de pleno derecho el certificado de adjudicación directa de determinada finca registral con existencia catastral y registral y que, sin embargo, no existía realmente. No se plantea mayor problema toda vez que el solicitante de la nulidad es el adjudicatario directo.

b) Otro supuesto es el de las solicitudes de revisión de oficio que traen causa de defectos en las notificaciones practicadas, siendo aplicable la doctrina general para apreciar si existe una situación de indefensión material imputable a la Administración.

Un caso específico es el que se ha planteado en relación con el sistema de notificación de los procedimientos de renovación del catastro rústico (disposición adicional primera, apartado 2, del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario), que no contempla la notificación personal a los interesados, sino que la misma se lleva a cabo a través de su publicación en el Ayuntamiento, con indicación de los recursos pertinentes y plazo de interposición.

Se concluye que la falta de notificación personal en estos supuestos no es determinante de la nulidad de pleno derecho, ya que la regulación contenida en la citada disposición «no ha sido cuestionada, por el hecho de no contemplar la notificación personal a los interesados, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que goza de la presunción de constitucionalidad propia de cualquier norma del mismo rango» (dictamen 538/2019, de 17 de octubre).

D) *Reclamaciones de responsabilidad patrimonial*

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial sobre las que se proyecta la noción de territorio nacional presentan los más variados objetos.

– Reclamaciones de responsabilidad fundamentadas en la vulneración del Derecho Europeo.

No son pocas las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado legislador formuladas con fundamento en alguna infracción del Derecho europeo, por tanto, de un ordenamiento diferente al ordenamiento interno.

Los dictámenes del Consejo se centran en examinar si concurre o no una violación suficientemente caracterizada del Derecho europeo y si existe o no una relación de causalidad entre el incumplimiento del legislador y los daños sufridos, considerándose pertinente exigir una mínima actividad impugnatoria.

Sobre la base de las anteriores exigencias, se han desestimado reclamaciones diversas referidas a temas como, por ejemplo: 1) la regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) consideró vulneraba el Derecho de la Unión al permitir diferencias en el trato fiscal entre residentes y no residentes (dictamen 965/2015, de 11 de febrero de 2016) [se hace notar que las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo números 1566/2017, 1591/2017 y 1600/2017, dictadas con fechas 17, 23 y 24 de octubre de 2017 apreciaron que esa vulneración sí daba lugar a un supuesto de responsabilidad patrimonial, por lo que los dictámenes posteriores tienen sentido estimatorio (entre otros, dictamen 78/2021, de 18 de marzo)]; o 2) la regulación del IVA, que el citado Tribunal estimó contraria al Derecho europeo al prever una prorrata de deducción del impuesto soportado por los sujetos pasivos que efectuasen únicamente operaciones gravadas y al instaurar una norma especial que limitaba el derecho a la deducción del IVA correspondiente a la compra de bienes o servicios financiados mediante subvenciones (dictamen 84/2014, de 22 de abril).

En otros casos y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (que había apreciado en similares circunstancias la concurrencia de responsabilidad patrimonial del Estado legislador), los dictámenes tienen una conclusión estimatoria:

- Es el caso, en primer lugar, de las reclamaciones por el denominado «céntimo sanitario», que se fundamentaban en la falta de adecuación de la regulación española del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos a lo dispuesto por el artículo 3.2 de la Directiva 92/12/CEE, al

aplicar a determinados productos sujetos a impuestos especiales un gravamen indirecto sin finalidad específica (dictamen 424/2018, de 26 de julio).

- O también el caso de las reclamaciones formuladas por razón de la tributación por IVA a la que se vieron sujetas las ayudas por las entregas de cochinitos y cerdos de engorde que efectuasen voluntariamente los titulares de explotaciones situadas en las zonas de protección y vigilancia establecidas como consecuencia de la existencia de una epidemia de peste porcina clásica, previstas en el Reglamento (CE) núm. 913/97, de la Comisión, de 2 de mayo de 1997. El TJUE consideró que dicha ayuda es una indemnización fijada en aras del interés general, por lo que nunca podrá estar sujeta al IVA (dictamen 1300/2015, de 10 de marzo de 2016).

- Reclamaciones por el no uso de la lengua autonómica.

Se trata de supuestos en los que los contribuyentes residentes en Comunidades Autónomas con lengua oficial propia solicitan ser indemnizados por los perjuicios sufridos al no tramitarse los procedimientos tributarios en dicha lengua oficial.

Las reclamaciones se han desestimado (dictámenes 461/1996, de 14 de marzo, y 253/2013, de 16 de mayo) con base, entre otras, en las siguientes consideraciones:

«... el problema del uso de la lengua castellana o autonómica en el procedimiento administrativo debe resolverse desde la perspectiva de la efectividad de las garantías del ciudadano frente a la Administración y de la categórica proscripción de la indefensión contenida en el artículo 24 de la Constitución. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que la utilización de una lengua autonómica en el procedimiento podría, en su caso, originar la indefensión de un interesado si éste desconociese dicha lengua y no se procediese a la traducción de los documentos obrantes en el expediente.

Ahora bien, el problema no es planteable a la inversa: el no uso de una lengua autonómica (en este caso, el gallego) no puede dar lugar a indefensión, ya que, según el artículo 3 de la Constitución, «El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla». Por lo tanto, puesto que los reclamantes tienen el deber constitucional de conocer el castellano, no pueden alegar que lo desconocen y que este desconocimiento les ha impedido comprender el contenido de las actuaciones».

– Reclamaciones fundamentadas en la quiebra del principio de igualdad en materia tributaria.

Cabe mencionar en este punto aquellas reclamaciones que tienen su origen en la existencia de desigualdades dentro del territorio nacional por razón de la distinta configuración que, en función de las Comunidades Autónomas, pueden presentar tributos cedidos como el ISD o el Impuesto sobre el Patrimonio.

En estos casos (dictámenes 2534/2010, de 24 de febrero de 2011, y 2535/2010, de 27 de enero de 2011), se toma como punto de partida el hecho de que los regímenes legales de los citados impuestos y los términos de su cesión a las Comunidades Autónomas no han sido declarados inconstitucionales por razón de las desigualdades territoriales que puedan derivarse de su configuración como un tributo cedido parcialmente a dichas Comunidades.

Al no haberse generado una deuda tributaria en aplicación de un precepto declarado inconstitucional, ni realizado su pago sobre la base de un precepto contrario a la Constitución, se concluye que procede su desestimación, sin que en modo alguno puedan admitirse como sustento de una pretendida responsabilidad patrimonial meras apreciaciones u opiniones personales.

– Reclamaciones formuladas por Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

Se trata de reclamaciones formuladas por las Administraciones públicas territoriales (Comunidades Autónomas y Entidades Locales) por razón de los perjuicios causados por determinados órganos administrativos incardinados en la Administración General del Estado en la aplicación de los tributos cedidos o de los tributos locales.

La principal cuestión que suscitan estos asuntos es la relativa a la legitimación para reclamar.

Los asuntos más numerosos se plantean en materia de Haciendas locales, en reclamaciones frente a retrasos de los tribunales económico-administrativos (dictamen número 358/1997, de 5 de junio, que inauguró una larga serie) o que solicitaban indemnización por la falta de aprobación para ciertos bienes inmuebles de características especiales (centrales nucleares, presas) de la correspondiente ponencia complementaria de valores (entre otros, dictámenes 1780/2003, 1783/2003 y 1974/2003, de 4 de septiembre de 2003, y 891/2012, de 24 de enero de 2013).

En estos casos, no se admite la legitimación de la entidad local porque ésta ha actuado desde una posición activa, como persona de derecho público,

no como sujeto pasivo de una lesión que le haya sido directamente inferida por la Administración del Estado.

Menos frecuentes han sido las reclamaciones de similares características formuladas por las Comunidades Autónomas. Por ejemplo, cabe mencionar la reclamación formulada por la Generalidad de Cataluña por razón de la actuación del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña, cuya demora en dictar resolución determinó finalmente la prescripción de dos deudas tributarias liquidadas por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, tributo cedido por el Estado, procediendo su desestimación, máxime cuando la composición de los órganos económico-administrativos no es ajena a la intervención de las Comunidades Autónomas, cuya participación se contempla específicamente por el artículo 20 de la LOFCA (dictámenes 2902/2004, de 2 de diciembre, y 3433/2003, de 4 de diciembre).

– Reclamaciones relacionadas con la institución catastral.

La casuística es variada. Hay reclamaciones entre Administraciones Públicas (por ejemplo, un Ayuntamiento catalán, al que sí se le reconoció legitimación para formularla, solicitó ser indemnizado por razón de la incorrecta notificación de los valores catastrales llevada a efecto por la Gerencia Regional del Catastro de Cataluña –dictamen 1005/2017, de 1 de febrero de 2018).

Y también hay numerosas reclamaciones formuladas por particulares, que con frecuencia traen causa de la falta de coordinación entre Catastro y Registro de la Propiedad (entre otros, dictámenes 557/2016, de 15 de septiembre, y 899/2016, de 1 de diciembre), de la existencia de errores en las valoraciones derivadas de las Ponencias de Valores a efectos del IBI (dictamen 1172/2017, de 15 de febrero de 2018) o de la existencia de defectos en la notificación de los procedimientos catastrales.

– Reclamaciones formuladas en relación con la llamada «plusvalía municipal».

El hecho de que, conforme a los artículos 107 y 108 del TRLHL, la cuota del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana se calcule, no teniendo en cuenta el incremento real de valor, sino el valor catastral del bien en el momento de la transmisión, ha dado lugar a situaciones de tributación en las que no existe incremento de valor o a cuotas con un evidente alcance confiscatorio.

Sobre la constitucionalidad de algunas de estas reglas (artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 del TRLHL) se han pronunciado las Sentencias 26/2017,

de 16 de febrero; 37/2017, de 1 de marzo, y 59/2017, de 11 de mayo, del Tribunal Constitucional, que han de aplicarse conforme a los criterios fijados por el Tribunal Supremo con valor de doctrina legal (Sentencias 1163/2018, de 9 de julio; 1248/2018, de 17 de julio, y 1300/2018, de 18 de julio, reiteradas por otras muchas posteriores como, recientemente, las Sentencias 291/2019, de 6 de marzo, y 419/2019, de 3 de marzo).

Sobre la base de los anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, los dictámenes toman como punto de partida las siguientes consideraciones:

– Los artículos 107.1 y 107.2.a) del TRLHL únicamente son inconstitucionales cuando someten a tributación «situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión». En los demás casos, resultan plenamente aplicables.

– El artículo 110.4 del TRLHL, que impide la aplicación de reglas de cálculo de la cuota distintas de las previstas en la regulación vigente del Impuesto «es inconstitucional y nulo en todo caso», lo que «posibilita que los obligados tributarios puedan probar la inexistencia de un aumento del valor del terreno ante la Administración municipal».

Los ya numerosos dictámenes que versan sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador que se formulan por razón de la denominada «plusvalía municipal» se centran en examinar:

– Si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 32.4 de la Ley 40/2015. En particular, que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada.

Estas exigencias se configuran como un auténtico requisito formal previo a la acción o de procedibilidad, de forma que no concurriendo aquel no procedería la indemnización.

– Si el reclamante ha acreditado de modo fehaciente la inexistencia de un incremento de valor con ocasión de las transmisiones objeto de gravamen.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que a tal efecto el sujeto pasivo puede ofrecer cualquier tipo de prueba que permita apreciar la inexistencia de ese incremento. Por ejemplo, calcular la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión que se refleja en las correspondientes escrituras públicas u optar por una prueba pericial que confirme tales indicios

(Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1163/2018, de 9 de julio, entre otras).

Por lo demás, conviene reiterar que solo hay un supuesto que, en el momento actual y de conformidad con la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo, impediría la liquidación del impuesto: la inexistencia de incremento de valor.

En los demás casos, el Impuesto deberá ser liquidado en todo caso conforme a las reglas objetivas de cálculo establecidas 107.1 y 107.2 del TRLHL, cualquiera que sea la cuota que de las mismas resulte, sin que resulte posible la aplicación de reglas de cálculo distintas de las legalmente previstas.

Es evidente, sin embargo, que al margen de dicho supuesto, puede haber otros en los que, existiendo incremento de valor, la aplicación de la regulación legal vigente puede ser contraria al artículo 31.1 de la Constitución, tal y como se plantea en la cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid recientemente admitida a trámite y que habrá de ser resuelta por el Tribunal Constitucional.

Se trata de supuestos en los que existe incremento de valor y en los que la cuota resultante tiene carácter confiscatorio.

En el caso del asunto que se encuentra en el origen de la cuestión de inconstitucionalidad, la cuota liquidada al contribuyente importa un 83,8% del importe real aflorado con ocasión de la transmisión (3.560,02 euros de cuota respecto de 4.343,67 euros de incremento); en el caso que contempla el dictamen 8/2019, de 9 de mayo, dicho porcentaje supera el cien por cien del incremento real –límite a partir de cual el carácter confiscatorio no parece admitir duda–, situándose entre 193,92 y el 474,93%.

En estos casos el Consejo de Estado aprecia la existencia de una situación cuanto menos incierta, a falta de un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional; y por ello, los dictámenes hasta la fecha emitidos concluyen que procede esperar a la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad planteada y resolver a la luz de lo que en ella se determine, previa solicitud de nuevo dictamen del Consejo de Estado [debe hacerse notar que, tras la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo número 1689/2020, de 9 de diciembre, el Consejo de Estado ha estimado una reclamación en la que el incremento acreditado en sede judicial del valor del suelo era inferior a la cuota liquidada y la estimación se ha referido al total de la cuota y no sólo a la parte del exceso (dictamen 610/2020, de 4 de febrero de 2021)].

## 5. SUGERENCIAS

Cabe apuntar finalmente algunas reflexiones de cara al futuro, que se realizan exclusivamente a título personal, aunque algunas de ellas también hayan tenido reflejo en los dictámenes del Consejo de Estado o en alguno de los informes elaborados por su Comisión de Estudios.

1. Por lo que se refiere a la regulación de los grandes sectores financieros, se realizan las siguientes sugerencias:

– En el ámbito europeo, promover una mayor participación de las autoridades y funcionarios españoles en la preparación y redacción de las normas europeas.

– En el ámbito interno:

- Mejorar la organización de las labores de incorporación del Derecho europeo, para lo cual se hace una doble propuesta: por un lado, la creación, quizá únicamente en aquellos ministerios que tienen que abordar un mayor número de transposiciones, de un órgano técnico especializado; por otro lado, la articulación de un procedimiento específico que posibilite acortar los plazos de tramitación interna.

- Establecer las disposiciones necesarias para que un Gobierno en funciones pueda aprobar las normas precisas para hacer efectiva la transposición de las Directivas cuyo plazo de incorporación haya expirado o esté a punto de hacerlo. Sin desconocer las limitaciones de todo Gobierno en funciones y, por tanto, dentro de límites estrictos, sería conveniente contemplar expresamente este supuesto para impedir incumplimientos que puedan dar lugar a responsabilidad del Reino de España frente la Unión Europea.

- Promover la elaboración de textos normativos que, respetando el principio de jerarquía, lleven a cabo una adecuada distribución de materias entre ley y reglamento.

2. En materia de estabilidad presupuestaria se formulan las siguientes propuestas:

– Potenciar la idea de coordinación y dotar de mayor flexibilidad al funcionamiento del Consejo de Política Fiscal y Financiera. Al menos desde la perspectiva de los expedientes que llegan al Consejo de Estado, da la impresión de que el funcionamiento de este Consejo adolece de excesiva rigidez, hasta el punto de que cuando la LOEPSF prevé su intervención previa en la

elaboración de proyectos normativos, en ocasiones se opta por remitir el proyecto a las Comunidades Autónomas en lugar de convocar el Consejo.

– Introducir en la LOEPSF algún mecanismo que permita a un Gobierno en funciones adoptar las decisiones imprescindibles para garantizar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y, al mismo tiempo, posibilitar que las Comunidades Autónomas puedan aprobar sus respectivos presupuestos.

A estos efectos, serían de especial relevancia las cautelas y medidas de control que puedan establecerse para asegurar un correcto ejercicio de tales funciones.

### 3. En fin, en materia tributaria se apuntan las siguientes ideas:

– La autonomía financiera de las Comunidades Autónomas consagrada en la Constitución no proscribe las diferencias entre los regímenes tributarios autonómicos que puedan resultar de las reglas sobre cesión de tributos establecidas en la LOFCA y en sus disposiciones de desarrollo y de su concreta aplicación por las distintas Comunidades Autónomas. En la actualidad, sin embargo, algunos cuestionan ese modelo y proponen establecer un umbral mínimo de tributación por debajo del cual no cabe la bonificación de los referidos impuestos.

A mi juicio, la opción apuntada no parte del enfoque adecuado. Porque lo realmente relevante es atender de modo conjunto a la consecución de una doble finalidad –el pleno respeto a la autonomía financiera autonómica, por un lado, y el cumplimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria, por otro–; para lo cual podría explorarse la opción de vincular la procedencia de las correspondientes decisiones autonómicas al grado de cumplimiento de los respectivos objetivos de estabilidad presupuestaria, de modo que la posibilidad de bonificar estos impuestos se haga depender del referido cumplimiento.

– El legislador estatal debe adecuar sin demora la normativa reguladora de la plusvalía municipal a las decisiones del Tribunal Constitucional. Si esta tarea no se aborda con cierta premura, dará lugar a un elevado número de declaraciones de responsabilidad patrimonial del Estado, con el consiguiente mayor detrimento patrimonial que ello supondrá para el erario público.

También cabría articular un procedimiento específico para que el Estado pueda recuperar con cierta agilidad las cantidades abonadas como indemnización en este tipo de reclamaciones, pues no hay que olvidar el hecho de que el importe de las liquidaciones discutidas ha sido percibido por las haciendas locales.

– En cuanto a las cuestiones suscitadas al hilo de las diferentes solicitudes de revisión de oficio y de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas, cabe realizar las siguientes sugerencias:

- Mejorar la coordinación entre la AEAT y las Haciendas Forales y potenciar el intercambio de información. También reforzar la coordinación interna dentro de la AEAT para la gestión de IRPF e IRNR.

- Revisar el régimen legal de las notificaciones contenido en los artículos 109 y siguientes de la LGT para aproximarlos al general de la Ley 39/2015, de modo que sólo se mantengan aquellas especialidades que realmente estén justificadas por la naturaleza de la potestad tributaria.

En el caso de la legislación catastral, parece oportuno que en el procedimiento de renovación catastral (aunque en él no se vean afectados los parámetros de valoración) también sea preciso intentar en primer término la notificación personal.

- Promover una revisión de las regulaciones sobre Catastro y Registro de la Propiedad, a fin de garantizar la mejor coordinación posible entre ambas instituciones.

La práctica evidencia que no son infrecuentes las discordancias y que no siempre es fácil su resolución. En este sentido, no hay que olvidar que los datos catastrales no tienen solo una finalidad de control fiscal, sino que también proporcionan un principio de prueba sobre la titularidad civil de los bienes catastrados, en defecto de otros medios probatorios.

Por ello, resulta altamente aconsejable: 1) reforzar los mecanismos que garanticen la coordinación entre los datos catastrales y los registrales, con el objetivo principal de detectar las posibles divergencias existentes; y 2) articular las medidas necesarias para resolver, en plazo razonable y de forma definitiva, las divergencias detectadas.

# LA VERTEBRACIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL A TRAVÉS DE LAS OBRAS DE INFRAESTRUCTURA <sup>1</sup>

J. LEANDRO MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ  
Letrado Mayor del Consejo de Estado

## I. EL TERRITORIO: LAS FRONTERAS

1. El Estado, como forma política nacida en los albores de la Modernidad, es el resultado de un largo y sinuoso proceso histórico de centralización y territorialización del poder. El poder del Estado es exclusivo y excluyente. No reconoce superior<sup>2</sup>. Precisa una esfera espacial en la que ejercerse, el territorio<sup>3-5</sup>. Así, el espacio en el que se proyecta, el territorio, se erige, bien en presupuesto<sup>6</sup>, bien en requisito –elemento–<sup>7</sup>, bien en condición para la existencia del propio Estado<sup>8</sup>. Sin territorio, se dirá durante largo tiempo, no hay Estado<sup>9</sup>. Esta afirmación está hoy debilitada<sup>10</sup>.

2. En el Estado moderno, el territorio está caracterizado por dos notas: la estabilidad y la limitación. La primera es consecuencia de que, en él, se asienta de manera permanente la población. La limitación comporta que el territorio tiene confines.

El derecho ha definido el territorio mediante el concepto de frontera; la geopolítica<sup>11</sup>, por la noción de espacio; la geohistoria<sup>12</sup>, por la de ubicación. Finalmente, para la geodierética, por la idea de posesión con fundamentos teológicos<sup>13</sup>.

3. La noción de frontera –en cuanto límite– no ha sido única, ni en la historia política, ni en la historia del pensamiento.

En la historia política de la antigüedad y del medioevo, las fronteras se columbraban; llamaban a espacios imprecisos, a zonas de transición, bien de contacto, bien de enfrentamiento. Así, el *limes* romano<sup>14</sup>, las marcas carolingias y las extremaduras castellanas y orientales<sup>15,16</sup>. Luego, las fronteras se definieron, se delimitaron<sup>17</sup>; llamaron a la noción de linde, de raya<sup>18,19</sup>. En concreto, a límites que aspiran a ser nítidos, fijos, precisos. Y es que, como señalara Brunhes-Vallaux «el tipo moderno de frontera exactamente delimitada es el resultado de la unificación interior, ya culminada, de un Estado. Este es el último estadio de la evolución de la frontera. La frontera moderna plasma en el mapa la cohesión creciente del Estado»<sup>20</sup>.

Aún dentro de la noción de raya, la historia ofrece dos concepciones diferentes: la de la raya precisa y la de las líneas de amistad. La primera es la clásica; fija el ámbito de actuación de los distintos poderes, bien sometidos a una autoridad superior, bien reconocedores de un orden jurídico común superior<sup>21</sup>. En la segunda, la frontera delimita dos ámbitos o espacios distintos; diametralmente opuestos para unos y simplemente diferenciados, en matices de mayor o menor intensidad, para otros. Aquí, está el mundo sometido al derecho general, común; allá, otro mundo bien sujeto a otro derecho distinto del general, bien excluido del propio derecho<sup>22</sup>.

Hoy en día, las nociones de frontera como raya, en unos casos, y como espacio, unidas a la concepción del territorio como condición del Estado, esto es, como espacio en el que se ejercen competencias, ha dado lugar al concepto de frontera funcional. Mediante ésta se explican las situaciones en las que determinados espacios, aún formando parte geográficamente del territorio nacional, los Estados, bien renuncian voluntariamente a la aplicación –total o parcial– de sus normas, reconociéndoles un estatuto singular –total o parcial–<sup>23</sup>, bien articulan fórmulas de concurrencia de sus competencias con las de otros Estados, ignorando la cuestión de la titularidad territorial<sup>24</sup>. Así, la frontera ha sido concebida, ora como zona de equilibrio inestable, de enfrentamiento, de contraste, de lucha entre sus colindantes, ora como zona de aproximación e influencia mutua entre las partes limítrofes.

4. En la historia del pensamiento, la frontera ha sido vinculada por el europeo al espacio, a lo estático, a lo reglado. Una frontera para un europeo es algo sagrado que él defiende, que cruza raras veces y por causas de una defensa mayor; «es el marco dentro del cual... vive, y por eso la ama y conserva como un santuario y una huerta bendita, es la porción de la realidad que le pertenece»<sup>25</sup>. Por el contrario, en el pensamiento americano, la noción de frontera se vincula a la idea de tiempo. «La frontera para el americano siempre ha sido algo que tiene que cruzar, algo que tiene que conquistar»<sup>26</sup>. Es un mito

que va desde el *far west* decimonónico a la *new frontier* kennediana. En ese mito, la frontera no es una línea donde el hombre se para sino una línea a traspasar. La frontera no se concibe como prohibición sino como promesa<sup>27</sup>.

5. En la geopolítica, el territorio del Estado se define por el espacio. La estructura del territorio de un Estado viene determinada, en primer término, por su configuración geográfica. Hay Estados territorialmente continuos y otros discontinuos<sup>28</sup>. Esta diferente conformación tiene consecuencias relevantes en el ámbito de las relaciones internacionales e internas. Si se atiende a las primeras, los Estados con territorio continuo ven limitados los puntos de fricción con sus colindantes a las de sus fronteras; en los discontinuos, por el contrario, esos puntos son innumerables. Y, se atiende a las segundas, los problemas de articulación también se multiplican por la amplitud de sus fronteras y la complejidad de su estructura.

No todos los espacios que constituyen el objeto del Estado y sobre los que el poder estatal proyecta su autoridad y competencias tienen la misma naturaleza y carácter. Unos tienen el carácter de auténtico territorio de éste; otros, no<sup>29</sup>. Entre aquellos, unas veces se habla de territorios metropolitanos o principales y coloniales<sup>30,31</sup>. Y, entre los metropolitanos, aún se distingue entre plenos y fragmentarios<sup>32</sup>. Otras veces se diferencia entre territorios provinciales y no provinciales. Tampoco es inusual separar entre territorios peninsulares e insulares. Las dicotomías señaladas se concretan en la existencia de diversos regímenes jurídicos aplicables a unos y otros<sup>33</sup>.

6. En la geohistoria<sup>34</sup>, el territorio se delimita por la noción de ubicación, lo que comporta, entre otras cosas, la diferenciación entre Estados terrestres y marítimos<sup>35</sup>.

7. En las constituciones, el territorio aparece mencionado la mayor parte de las veces de soslayo<sup>36</sup>. Todas, sin embargo, afirman la integridad territorial en sus preámbulos o artículos introductorios. Se usan dos formas para proclamar la inviolabilidad territorial: una, consiste simplemente en prohibir la cesión de cualquier porción del territorio nacional; otra, en detallar pormenorizadamente las áreas o las fronteras<sup>37</sup>.

A veces, las constituciones se hacen eco de pretensiones territoriales –aceptadas o no por la comunidad internacional–<sup>38</sup>.

8. En la Constitución de 1978, el territorio no está fijado<sup>39</sup>. No tiene un tratamiento, ni pormenorizado, ni sistemático. Además, no está especialmente protegido<sup>40</sup>. Ahora bien, a la vista de sus determinaciones, se puede afirmar que únicamente el Estado es titular pleno del territorio nacional –terrestre, marítimo y aéreo–; es uno de sus elementos.

Su relación con el territorio terrestre es directa; no se ve mediatizada por la existencia de las Comunidades Autónomas y las Entidades locales<sup>41</sup>. Es cierto que las leyes hablan de territorio autonómico y local y que pudiere pensarse en la apuntada mediatización. Sin embargo, las menciones legales han de entenderse en un sentido distinto al de relación directa. Para el Estado, el territorio es uno de sus requisitos, un elemento; para las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, una condición; esto es, un espacio en el que despliegan sus competencias en concurrencia con las de las otras Administraciones Públicas. Así concebido, el territorio no es un objeto de un dominio eminente<sup>42</sup> por parte del Estado sino de su poder pleno y directo.

El Consejo de Estado ha dicho que la titularidad del territorio nacional –como elemento u objeto– corresponde exclusivamente al Estado. Las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales no son en puridad titulares de ningún territorio. Para unas y otras, el territorio es un ámbito espacial en el que despliegan sus competencias. Su titularidad es instrumental o derivativa y, en ningún caso, tiene carácter dominical privado<sup>43</sup>. El poder del Estado se despliega a través de las Comunidades Autónomas y las Entidades locales en relación con el ejercicio de determinadas competencias y espacios. Ahora bien, ese ejercicio o despliegue no debilita su relación directa con el territorio.

Consecuencia de lo expuesto es que, de ordinario, los deslindes y las alteraciones de los límites provinciales o de entidades locales limítrofes y pertenecientes a dos Comunidades Autónomas distintas implican una modificación del ámbito espacial de validez de los Estatutos de autonomía de éstas, pero no una modificación de su territorio<sup>44</sup>.

La relación directa entre Estado y territorio ampara, por otro lado, que los espacios aéreo y marítimo sean dominios exclusivos de aquél. No hay titularidad de ninguna índole de las Comunidades Autónomas sobre dichos espacios. Pueden existir efectos reflejos de sus competencias en esos ámbitos pero en ningún modo titularidad<sup>45</sup>.

9. El territorio terrestre del Estado no se agota o completa íntegramente con la suma de los espacios en los que ejercen sus competencias las Comunidades Autónomas y las dos Ciudades con Estatuto de Autonomía. En efecto, la distribución territorial terrestre que les corresponde ni es completa, ni es uniforme.

No es completa por cuanto no abarca íntegramente el espacio estatal. Hay una porción –menor– que no queda comprendida en el territorio de las citadas Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía. Respecto de esa porción, el Estado despliega plena e íntegramente todas sus competencias de manera directa. Se trata de los territorios españoles norteafricanos

–excluidos Ceuta y Melilla–: de las Islas Chafarinas y de los Peñones de Vélez de la Gomera y de Alhucemas<sup>46,47</sup>. Así lo dijo en el dictamen núm. 813/2015, de 22 de octubre de 2015, emitido en relación con el proyecto de real decreto legislativo por el que se aprobaba el texto refundido de la ley de régimen del suelo y rehabilitación urbana<sup>48,49</sup>.

La distribución territorial no es tampoco uniforme. De una parte, no todas las Comunidades Autónomas han asumido las mismas competencias. Y, de otro lado, las Ciudades con Estatuto de Autonomía –que son entidades locales con un régimen jurídico singular– las ostentan con un alcance muy distinto del de aquéllas, de tal suerte que el Estado conserva respecto de ellas una competencia plena al menos en lo tocante al ejercicio de la potestad legislativa.

## II. LA OBRA PÚBLICA

1. Las obras públicas son un título jurídico-político de intervención, un título jurídico de delimitación competencias y un instrumento de vertebración del territorio<sup>50</sup>.

Como título jurídico-político de intervención<sup>51</sup>, las obras públicas están en el origen del derecho administrativo. En efecto, frente a lo que se suele decir de que el derecho administrativo es el fruto de la construcción *more geometrico* del racionalismo dieciochesco y de la Revolución Francesa, viene conformado por las técnicas de derecho regio medievales y del Estado moderno<sup>52</sup>. A lo largo de la historia, el poder político –sirviéndose del derecho– ha buscado siempre fundamentos para inmiscuirse en la vida de las personas y ha ido ideando y desgranando diversos conceptos: la *pax publica*, la policía, el dominio público, el fomento, la obra pública, el servicio público, el interés social, la sostenibilidad medioambiental... Todos estas nociones no son sino artilugios sofisticos de los juspublicistas para justificar las actuaciones del poder.

Como título jurídico-político de intervención, las obras –luego llamadas públicas– se erigen y configuran con perfiles nítidos durante el siglo XVIII. En esta centuria, el título está presidido por la idea de fomento. El Estado adquiere la conciencia de hacer caminos, canales, faros y puertos. Lo pusieron de manifiesto el P. Martín Sarmiento, B. Ward, Antonio Ponz y, sobre todo, Fernández de Mesa, al decir que «una Monarquía sin cómodos caminos es, una nave sin remos, un ave sin alas y un cuerpo paralítico, en que no puede correr como conviene el juego del gobierno y la economía»<sup>53</sup>. Y ello se plasmó en la primera legislación general de caminos<sup>54</sup> y en el denominado Informe de Betan-

court, dirigido en 1803, por quien fuera Director del Gabinete de Máquinas en España e Inspector General de Caminos en Rusia, a Don Pedro de Cevallos. Al considerar los caminos necesarios para el progreso, se comenzó la carretera de Madrid a La Coruña (1749), se construyó la de Reinosa a Santander (1750), se abrió el camino de Bilbao a Burgos (1751) y el de Irún a Alava (1751). En 1769, se ordenó colocar mojones de piedra, de media en media legua. Y de 1780 a 1789, se construyeron 195 leguas de caminos y se repararon otras 200. Se fabricaron 322 puentes nuevos y se rehabilitaron 45<sup>55</sup>. Se hicieron 1049 alcantarillas camine-ras, como recogía Córdoba Pacheco. Lo mismo se puede señalar respecto de los puertos, pues en esa época se mejoraron, ampliaron o construyeron de nueva planta los de San Sebastián, Bilbao, Santander, Gijón, El Ferrol, Cádiz, Málaga, Cartagena y Barcelona y se empezó el alumbrado marítimo de una forma regu-lar, levantándose los faros de Monte Igueldo, Punta Galea en Bilbao, La Coru-ña, Cádiz, Málaga, Punta de la Podadera e isla Escombrera en Cartagena, Bar-celona y Mallorca.

En el siglo XIX, afirmado el carácter sagrado e inviolable de la propiedad, sólo podía obligarse a los particulares a su enajenación –mediante la expro-piación– si se precisaba para la ejecución de una obra de utilidad pública u obra pública –a secas–. Se entendía por ésta, primeramente, los «caminos de todas clases, los canales de navegación, de riego y desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se intere-sen uno o más pueblos, la navegación de los ríos y cualesquiera otras construc-ciones que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia general»<sup>56</sup> y luego, más ampliamente, quedaron incluidos «los caminos de hierro y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos»<sup>57</sup>. En todo caso, sus elementos di-ferenciadores eran la titularidad pública de la obra, un sustrato material –la obra civil o edificación–, su afectación a un interés público determinado y, en fin, la posibilidad de ser gestionada mediante empresario interpuesto<sup>58</sup>.

El título de intervención obra pública inspira gran parte de la regulación administrativa del siglo XIX y de los comienzos del XX. La Ley de Travesías de 11 de abril de 1849, la Ley de Caminos Vecinales de 28 de abril del mismo año, las leyes de carreteras de 7 de mayo de 1851 –llamada Arteta por su pro-motor–, de 22 de julio de 1857 –conocida como Ley Moyano–, de 4 de abril de 1877 –tildada como Ley Toreno–, el plan general de carreteras de 6 de sep-tiembre de 1866, las sucesivas leyes de ferrocarriles, las de aguas de 1855 y 1879, la de puertos de 1880, la de obras hidráulicas de 7 de julio de 1911 y la Ley Cambó de paseos marítimos de 1922 –asumiendo la de 1918 del de Barcelona– encuentran su título legitimador en la noción de obra pública. Esa

variada regulación reservaba siempre la titularidad de la obra a favor de la Administración pero, por otra parte, ponía de manifiesto su incapacidad empresarial para ejecutarla. Así se estableció, como sistema normal para hacerlo, el del contrato. En efecto, aunque en las primeras normas citadas el régimen concesional tenía carácter subsidiario para el caso de insuficiencia pública e imposibilidad de su ejecución mediante el sistema de contrata –contrato de obras–, pronto cambió la situación. Desde 1855 y sobre todo desde 1877, es el régimen concesional –la concesión de obra pública– el que deviene ordinario. Un sistema concesional apoyado por la Administración mediante subvenciones y auxilios, concebido como contrato de resultado, sujeto a la regla del principio de riesgo y ventura, en el que no se garantiza al particular una rentabilidad por su inversión o por la explotación de la obra sino que ésta derivará del interés que despierte en la sociedad.

La obra pública clásica declina hacia la mitad del siglo xx<sup>59</sup>, pero no desaparece. La pasada centuria es la del servicio público, la de la actividad prestacional, a cargo del Estado. Este se reserva a su favor la titularidad de innumerables actividades que considera de interés general o social, hasta tal punto que se habló sin recato del Estado providencia o el Estado prestacional. La obra pública ve palidecer sus características propias para modularse con elementos funcionales propios del servicio público. El examen de las leyes de 26 de febrero de 1953, de carreteras de peaje, la 55/1960, de 22 de diciembre, sobre construcción, conservación y explotación de carreteras en régimen de concesión, los decretos leyes específicos de las autopistas en régimen de concesión dictados en los años sesenta de la pasada centuria –impulsados por los equipos de Vigón-Mortes Alfonso, Silva Muñoz-Areítio y Fernández de la Mora-Doadrio– y la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de autopistas en régimen de concesión, lo evidencian. La obra pública se ve fuertemente condicionada por la inclusión en su noción de los elementos definidores del servicio público, de tal suerte que sólo es obra pública la construcción de la fábrica pues su gestión y explotación está presidida por la idea de servicio. La prevalencia de esta idea de servicio tuvo además otra consecuencia: la ejecución directa de la obra pública por la Administración y, una vez construida, su apertura al uso público y gratuito, de manera general.

La Constitución de 1978 se aprobó cuando la noción de Estado providencia o prestacional estaba en su punto álgido. Y así quedó plasmado en múltiples preceptos, configurándose una *constitución económica* –en sentido jurídico– que pivota sobre dos principios rectores diametralmente opuestos –la libertad económica, de un lado, y la reserva pública de determinados bienes y servicios y la planificación económica, de otro–. Esos principios han

venido siendo ponderados, con mayor o menor intensidad, durante los años de su vigencia.

La prevalencia de los títulos servicio público y actividad prestacional en la Constitución no significa que el de obra pública quedara orillado. Antes al contrario, pervive en la Norma Fundamental y, además, adquiere perfiles peculiares y de singular relevancia; perfiles que estaban unas veces atisbados ya y otras, con un grado de maduración relevante, a la hora de su aprobación.

En la Constitución de 1978 y en su legislación de desarrollo, se ha visto acentuado el aderezo indivisible del servicio –quedando además embebido en el concepto de infraestructura– y, finalmente, está hoy en fase de transformación para perder su nota característica: su titularidad pública<sup>60</sup>.

Se ha señalado antes que, desde de 1952, la noción de obra pública aparece cada vez más tintada por la idea de servicio público. En la década de los setenta del pasado siglo, las obras públicas de carreteras, de presas, de puertos se califican jurídicamente como instrumentos mixtos de obra y servicio público. La doctrina ha puesto de manifiesto que la Constitución acoge ese planteamiento en relación con los puertos, los ferrocarriles, las obras públicas de interés general o los aeropuertos (Constitución Española, artículo 149.1.20.<sup>a</sup>, 21.<sup>a</sup>, 22.<sup>a</sup>, 24.<sup>a</sup>). Pero, al no ser rígida la formulación de este principio, la Constitución ha podido amparar una transformación profunda de la noción de obra pública operada por la legislación sectorial. La obra pública ya no es sólo un título de intervención propio aderezado, en más o en menos, por las características del servicio público, hasta convertirse en una realidad mixta de construcción y servicio público. Ha evolucionado por unos derroteros muchos amplios.

La obra pública ha quedado, de una parte, embebida en el más amplio concepto de *infraestructura* que supera la estrecha idea de la obra aislada para insertarse en un conjunto –presidido por la idea de sistema–. Y, aún en un proceso evolutivo notable, el sustrato físico ha perdido su relevancia o se ha visto debilitado notablemente, hasta desaparecer incluso en ocasiones. Se habla entonces de *redes* o incluso de *sistema*, cuando la base física se ha eliminado completamente. No es el lugar para hacer un examen detenido y detallado de dicha evolución.

Lo expuesto se puede predicar de los puertos, de los aeropuertos, de las estaciones de ferrocarril o de los faros. La importancia de las obras públicas, su asentamiento en bienes de dominio público y la relevancia de las actividades desarrolladas hacen que los poderes públicos no hayan cedido –en la mayor parte de los casos– su titularidad y que el esquema definido constitucionalmente siga siendo válido. Pero, al tiempo, la necesidad de asegurar una gestión eficaz de las infraestructuras ha llevado a la legislación sectorial (Ley de Puer-

tos citada, Ley 38/2015, del Sector Ferroviario, Ley 37/2015, de Carreteras, ambas de septiembre, etc.) –por influjo las más de las veces de la regulación comunitaria europea–, en primer término, a reducir la intensidad de la intervención pública pasando de un régimen de servicio público de las actividades a otro de interés económico general; en otros términos, los poderes públicos han dejado de ser titulares de la actividad para ser sus controladores especialmente intensos. Sin embargo, esos poderes públicos han conservado la titularidad de la obra. Todo ello ha comportado la privatización de la gestión de los servicios y su sujeción a las reglas de la libre competencia.

En esta senda, se abre por el ordenamiento un nuevo horizonte. Como se ha dicho, la titularidad pública ha sido la nota característica de las obras públicas desde el siglo XIX. Su gestión se ha depositado en manos privadas a través del correspondiente contrato de concesión, pero siempre se ha preservado aquella titularidad pública, aun debilitada respecto de ciertos servicios –estrechamente vinculados a la obra– que han dejado de serlo. Y aquí viene el salto cualitativo que las nuevas normas ofrecen: la pérdida de la titularidad pública de las obras y de su carácter de dominio público. La obra pública ya no se concibe necesariamente como una construcción, tintada de la idea de servicio, siempre de titularidad pública. Antes al contrario, se erige como de titularidad privada y de gestión privada, con la consiguiente exigencia de un canon por su uso, lo que quiebra la tradicional gratuidad. Sus nuevos rasgos definidores son su titularidad y gestión privada, su uso público y aprovechamiento general, bajo la intensa inspección y supervisión de la Administración. Baste mencionar en este sentido la situación de los aeropuertos de AENA, S.A., cuya titularidad le está atribuida en régimen de propiedad privada y no de dominio público<sup>61</sup>.

Por otra parte, la legislación dictada en materia de obra pública ha sufrido otra modificación relevante en lo tocante a su financiación. Se ha dicho antes que, durante gran parte del siglo XX, su construcción se hacía directamente por el Estado, con fondos propios, y se abría al uso público, de ordinario, gratuitamente. La exigencia de grandes capitales y la conformación de la estabilidad presupuestaria como uno de los pilares del Estado –que arranca del Tratado de Maastricht y culmina con la reforma de la Constitución en 27 de septiembre de 2011– ha llevado a buscar nuevas fórmulas de financiación de su construcción y explotación. Muchas han sido éstas: la creación de fondos, con o sin personalidad, cuyos recursos están vinculados a la concreta financiación de la obra; la aplicación de contribuciones especiales con la misma finalidad; la financiación privada mediante fórmulas de colaboración –*project management*–; la utilización instrumental de toda clase de personificaciones –públicas y pri-

vadas–; la vuelta al contrato de concesión de obra pública –que revivió ya en la Ley de Contratos de 1995 y, de manera vigorosa, con la Ley de 2003– y finalmente la articulación de nuevas fórmulas contractuales como son los contratos de gestión con inversión (BOT), de gestión con financiación (BTO) y de gestión con leasing. En esta vorágine evolutiva, la obra hidráulica –tradicionalmente simple especialidad de la obra pública– conserva sin embargo sus perfiles peculiares –ya descritos en las Leyes de Aguas de 1866 y 1879–, consistentes, de una parte, en una íntima ligazón con la idea de dominio público y, de otro lado, en la exclusión de su titularidad privada.

En síntesis, la obra pública sigue siendo hoy día un título jurídico de intervención pública. Ahora bien, desde la aprobación de la Constitución y por mor de la legislación dictada a su amparo o en su desarrollo, sus perfiles propios y características definidoras tradicionales se han difuminado o han evolucionado: de una parte, de la noción de obra pública como obra de fábrica aislada, se pasó a la noción de infraestructura –como conjunto vertebrado de obras– para evolucionar posteriormente a un concepto en el que el elemento material, bien resulta accesorio, bien queda muy debilitado: la red; y, de otro lado, superando los estrechos cauces de la idea de servicio público, en la de servicio económico o de interés general, de titularidad y gestión privada, sujeta a las reglas de la competencia, a fin de asegurar su eficacia, su eficiencia, su agilidad y su rentabilidad.

2. Por otra parte, la obra pública se erige en la Constitución de 1978 como un título de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, según previenen sus artículos 148 y 149. Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio, los ferrocarriles y las carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad, los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales son competencia de las Comunidades Autónomas. Los puertos y aeropuertos de interés general, los ferrocarriles que transcurren por más de una Comunidad Autónoma, las obras públicas de interés general o cuya realización afecta a más de una de ellas son competencia del Estado. La delimitación entre las competencias estatales y autonómicas pivota sobre dos criterios: uno, el territorio, meramente físico –la afección de la obra a más de una Comunidad Autónoma– y otro, el interés general, de índole cualitativa y cuya calificación corresponde al Estado<sup>62</sup>. Así, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las obras públicas de ámbito intercomunitario en tanto que las Comunidades Autónomas las tienen sobre las intracomunitarias que no sean de interés general. Por consiguiente, no toda obra pública es de competencia autonómica por ser intracomunitaria sino que

ha de estarse a su consideración como de interés general<sup>63</sup>. Ahora bien, estos criterios no son determinantes de la atribución.

En su profusa y muchas veces confusa y abstrusa jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha interpretado los referidos títulos de una manera especialmente particularista, en detrimento del Estado, al hilo de un seguidismo de la doctrina –mal entendida– sentada por el Tribunal Constitucional alemán y aderezada por técnicas anglosajonas de difícil encaje en nuestro sistema. Conforme con este planteamiento, ha llamado la atención sobre el carácter instrumental de la obra pública y, en consecuencia, su sujeción a otros criterios atributivos de competencia. La obra pública va íntimamente ligada al dominio público o a otras competencias materiales –tales como carreteras, aguas, costas, puertos, aeropuertos–. En estos casos, el dominio público y las citadas competencias materiales prevalecen sobre el título obra pública de tal suerte que quien ostente aquellas también es titular de ésta.

3. Lo que hoy se denominan infraestructuras han sido siempre un elemento de cohesión y vertebración de todo Estado –en sentido genérico–.

Vertebrar, articular un Estado es unirlo; es integrar las piezas que lo componen. Así lo decía Mommsen en las páginas iniciales de su *Historia de Roma* y lo recordaba Ortega y Gasset en el capítulo preliminar de su *España invertebrada*<sup>64</sup>. Integración que ha operado siempre en un doble ámbito: en lo espiritual o en lo cultural y en lo territorial. La vertebración espiritual ha estado orientada a la creación de un lazo común a todos los habitantes, a la configuración de un proyecto sugestivo de vida en común<sup>65</sup>. Los instrumentos utilizados para originarlo han sido múltiples: antaño, entre los primordiales, la religión<sup>66</sup>, la fuerza militar, el terror<sup>67</sup>... y, desde la Revolución francesa, la lengua<sup>68, 69</sup>, la educación y el servicio militar<sup>70, 71</sup>. La vertebración territorial, por su parte, ha revestido siempre dos formas básicas: bien la dilatación de un núcleo inicial al que se van incorporando sucesivamente otros que pasan a ser asimilados; bien la incorporación, en régimen de igualdad al originario, de otros que conservan su fisonomía propia, su autonomía<sup>72</sup>.

Como dijera García Pelayo, «no hay Estado ni Imperio que pueda existir sin informarse de lo que sucede en sus territorios y sin hacer llegar sus órdenes o hacer sentir su poder en el punto requerido»<sup>73</sup>. Y uno de los instrumentos más aptos y adecuados para ello son las obras públicas. Hasta tal punto que se ha vinculado la idea de imperio con la obra pública. Con el variar de los tiempos, va cambiando el tipo de obra vertebradora. En la antigüedad, lo fueron los puertos y después los caminos<sup>74, 75</sup>. Luego, en los siglos posteriores, han jugado ese papel las murallas, los canales, los ferrocarriles, las presas, los puertos, los aeropuertos... Hasta tal punto esto es así que la idea imperial se ha vincula-

do a la de un sistema de comunicaciones: la vía de Sardes a Susa en el Imperio meda, la red de calzadas en Roma, el camino de Santiago y la rota a Roma en la Edad Media, el sistema de comunicaciones marítimas de galeones y de caminos reales en la América hispana o el camino de Italia, el transiberiano en Rusia, el ferrocarril El Cabo-Aleandría y el Gran Tronco de la India son ejemplos de ello. Al idear un sistema de comunicación, todo gobernante tenía –y tiene– una idea política<sup>76</sup>.

### III. CONCRETAS INFRAESTRUCTURAS VERTEBRADORAS DEL TERRITORIO NACIONAL

Las obras públicas han sido siempre un instrumento capital de vertebración y unión de las partes integrantes de un Estado. Las carreteras –pero bien pudiera predicarse de todas las infraestructuras– hacen nación, crean una conciencia colectiva, aúnan los pueblos, decía la declaración final de Londres de 1937 en el Congreso Nacional de Carreteras<sup>77</sup>. Procede examinar, aún sumariamente, algunas de ellas.

1. Las carreteras y puentes han sido un medio de comunicación material y espiritual entre los distintos pueblos y un medio para afianzar la paz. En España, las carreteras han sido el primer instrumento de vertebración del Estado desde el siglo XVIII<sup>78,79</sup>. Su utilización fue pareja al establecimiento del régimen centralizador de los Borbones, el resultado de una clara idea de la importancia de los caminos<sup>80</sup> y de su labor unificadora<sup>81</sup>. Conforme con la concepción estatal, se optó por una red de caminos cuya cabecera estaba en Madrid, desde donde partían los caminos principales. Nació así el sistema viario radial<sup>82,83</sup> que todavía hoy pervive. Se construyeron carreteras con una configuración técnica distinta de los caminos<sup>84</sup>. Se aseguró la conservación de los existentes. Se asumió por el Estado el cobro de los portazgos, pontazgos y peazgos<sup>85</sup>. Se instauró un régimen administrativo común y una organización administrativa unificada<sup>86</sup>. El siglo XIX trabajosamente ahondó en el establecimiento de un sistema viario coherente. La labor desarrollada fue brillante y fecunda en todos los ámbitos: en el de la legislación, en el de los planes y proyectos, en el de la construcción y la conservación viaria y, en fin, en el de la formación de personal técnico. Y, finalmente, la centuria vigésima completó y perfeccionó el sistema. A lo largo de este tiempo se construyó una red, primordialmente radial, encaminada a vincular la capital con el litoral, asegurando la preeminencia de aquélla como núcleo de poder. Sólo, tras la Constitución

de 1978 y la erección de un sistema territorial pleonárquico, el esquema comenzó a mudar.

El lento proceso señalado tuvo cuatro periodos cruciales<sup>87</sup>. El primero, ya citado, fija su hito inicial en el reinado de Carlos III con la configuración de un sistema radial –las denominadas carreteras generales que partían de Madrid–, completado con otro transversal viario –que se concibe como eje de un plan territorial completo<sup>88</sup>– y las primeras ejecuciones camineras (Real Decreto de 10 de junio de 1761)<sup>89,90,91</sup>.

El segundo se extiende desde los albores de la centuria decimonónica hasta 1851. En él, se consolidó la Administración caminera a través de la Dirección General de Caminos. Se creó el Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos en 1836. Se aprobaron diversas normas encaminadas al fomento de la construcción de carreteras, al establecimiento de distintos regímenes jurídicos según su importancia<sup>92</sup> y al aseguramiento de su conservación y de su financiación. Se fijaron reglas técnicas para la redacción de los proyectos<sup>93</sup>. Y, en fin, se configuró un auténtico sistema viario basado en carreteras generales –las actuales radiales inicialmente, a las que se unieron luego otras–, carreteras transversales y caminos vecinales<sup>94</sup>.

El tercer periodo va desde 1851 hasta 1877. Tiene como hitos fundamentales las Leyes de 7 de mayo de 1851 (*Ley Arteta*) y de 22 de julio de 1855 (*Ley Moyano*). Las carreteras se afirmaron como obras públicas, sujetas a un régimen general único, de titularidad, construcción, financiación<sup>95</sup> –estatal o provincial–, conservación<sup>96</sup> y uso público, pero sometidas al pago por su utilización<sup>97</sup>. Se consolidó la Administración caminera a cargo del cuerpo especial facultativo de Ingenieros de Caminos<sup>98</sup>. Se disciplinó de manera pormenorizada la elaboración y aprobación de los proyectos<sup>99,100</sup>. Y, en fin, se introdujo en esta época la idea de planificación general del sistema viario coordinado con el ferrocarril<sup>101</sup>.

La primera de las leyes citadas, la de 1851, tenía un patente ánimo vertebrador del territorio según se evidenciaba con la clasificación que hacía de las carreteras: generales<sup>102,103</sup>; transversales<sup>104</sup>; provinciales –las que enlazaban una general con una transversal, entre otras– y, finalmente, locales<sup>105</sup>. Ánimo vertebrador que se convertía en absolutamente unificador en la segunda de las leyes mencionadas, la de Moyano<sup>106,107</sup>, hasta el punto de provocar acerbas críticas<sup>108</sup>.

El espíritu unificador a través de la red caminera se vió quebrado con ocasión de la Revolución de 1868. En el marco de período anárquico que la siguió, la Orden de la Regencia de 7 de abril de 1870 dispuso el abandono por el Estado de determinadas carreteras<sup>109</sup>. Ello obedeció a una creencia de que,

establecido el ferrocarril, la carretera quedaba inútil<sup>110</sup> y al principio ideológico de libertad absoluta para las obras públicas. Fue un dislate y un completo fracaso, sólo terminado con la reasunción de las vías por el Estado el 11 de julio de 1877<sup>111</sup>.

La Ley de 4 de mayo de 1877 (*Ley Toreno*) constituyó el mojón de una nueva regulación de las carreteras. Inspirada en los principios de la Ley General de Obras Públicas de 1877, clasificó las carreteras en costeadas por el Estado, las provincias, los municipios y los particulares, si bien aseguraba una coordinación y control de todas ellas por la Administración central. Mantuvo la idea de la planificación viaria<sup>112</sup>. La construcción y conservación se financiaba con cargo a los presupuestos del Estado. Confirmó la supresión de los pontazgos, portazgos y peazgos, si bien previó la posibilidad de que el Gobierno estableciera impuestos y arbitrios por el uso de las carreteras del Estado. Además, estableció que la construcción y la conservación se podría llevar a cabo por el sistema de administración o por el de contrata<sup>113</sup>.

La Ley de 1877 y los planes dictados a su amparo se vieron completados con distintos programas de actuación viaria que llevaron a efecto acciones especiales encaminadas a mejorar –y aún crear– las infraestructuras camineras y sus condiciones técnicas para unir las distintas regiones. La idea planificadora de la Ley de 1877 –completada con la noción de programa<sup>114</sup>– se convirtió en sistema con la aprobación de los denominados planes de carreteras 1939 –por las leyes de 11 de abril de 1939 y 18 de abril de 1941– (Plan Peña Boeuf) y 1960 –por ley 90/1961, de 23 de diciembre– (Plan Vigón). En estos, ya no se trataba de una simple ordenación de las vías sino de articular un conjunto vertebrado de carreteras<sup>115,116</sup>.

La aprobación de la Constitución de 1978 y el establecimiento de un sistema pleonárfico comportó la transferencia de numerosas carreteras a las Comunidades Autónomas. El Estado conserva la titularidad y gestión de las de interés general y las que discurren por el territorio de más de una comunidad autónoma. El proceso de traspaso de las vías se llevó a cabo entre 1980 y 1984. A partir de entonces, el sistema viario nacional quedó segregado en diecisiete sistemas autonómicos y uno estatal<sup>117</sup>, de compleja coordinación. A todos ellos se les dio un notable impulso en cuanto a construcción y mejora de las vías, con la financiación de los fondos europeos de desarrollo regional. No obstante la diversidad de sistemas viarios, desde 1993, el carácter vertebrador del estatal se ve afirmado con contundencia no sólo en relación con las propias obras públicas camineras sino –y sobre todo– con las demás obras públicas y el sistema económico<sup>118</sup>.

2. Las autopistas<sup>119</sup> también han sido un instrumento vertebrador del territorio nacional. Consideradas por los inspiradores del Circuito Nacional de Firms especiales como instrumentos para aumentar la riqueza nacional «dar gran esplendor a la expansión del turismo... y a transformar de modo especial la distribución y condiciones de los transportes»<sup>120</sup> y denominadas inicialmente como autocarreteras o carreteras pista, se regularon por primera vez<sup>121</sup>, con carácter general, mediante el Real Decreto-ley de 28 de julio de 1928<sup>122</sup> —que ya las llamó autopistas—<sup>123</sup>. Tras la Guerra, se dio nueva planta al régimen jurídico aplicable a las carreteras en régimen de concesión —con la ley de 26 de febrero de 1953<sup>124</sup> primero y la Ley 55/1960, de 22 de noviembre<sup>125</sup>—, pero sin contemplar específicamente la construcción de autopistas. Sólo a partir de 1960, se articularon planes y programas para ello<sup>126</sup>. Tras obtenerse financiación del Banco Mundial, se adjudicaron<sup>127</sup>. Se recurrió inicialmente a distintos decretos-leyes de otorgamiento<sup>128</sup>, con un régimen jurídico en gran medida uniforme<sup>129,130</sup>. Solo en 1972 se aprobó una norma general: la ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión —todavía vigente—<sup>131</sup>. La concesión de autopista se configuró primordialmente como de servicio público<sup>132</sup>. La crisis económica de 1973 provocó una suspensión del programa a la sazón en vigor y la quiebra de gran número de concesionarias, de tal suerte que los otorgamientos hubieron de ser asumidos por una empresa pública<sup>133</sup>.

La cuestión de las autopistas motivó un encendido debate público, sobre la base de posturas diametralmente opuestas, tanto sobre su existencia<sup>134</sup> como sobre su sistema de financiación y explotación<sup>135,136</sup>.

3. En el informe elaborado por Lord Devonshire (1880), decía que solo podía asegurarse el dominio británico en Africa si se construía el ferrocarril de El Cabo a El Cairo, pues sólo entonces habría sentido de unidad. La idea no era nueva. La importancia del ferrocarril como elemento catalizador de la unidad política se había puesto de manifiesto ya con anterioridad por el lábil pensamiento inglés. En efecto, cuando en 1867 se aprobó por el Parlamento británico la *British North America Act*, en virtud de la cual se creó el dominio del Canadá mediante la federación de las provincias de Nueva Escocia y Nueva Brunswick, se condicionó dicha creación a la construcción de un ferrocarril entre ambas. Y, en 1871, al autorizarse la incorporación al Dominio de la Columbia Británica se estableció también la exigencia de que se levantara un ferrocarril que enlazara el Pacífico con el sistema ferroviario canadiense<sup>137</sup>. Análogo criterio se siguió en España. El ferrocarril se construyó desde 1848 sobre una base radial, análoga a la de las carreteras, con un nodo central,

Madrid, y varios nodos de distribución (Alcázar de San Juan, Venta de Baños, La Encina)<sup>138</sup>.

4. Los túneles han sido otra pieza relevante en el proceso de vertebración nacional y de articulación territorial. Baste mencionar el de Viella, concebido en 1924, iniciado en 1926 y terminado en 1948. Con su construcción, el Valle de Arán –el único español que vierte al norte de los Pirineos– quedó integrado de lleno en la estructura nacional. En efecto, su singular ubicación había provocado que, desde su incorporación a Sobrarbe –y por tanto al Reino de Aragón– tras las disputas con el conde Bernardo de Cominges, después al Reino de Mallorca y, finalmente, tras el Compromiso de Caspe, a Cataluña, estuviere siempre aislado del resto del territorio durante el invierno. Hasta tal punto que había configurado un régimen jurídico peculiar –la *Era querimónia*– y que Felipe II, en 1558, autorizó con carácter permanente a los habitantes del valle a comerciar con Francia en tiempo de guerra. Esta previsión se entendió derogada en 1928 tras acondicionarse la carretera del puerto de la Bonaigua, que facilitó enormemente el acceso al valle en época invernal<sup>139</sup>. Ahora bien, sólo con la apertura del túnel quedó integrado materialmente en el tejido territorial nacional.

5. Los puertos fueron en el siglo XIX una mera obra pública, lugar costero de refugio para buques; en fin, obra pública. Al aprobarse la Constitución en 1978, conforme a la legislación entonces vigente –Ley de Puertos de 1928–, en el puerto estaba ya presente la idea de servicio público de suerte que era un espacio marítimo, ubicado en la costa, calificado como dominio público y dotado de servicios para asegurar la labor de transporte de los buques; giraba en torno a tres elementos: el espacio marítimo, las instalaciones portuarias y los servicios. Posteriormente, la Ley de Puertos de 1992 acentuó la idea de servicio público. El puerto se concibió entonces como el lugar adecuado para el intercambio de los modos de transporte. Se configuró como el lugar en el que concurren de manera coordinada el buque, el automóvil y el ferrocarril, deviniendo las labores precisas para asegurar dicha coordinación esenciales –carga y descarga o estiba y desestiba– inherentes al propio concepto de puerto. Esta idea del puerto como realidad mixta integrada por elementos propios del dominio, la obra y el servicio público e incardinada en la estructura de las funciones públicas ha quedado actualmente en gran parte superada. Hoy el puerto es, además de todo lo dicho, un espacio afecto al desarrollo de actividades plurales, unas, de carácter económico y otras, no, como las culturales o de esparcimiento. Se ha llegado a hablar de la «dimensión lúdica portuaria»<sup>140</sup>. En el puerto, se ubican acuarios, centros comerciales, restaurantes, centros de congresos o museos. Esta proteica concepción del puerto está presente en la

vigente Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante de 2011. En todo caso, no todos los puertos quedan bajo la competencia del Estado: sólo lo están los de interés general<sup>141</sup>. Pero, por las circunstancias políticas –y con la aquiescencia particularista del Tribunal Constitucional–, estas infraestructuras han visto relajada su dependencia de la Administración General del Estado tras introducirse en sus órganos de gobierno a representaciones de las Comunidades Autónomas y otras entidades públicas y privadas que han llegado a mediatizarla de manera intensa<sup>142</sup>.

Los puertos son un instrumento básico de la acción pública y, en particular, del Estado, de manera que las titularidades y actividades de sus instalaciones deben ser objeto de control por parte de la Administración<sup>143, 144</sup>.

6. Las confederaciones hidrográficas constituyeron asimismo un instrumento fundamental en el proceso articulación estatal. Sabido es que las leyes de aguas de 1866 –no aprobada– y de 13 de junio de 1879 pivotaban sobre un concepto autonómico de la gestión de las aguas, acogiendo las costumbres que regían en Aragón y Levante. Conforme con las determinaciones del último texto citado, se preveía la constitución de comunidades de regantes, jurados de riego y sindicatos de regantes como técnicas de autogobierno. Por Decreto-Ley de 6 de marzo de 1926, se constituyeron las distintas confederaciones hidrográficas que tenían por objeto asegurar la autonomía de la gestión de las aguas no sólo en relación con una toma o un concreto valle, sino con una gran cuenca hidrográfica. La idea, desarrollada por el Ingeniero Don Lorenzo Pardo teniendo como modelo la colonización del valle del Ródano, adquirió perfiles propios. Cada confederación –creada por una ley distinta– estaba concebida como un instrumento de planeamiento económico regional. «Se veía en la regionalización económica una técnica adecuada para romper el problema agudísimo de los regionalismos económicos, ya que las confederaciones hidrográficas perfectamente delimitadas geográficamente, no coinciden con las regiones tradicionales. Se veía una oportunidad única para llevar a cabo planes conjuntos de la realización de obras públicas: carreteras, ferrocarriles, etc.»<sup>145</sup>. El sectarismo –por ser obra de la Dictadura–, de una parte, y la incompetencia de la Administración de la Segunda República dieron al traste con la iniciativa, quedando reducidos a simples órganos burocráticos carentes de autonomía y de potestades de planeamiento.

7. También el correo y el telégrafo fueron un instrumento básico de vertebración del territorio<sup>146</sup>.

El correo ha revestido cuatro formas jurídicas: regalía, renta estancada, servicio público y finalmente servicio de interés general. Su prestación fue asumida exclusivamente por la Corona en 1716 –fecha de la fundación de

Correos— como instrumento encaminado, entre otras funciones, a asegurar la rapidez de la comunicación de las disposiciones legales y gubernativas<sup>147</sup>. La referida asunción comportó un cambio jurídico en su configuración. Dejó de ser regalía menor concedida, arrendada<sup>148</sup>, para instituirse renta de la Corona<sup>149</sup>. Entonces, se disciplinó con detalle su funcionamiento<sup>150</sup>. Se creó un sistema de oficinas<sup>151</sup> y una tupida red de postas —según una estructura radial<sup>152</sup>— accesoria o vinculada a la red caminera, puesto que el transporte se hacía primero a caballo y luego en diligencia<sup>153</sup>. Así, el correo y los caminos estaban íntimamente ligados. A finales del siglo XVIII, la idea de renta fue mitigándose y tintándose con la noción de servicio<sup>154</sup>. El siglo XIX conoció el desarrollo de la institución<sup>155</sup>, el abandono de la idea de renta estancada tras un largo proceso<sup>156</sup> y la consolidación del concepto del correo como servicio público. La centuria vigésima reafirma el carácter de servicio estatal del correo con la aprobación de la Ley de Bases de Correos de 1909. Hasta tal punto se consideraba un servicio fundamental del Estado que, al proclamarse la República, el primer edificio que se ocupó por las nuevas autoridades fue el Palacio de Telecomunicaciones, en la plaza de Cibeles, que había sustituido como sede de Correos, desde 1919, a la Casa de Postas, sita en la Puerta del Sol. El reconocimiento del carácter vertebrador del servicio de Correos adquirió plena carta de naturaleza con la declaración contenida en el artículo 1 de la Ordenanza Postal, aprobada por Decreto 1113/1960, de 19 de mayo, que lo definió como «servicio inherente a la soberanía del Estado, que lo rige y administra»<sup>157</sup>. Correos fue además un instrumento de articulación de los servicios financieros mediante la creación de la Caja postal en 1916, con oficinas en todas las estafetas<sup>158</sup>. Su carácter de servicio público se perdió a resultas de la incorporación al ordenamiento español de las directivas postales comunitarias que obligaron a su liberalización<sup>159</sup>, pasando a formar parte de esa categoría imprecisa, de perfiles difusos y naturaleza inaprensible, que es el servicio de interés general.

El telégrafo constituyó otro instrumento de unificación y centralización del Estado<sup>160</sup>. Siempre se le consideró servicio público. En un principio estaba destinado a uso exclusivo del Ejército y de las autoridades políticas y administrativas para hacer llegar sus resoluciones a los lugares más recónditos de la Monarquía. En sus inicios, se trató del telégrafo óptico<sup>161</sup>. Se tendieron tres grandes líneas que entraron en funcionamiento sucesivamente a partir de 1846: de San Sebastián a Madrid, una; de Madrid a Cádiz, otra; y de Port Bou a Madrid, pasando por Valencia, la última<sup>162</sup>. Su utilización estaba reservada a las secretarías de despacho, los capitanes generales y los jefes políticos para las comunicaciones oficiales<sup>163</sup>. Fue sustituido a partir de 1851 por el telégrafo

eléctrico, tras la generalización del sistema inventado por Morse. Entonces pasó a ser de uso común<sup>164</sup>. Su tendido se hizo paralelo a las carreteras al ser la red de ferrocarriles existente muy reducida<sup>165</sup>. La red telegráfica nacional –instituida entre 1855 y 1863– tenía también una estructura radial, siendo su nodo central la capital, Madrid. En 1863, todas las capitales de provincia, Baleares y Ceuta estaban ya unidas a la red<sup>166</sup>.

8. El cable submarino ha sido otra infraestructura vertebradora del territorio; un componente esencial del imperialismo decimonónico<sup>167</sup> y de la eficacia gubernativa. En España, su instalación tuvo primeramente fines militares<sup>168</sup>; luego, asegurar la coordinación administrativa<sup>169</sup> y, por último, destino comercial.

9. La estructura del espacio aéreo es finalmente un mecanismo de vertebración del territorio nacional<sup>170</sup>, a través del sistema de control aéreo gestionado por la entidad pública ENAIRE y el Ejército del Aire, asegurando la operatividad de los distintos aeropuertos nacionales. Interesa en todo caso destacar, de un lado, que el FIR de Canarias tiene la responsabilidad de la gestión del espacio aéreo no sólo que se ubica sobre las Islas Canarias sino también sobre el territorio del antiguo Sáhara español. Y, de otra parte, la singular situación del espacio aéreo de Melilla. El espacio aéreo de Melilla está integrado en el FIR de Madrid, objeto de control desde Sevilla, y da lugar a lo que se llama el «corredor aéreo de Melilla». Ahora bien, dicho corredor ni enlaza directamente con el FIR de Sevilla puesto que hay una porción en su zona norte que queda integrada en el FIR de Casablanca<sup>171</sup>, ni es reconocido –sino de manera indirecta– por Marruecos<sup>172</sup>.

## NOTAS

(1) La bibliografía que se cita es, en su práctica totalidad, la clásica que conserva validez. He orillado de propósito –salvo contadas excepciones– la moderna por estar al alcance y conocimiento de los sabedores del tema.

(2) El poder del Estado es soberano, como culminación del proceso iniciado en el Medioevo: «*Rex in suo regno imperator*», dirá Guillaume Durant (*Speculum judiciale*, IV, III, *de feudis*, 2, *quoniam*, 29) y repetirá Bartolo. Sobre la evolución, *vid.*, CALASSO, F.; *I glossatori e la teoria della sovranità*, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, 1951. Estéticamente, la larga marcha culminará con el acto blasfemo de Francisco I de Francia de titularse *Majestad*, cuyo uso –fuera del antecedente romano predicado del primitivo *rex*– estaba reservado hasta entonces para el Santísimo.

(3) Esfera que era definida gráficamente por ZITELMAN como «escenario del poder de autoridad» (*Schauplatz der Herrschaft*).

(4) El territorio es elemento menos estudiado por la teoría del Estado. Objeto de consideración por parte de la teoría general del Estado (Jellinek, Gerber) y estudiado con detenimiento por los autores antiguos (entre los españoles, Izaga, Hernández Rubio, Xifra Heras, Sánchez Agesta, etc.), pierde su relevancia cuando ésta es sustituida por un concepción de tintes sociales (Heller) o normativista (Kelsen, Merkl, Romano) de la teoría del Estado. El derecho constitucional ha abandonado prácticamente su

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

examen al considerarlo una simple esfera en la que se ejercen unas competencias siguiendo la estela de A. de la Pradelle y G. Scelle, que sigue la Escuela de Viena. Es significativo que ya libros como los de STEIN (*Derecho político*, Madrid, 1973), MORTATI (*Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975) o MARTINES (*Diritto Costituzionale*, Padova, 1997) le dediquen escasas páginas o, aún, líneas. Los tratados y manuales actuales simplemente lo ignoran. Ello es consecuencia, de un lado, de la reducción del objeto propio del citado derecho constitucional a las estructuras constitucionales y, de otra parte, de la pretensión de examinar el mundo político desde una óptica estrictamente jurídica; de analizar las constituciones como si se trataran del reglamento de pastos y rastrojeras. Así, el derecho constitucional ha abocado a la esterilidad intelectual.

(5) La significación jurídica del territorio se exterioriza de una doble manera: negativamente, en cuanto se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al Estado ejercer funciones de autoridad sin la autorización de éste y, positivamente, por quienes están en el territorio quedan sometidas al poder del Estado (JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, trad. esp., Buenos Aires, 1981, p. 295).

(6) La configuración del territorio como presupuesto mismo del Estado lleva a justificar las doctrinas que lo consideran sujeto del propio Estado (Kjellen, Ratzel, Haushofer).

(7) Como requisito, obliga a calificarlo, bien como elemento (Hauriou, Carre de Malberg), bien como objeto de un derecho de propiedad (Donati) o de un derecho real de soberanía (Diena) del Estado. Finalmente, como condición, es decir, como instrumento preciso no para su existencia sino para su eficacia, conduce a su debilitamiento: así, el territorio deviene sólo bien el límite de la competencia estatal (Duguit), bien el ámbito de validez del orden jurídico del Estado (Kelsen, Merckl, Verdross), bien una circunstancia accesoria propia de la evolución política (Scelle).

(8) SÁNCHEZ AGESTA, L., en *Lecciones de derecho político*, 3.ª ed., Granada, 1954, pp. 375 y ss., se hace eco de la exposición sistemática hecha por HAMEL de las distintas teorías que examinan la relación del territorio con el Estado; en concreto, las agrupa bajo las categorías de accidente, causa y esencia. Para la primera, el territorio es mera determinación del poder que afecta a su competencia; para la segunda, el territorio es uno de los factores determinantes de la vida del Estado y para la tercera, territorio es la consecuencia misma de los fines del Estado.

(9) Se ha dicho que territorio conforma, bien la población del Estado, creando el «espíritu territorial» pueblos insulares, peninsulares y continentales, (GANIVET, A., *Idearium español*, Madrid, 1923, pp. 31-47), bien la forma de gobierno pues la fertilidad de las tierras genera gobiernos aristocráticos o de servidumbre y la esterilidad del suelo da lugar a gobiernos democráticos (MONTESQUIEU, B., *De l'esprit des Loix*, París, 1997, libro XVIII, p. 170), bien las formas de funcionamiento de los poderes públicos (HUNTINGTON, E., *Clima y civilización*, trad. esp., Madrid, 1942 y *Geografía social y económica*, trad. esp. Buenos Aires, 1942). Sobre la cuestión *vid.* también desde la perspectiva constitucional, DEL VECCHIO, G., *Teoría del Estado*, trad. esp., Barcelona, 1956, p. 118, con un prólogo vitriólico de Galán Gutiérrez, E.

(10) La pérdida de la importancia del territorio es fruto del desarrollo de los grupos internacionales y transnacionales, de la globalización económica y social, de los movimientos migratorios y de los procesos de unificación política y económica.

(11) El inventor del término de geopolítica y del concepto mismo fue el sueco Rodolfo KJELLEN con su libro *Staten som Lifjsform* (1916), que la concibió como la ciencia integral de la relación Estado-territorio y parte del derecho político –Kjellen era catedrático de esta disciplina–. Sobre sólidos antecedentes de la geografía política (A. Humboldt) y la geohistoria (Ratzel), la geopolítica evolucionó luego de manera dispersa. El pensamiento anglosajón señaló, bien la superioridad del dominio de los mares respecto de los continentes (Mahan), bien la primacía de lo continental (Mackinder). El ruso supo aunar ambos planteamientos (Gorskhov). La escuela alemana geopolítica de Munich (Haushofer, Maull) la configuró inicialmente como espacio vital para el desarrollo de un pueblo; luego la vinculó a la idea de raza (Spanner, Daitz). No conozco ninguna historia sucinta que exponga de manera clara y concisa la historia de la geopolítica.

(12) VICENS VIVES, J., *Geopolítica*, 2.ª ed., Barcelona 1961, pp. 72 y ss.

(13) *Vid.*, D'ORS, A., *La posesión del espacio*, Madrid, 2017.

(14) *Limes* en sentido originario, de zona imprecisa. Posteriormente, en el Bajo Imperio, la *limes* cambia diametralmente de significado, al ser la zona delimitada por los agrimensores mediante la noción de norma, regla técnica de fijación territorial. *Vid.*, FOIGNET, R., *D'Histoire du droit français*, París, 1912, p. 27 y D'ORS, A., «Sobre la palabra “norma” en el Derecho Canónico» en *Ius Canonium*, Pamplona, 1976, pp. 103-107

(15) Es el caso de Ucrania en el Gran Ducado de Lituania. Ucrania significa «extremadura».

(16) La noción de frontera como realidad difusa, como una ancha zona donde confluyen las fuerzas de los Estados colindantes, renació en la geografía y la geohistoria en el siglo XIX en la obra de Ratzel y sobre todo en la de BRUNHES-VALLAUX, *La Géographie et l'Histoire*, París, 1921.

(17) El origen del concepto de frontera como límite preciso se fija generalmente en el Tratado de Verdún de 843, suscrito entre los nietos de Carlomagno. Sin embargo, hay antecedentes muy anteriores. En la inscripción de Beni-Hassán, de la XII dinastía egipcia, se decía: «el faraón separa cada ciudad de su vecina, hace conocer a cada ciudad sus límites, levanta sus estelas limítrofes, duraderas como el cielo»; el arbitraje del rey Messilium de Awán sobre los límites de Umma y Lagash; el tratado suscrito entre Mauricio I de Bizancio y el sasánida Cosroes II en 573, que fijó con exactitud ambos reinos, etc.

(18) Se distingue entre fronteras naturales y convencionales: las primeras se basan en hechos geográficos (ríos, cordilleras –según las crestas o la hidrografía–, el mar, etc.); las segundas, son fruto de la voluntad de los Estados y pueden ser plásticas, científicas, diplomáticas. Sobre la cuestión, *vid.*, VICENS VIVES, J., *Geopolítica*, *op. cit.* pp. 159 y ss.

(19) Como raya precisa, la frontera puede ser una línea artificial, astronómica –cuando coincide con un meridiano o paralelo–, natural o de referencia –en atención de accidentes geográficos–. Por su ejecución, se habla de fronteras enunciadas cuando están definidas en un instrumento internacional pero no aplicadas; trazadas, cuando han sido concretadas en un plano y demarcadas, cuando han sido amonojadas en el terreno. *Vid.*, CORDERO TORRES, J. M.; *Las fronteras hispánicas*, Madrid, 1960, pp. 52-53.

(20) En su obra *La Géographie et l'Histoire*, París, 1921, p. 40.

(21) Son los casos de las bulas papales de delimitación y del reconocimiento de *ius publicum europæum*. *Vid.*, sobre la cuestión, MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., «Comentario crítico» a VITORIA, F., *Sobre el poder civil, sobre los indios, sobre el derecho de la guerra*, Madrid, 2007.

Hasta el siglo XVI, seguían siendo mayoritarios los juristas y teólogos que se mostraban defensores de la potestad universal del Papa para delimitar las fronteras. Frente a las concepciones negatorias de la potestad papal de origen medieval defendidas por Guillermo Durant, Jean de Blanot, Pedro de la Bellapértica y otros (*vid.*, MEIJERS, E. M., «Impero universale e stati particolari: la civitas sibi princeps» en *Studi sulla dottrina política e sul diritto pubblico di Bartolo*, 1917, recogido en «Etudes d'histoire du droit», Leyde, 1966, pp. 190 y ss.), la sostenían Bártolo, Baldo, Juan Andrés y el abad Panormitano, cuya opinión, en virtud de disposición de 1499 de los Reyes Católicos y en caso de duda y a falta de ley, tenían autoridad. Lo sostenían también Rodrigo SÁNCHEZ DE ARÉVALO (*De Monarchia orbis o Liber de differentia principatus imperialis et regalis*, Madrid, 1940, p. 17), FRANCISCO ARIAS DE VALDERAS (*Libellus de Belli iustitia iniustitiave*; *vid.*, ESPINAR, M.A., «Juristas clásicos olvidados: Francisco Arias de Valderas» en *Revista Escuela de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1946), Fray Matías DE PAZ (*De Dominium regum Hispaniae super Indos*, edición publicada por BELTRÁN DE HEREDIA, P. en *Archiv. Fratrum Praedicatorum*, III, Roma, 1933, pp. 48 y ss.) y Juan LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS (*vid.*, BULLON, E., *El Doctor Palacios Rubios y sus obras*, Madrid, 1927, pp. 40 y ss.).

Los fundamentos dados posteriormente a dicha potestad pontificia han sido muy variados y todos, o casi todos, se aplicaron a la conquista indiana. Se ha sostenido que se trataba bien de un dominio directo, bien de un dominio eminente, bien de un dominio indirecto sobre el territorio. Fuere cual fuere la índole de la potestad, se ha dicho unas veces que le permitía infeudar reinos (ELÍAS DE TEJADA, F., *La tradición portuguesa*, Madrid, 1999, p. 25; CAETANO M., *Historia do direito português*, Lisboa, 1985, p. 142) y tierras de infieles (HOFFNER, J., *La ética colonial española en el siglo de Oro. Cristianismo y dignidad humana*, Madrid, 1957; ZAVALA, S., *Ensayos sobre la colonización española en América*, Buenos Aires, 1944); otras veces, que el Papa tenía un derecho eminente sobre todas las islas (WECKHAM, L., *Las bulas alejandrinas de 1493 y la teoría política del papado medieval*, trad. esp., Buenos Aires, 1956); algunas otras ocasiones, se ha sostenido que la potestad papal se basaba en su papel de garante de la paz cristiana, desempeñando funciones arbitrales y, en fin, en otros casos, se dijo que tenían carácter confirmatorio (ZAVALA, S., *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, Méjico, 1971).

(22) La diferente concepción deriva de lo que ya GESTOSO, L., *El concepto de orden público internacional*, Murcia, 1913, y MANZANO, J., «El derecho de la Corona de Castilla al descubrimiento y conquista de las Indias de Poniente» en *Revista de Indias*, Madrid, 1949, núm. 2) pusieron de manifiesto y Carl Schmitt llamó el paso de las rayas a las *amity lines* o líneas de amistad. Las primeras presuponían el reconocimiento de una autoridad superior ordenadora de las esferas espaciales por parte de los soberanos. Las segundas separaban de manera radical dos ámbitos geográficos. Esta diferenciación se recoge por primera vez en el Tratado de Cateau-Cambresis (1559) como cláusula secreta. Ahora bien, la concepción de las *amity lines* ha sido objeto de planteamientos diametralmente opuestos. Gestoso y

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

Manzano entendían que la raya definía dos mundos en el que existía un sustrato común, en el que habían diferencias de mayor o menor calado en el ámbito de lo jurídico pero nunca definidoras de realidades contrapuestas; ambos mundos estaban en todo caso sujetos al derecho, pero con una alcance y contenido distinto: uno, Europa, y otro, aplicable especialmente al Nuevo Mundo. Por el contrario, SCHMITT, C., *El nomos de la tierra*, trad. española, Madrid, 1979, pp. 72 y ss., opta por una interpretación radical –y errónea–, señalando que las líneas de amistad, al definir dos mundos, sujetaban uno al derecho y otro, lo excluían de él –el no derecho–. La diferenciación explicaría según el alemán la distinta concepción jurídica de las colonias inglesas; en un principio, todas estaban en el mundo del no derecho, de la libre y arbitraria voluntad del Rey. Luego fueron *juridificándose* hasta alcanzar –algunas de ellas– la condición de dominio. Esta doctrina choca frontalmente con el régimen jurídico aplicable a las Indias, que formaban parte de Castilla en régimen de igualdad (*vía de accesión*), si bien con adaptaciones y modulaciones en la legislación que les era aplicable.

(23) Es el caso de las zonas internacionales de los aeropuertos o de la denominada «frontera operativa», acuñada por el Ministerio del Interior, para justificar la inaplicación de las previsiones de la Ley de Extranjería en la zona comprendida entre la primera y la segunda valla –ubicadas geográficamente en territorio español– de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. En efecto, el citado Departamento distingue entre frontera política y geográfica. Esta última es la que define el territorio nacional. La primera, por el contrario, la que delimita el área en la que el Estado ejerce determinadas competencias. La zona intermedias antes mencionada estaría dentro de la frontera geográfica pero no dentro de la política.

El concepto de frontera operativa sustituye la vieja noción de extraterritorialidad.

(24) Lo que ocurre en determinados aspectos relacionados con Ceuta y Melilla en España.

(25) WILHELMSEN, F., *La mentalidad estadounidense*, Madrid, 2018, p. 57.

(26) WILHELMSEN, F., *op. cit.*, p. 58

(27) WILHELMSEN, F., *El alma norteamericana hoy*, Madrid, 1960, pp. 15 y ss.

(28) Son continuos o compactos aquellos en los que el territorio forma una unidad geográfica (Alemania, Polonia, Egipto). Son discontinuos aquellos integrados por diversos espacios desperdigados (Japón, Filipinas, Malasia). La tendencia a la continuidad es propia de los Estados modernos, frente a la forma política medieval en la que eran muy numerosos los discontinuos.

(29) Se decía de ordinario que los territorios objeto de mandato y protectorado no eran propiamente territorio –en cuanto elemento– del Estado mandatario o protector. La cuestión no era meramente teórica sino que tenía relevantes consecuencias prácticas. Piénsese en la diferente forma de organización de los servicios españoles en Marruecos entre 1913 y 1956 a resultas de dos concepciones diametralmente opuestas: la de quienes no diferenciaban entre territorio español y territorio del protectorado (Tte. Gral. Gómez-Jordana, que fue Alto Comisario y Presidente del Consejo de Estado) y las de quienes lo hacían (Laureano López Ferrer). Sobre la cuestión, *vid.*, SALAS LARRAZÁBAL, R., *El protectorado de España en Marruecos*, Madrid, 2004, pp. 166 y ss. y 184 y ss.

(30) Se suele distinguir entre territorio metropolitano y colonial. Estas categorías no son uniformes. Baste hacer referencia en el Imperio británico a las categorías de dominio y colonias estrictamente en relación con el territorio colonial. Entre éste último y el metropolitano, se sitúan las dependencias de la Corona (Isla de Man, Jersey, etc). *Vid.*, GARCÍA PELAYO, M., *El Imperio británico*, Madrid, 1945. Además de la distinción indicada, sin formar parte del territorio de los Estados, la historia ha conocido –y algunos perviven– los protectorados, los mandatos –creados tras la I Guerra Mundial al amparo de la Sociedad de Naciones–, los fideicomisos –tras las II Guerra Mundial bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas– y las administraciones territoriales.

(31) La distinción no es tan clara. En España, la noción de colonia se introduce embrionariamente en el siglo XVIII con la presencia española en Guinea Ecuatorial en virtud del Tratado de El Pardo de 1778 y se consolida en 1858 en relación con el mismo territorio. Las Indias no eran colonias, sino que estaban incorporadas a Castilla por vía de accesión, esto es, «reinos y provincias que accesoriamente se unen o incorporan con otros, se tienen y juzgan por una misma cosa, y se gobiernan por las mismas leyes y gozan de los mismos privilegios que el reino a quien se agregan». Sobre la cuestión, *vid.*, MANZANO, J., *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Madrid, 1948, p. 353, y LEVENE, R., *Las Indias no eran colonias*, 3.ª ed., Madrid, 1973, p. 116, donde se examina la declaración del Gobierno peninsular de 1809 sobre la cuestión. En el año 1961, se introdujo el concepto de provincia ultramarina.

(32) Sobre los territorios fragmentados, JELLINEK, G., *Fragmentos de Estado*, introd. de M. Herrero de Miñón, Madrid, 1978.

(33) Ejemplo de dicha diferente consideración es el artículo de HERRERO, M.; «La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado», en *Estudios de derecho administrativo*, Madrid, 1972, pp. 355 y ss.

(34) Sobre la geohistoria, su método y configuración, *vid.*, VICENS VIVES, J., *Geopolítica*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1961, pp. 69 y ss.

(35) El espacio es inicialmente el terrestre. El mar no es sino un lugar de viaje en el mundo antiguo. Es cierto que la Antigüedad conoció potencias marítimas como Fenicia, Grecia, Cartago, articuladas sobre la base de la factoría, el puesto comercial o la *clerukia*, pero concebían el dominio del mar como *maria clausa*. Puede verse esta concepción en MAGARIÑOS, A., *Desarrollo de la idea de Roma en su siglo de Oro*, Madrid, 1952; ADCOCK, F. E., *Las ideas y la práctica política romana*, trad. esp., Caracas, 1959; PIRENNE, H.; *Les grans courants de l'Histoire Universelle*, reimpr., París, 1961, y GÓMEZ ESPELOSIN, F. Javier, *El descubrimiento del mundo, Geografía y viajeros en la Antigua Grecia*, Madrid, 2000. Es en la Modernidad, cuando apareció un nuevo espacio de dominio político a resultados de los descubrimientos: el mar océano, dando lugar a una época que el geógrafo Ritter denominó *oceánica*. Nacieron entonces propiamente dos concepciones políticas del Estado en relación con el territorio –que se sintetizan en dos concepciones geohistóricas, la de Mackinder y la de Mahan– : una, terrestre, en la que lo primordial era su ampliación; por ende, la ocupación colonial tenía ese mismo objetivo: adentrarse en el espacio conquistado; otra, marítima, en la que lo prevalente era el dominio del mar; las colonias eran simples jalones o puntos de apoyo periféricos para desarrollar la actividad comercial. Arquetipo de la primera fue el primer imperio colonial francés que terminó con el Tratado de París de 1763; de la segunda, el imperio portugués, el veneciano y el primer británico.

Esta segunda concepción quedó sintetizada en las palabras contenidas en el informe elevado por Walter Raleigh a Jacobo I en 1618: «Quien manda en el mar, manda en el comercio; quien manda en el comercio del mundo, manda en las riquezas del mundo y, por consiguiente, en el mundo mismo». De manera más pormenorizada, fue expuesta por don Diego Saavedra y Fajardo al decir «... es la navegación la que sustenta la tierra con el comercio y la que afirma sus dominios con las armas. Móviles son estos polos de las naves; pero en su movilidad consiste la firmeza de los Imperios. Si faltasen a España los dos polos del mar mediterráneo y del océano, luego caería su grandeza, porque como consta de provincias distantes entre sí peligrarían si el remo y la vela no las uniese y facilitasen los socorros y asistencias para su conservación y defensa, siendo puentes del mar las naves y las galerías. (.../...) Aquel elemento (el agua) ciñe y doma la tierra. En él se hallan juntas la fuerza y la velocidad. Quien con valor las ejercita es árbitro de la tierra. En ella, las armas amenazan y hieren a una sola parte; en el mar a todas» (*Idea de un príncipe político cristiano, representada en cien empresas*; Madrid, 1999, pp. 775-776).

Sobre la cuestión, siguen siendo válidas, desde la perspectiva de la historia de las ideas, la obra de BENEYTO, J., *Historia Geopolítica Universal*, Madrid, 1947; desde la idea de las estructuras del Estado, las de PERPIÑA, R., *Origen y ocaso de las talasocracias*, Madrid, 1965 y DIEHL, C., *Una república de patricios: Venecia*, Madrid, 1961 y, desde la geopolítica, la ya citada de VICENS VIVES, J., *Geopolítica op. cit.*, pp. 108 y 109. Una aplicación a España en VICENS VIVES, J., *España, Geopolítica del Estado y del Imperio*, Barcelona, 1940.

(36) Hay excepciones. La Constitución comunista de Polonia afirmaba en su preámbulo que Polonia mantendría «para siempre» sus fronteras, evidenciando el temor a convertirse, por cuarta vez en objeto de algún reparto.

(37) La Constitución del Líbano de 1926 describía la frontera occidental, diciendo que se extendía «desde el nacimiento del río Alkabir, a lo largo de una línea que sigue el curso de ese río, hasta su entrada en el valle Khelid frente al puente de Quamar...».

(38) La Constitución de Guatemala de 1954 reivindicaba sus derechos sobre Belice. La Constitución del Vietnam del Norte de 1960 hacía lo propio –en términos agresivos– respecto del Sur.

(39) La Constitución no define el territorio, frente a lo que hace la Ley Fundamental de Bonn que lo hace por remisión a los Lander que integran la Federación. Algunas constituciones de las repúblicas iberoamericanas, surgidas como subdivisiones de las demarcaciones territoriales virreinales, hacían –y hacen– referencia a los tratados fronterizos suscritos con sus vecinos. La Constitución de Méjico de 1917 (artículo 42) cita expresamente la plataforma continental, las aguas territoriales y el espacio como partes integrantes del territorio. Sobre la cuestión, *vid.*, DUCHACEK, I. V., *Mapas del poder: política constitucional comparada*, Madrid, 1976, pp. 41 y ss.

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

La fijación del territorio español viene determinada por la noción de frontera fijada en cada caso por los tratados internacionales –Tratados de los Pirineos (1659) y de Bayona para Francia, de Utrecht para Gibraltar, etc.–. La exposición más pormenorizada en CORDERO TORRES *Las fronteras...*

(40) Llama la atención que se pueda disponer una porción del territorio nacional mediante un tratado cuya previa autorización de las Cortes Generales para que el Estado manifieste su consentimiento en obligarse sólo requiere la mayoría simple de las Cámaras. *Vid.*, artículo 94.1.c) de la Constitución.

(41) Como ocurre en el caso de los Estados federales o las confederaciones. *Vid.*, MOUSKHELY, M., «La théorie du fédéralisme» en *Etudes en l'honneur de G. Scelle*, París, 1950, vol. I, pp. 397-414.

(42) Dominio eminente en el sentido propio del derecho feudal, no en el que lo utilizaba GHIRARDINI, C., *La sovranità nel diritto internazionale*, Cremona, 1913, pp. 86 y ss.

(43) Así lo dijo el Consejo de Estado en dictamen 2522/1994, de 19 de enero de 1995, al señalar que «el territorio, en su consideración jurídico-pública, es parte integrante –como elemento constitutivo esencial– de toda entidad local, como ámbito espacial de su jurisdicción y no como elemento potencialmente integrante de su patrimonio. Al territorio, en cuanto ámbito espacial al que una entidad local extiende su jurisdicción, no pueden aplicarse concepciones jurídico-privadas relativas al derecho patrimonial».

(44) Así los dictámenes 847/1994, de 15 de junio, y 2692/2000, de 4 de octubre.

(45) Cuando se dice que las Comunidades Autónomas tienen competencias sobre la instalación de líneas eléctricas aéreas no se está reconociendo ninguna titularidad sobre el vuelo. La misma cuestión se plantea en relación con las denominadas aguas interiores, esto es, las comprendidas entre la orilla del mar y las líneas de base recta definidas conforme con la Convención Internacional de Derecho del Mar de 1982. Frente a la pretensión autonómica de considerarlas aguas propias –análogas a las continentales–, prolongación del territorio terrestre, tienen carácter marítimo, de exclusiva titularidad estatal, sin perjuicio de las Comunidades Autónomas ejerzan determinadas competencias –sobre acuicultura, sobre navegación deportiva–. De ello se deriva, *e. gr.*, que resulte de aplicación el Convenio Internacional sobre seguridad de la vida humana en el mar en dichas zonas.

(46) No así la Isla de Alborán, que se incardina en la provincia de Almería según Real Orden de 9 de mayo de 1885, expedida por Alfonso XII en respuesta a una consulta formulada por el Capitán General del Departamento Marítimo de Cádiz. Decía la consulta expedida: Excmo. Sr.: Impuesto el Rey (q.D.g.) de la comunicación de V.E., núm. 1.391, de 15 del pasado, consultando a qué Provincia Marítima corresponda la Isla de Alborán, S.M. ha venido en disponer quede dicha isla asignada a la provincia de Almería, por ser la más próxima y con la que sostiene comunicación. De Real Orden lo digo a V.E. para su conocimiento y efecto. Dios guarde a V.E. muchos años». Posteriormente, por Orden Comunicada de 10 de enero de 1901, quedó incorporada al barrio de Pescadería. Sobre Alborán, se puede PÉREZ ARIAS, J. M., «Alborán. Una isla española entre Europa y África» en *Revista General de Marina*, tomo 272, abril, 2017, pp. 471 y ss. Navalmente, sin embargo, la isla pertenece a Málaga.

(47) Es dudosa la calificación del islote de Perejil. Ocupada por portugueses en el siglo xv y por los españoles al adquirir Ceuta, el marqués de Hinojosa constituyó un fuerte, siendo abandonada posteriormente. Tuvo un destacamento militar estable en el siglo xviii, desde 1746. En 1804, fue ocupado por los ingleses, quienes convinieron con el Sultán de Marruecos su venta. En 1813, ante las protestas españolas, la abandonaron. En 1835, un mercante norteamericano intentó tomar posesión de ella al considerarla *nullius*. Los yanquis la ocuparon durante algunos meses. En 1858, España la ocupó y en 1887, intentó instalar en ella un faro, desistiendo ante las reclamaciones marroquíes. Moret declaró ese año que no era española y, en 1894, Sagasta que sí. Entre 1894 y 1901, los ingleses –con autorización española– extrajeron de ella piedra para la construcción del puerto de Gibraltar. En 1998, MARIÑAS OTERO, E.; «Las plazas menores de soberanía española en África» en *Militaria, revista de cultura militar*, núm. 12, p. 142, decía que era marroquí. Por el contrario, TRONCOSO DE CASTRO, A., *Ceuta y Melilla. Veinte siglos de España*, Madrid, 1979. Fue ocupada por Marruecos entre el 11 y 21 de julio de 2002 y siendo desalojadas las fuerzas moras por el Ejército español.

La importancia de la isla de Perejil es hoy –frente al pasado– estratégicamente muy reducida. Sin embargo, sí la tiene en otra esfera por cuanto es el único punto en el que se podría construir un puerto con calado suficiente para grandes buques, que no pueden utilizar el de Ceuta por su escasa profundidad.

En realidad la situación de dudosa titularidad es consecuencia de un error a la hora de cartografiar los acuerdos alcanzados en el Tratado de Tetuán de 26 de abril de 1860. Aunque se había pactado que Perejil y una zona aledaña a Ceuta –donde se ubicaba el depósito de agua que alimentaba la ciudad– era española, los cartógrafos se equivocaron y graficaron incorrectamente la zona donde se situaba el aljibe –dejándolo en zona mora– y no señalaron el islote.

Los errores cartográficos han sido una constante histórica; baste recordar el incidente de la ciudad de Enzo («El dedo de Stalin») – hoy calificado de leyenda pero ratificado por Maxim Litvinov, según recogió su mujer, Ivy Lowe, en su obra *Remembres*, London, 1973– y la omisión de la grafía del tramo de acceso a Berlín por parte de los cartógrafos franceses, que motivaron los bloqueos de Berlín en los años cuarenta y sesenta del pasado siglo.

(48) En concreto, dice el dictamen: «Y ello por cuanto el Estado mantiene una competencia en materia urbanística respecto de los territorios que corresponden a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y otros no integrados en la distribución del Estado en Comunidades Autónomas (Peñones de Vélez de La Gomera, de Alhucemas e Islas Chafarinas) – que las disposiciones adicionales terceras tanto de la Ley de Suelo de 2008, siguiendo la estela de lo dicho en análoga disposición de la Ley 8/2007, y como el texto refundido consultado mantienen–, según declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 240/2006, de 20 de julio».

(49) La existencia de territorios no comprendidos en el ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas y Ciudades con estatuto de autonomía tiene consecuencias jurídicas relevantes. La excoitada concepción del Tribunal Constitucional sobre la supletoriedad del derecho estatal en relación con las competencias atribuidas en exclusiva a las Comunidades Autónomas pierde su razón de ser. En efecto, el Tribunal político sentó el criterio de que el Estado, ni puede atribuirse competencias por vía del derecho supletorio, ni puede modificar el preexistente. En otros términos, el derecho supletorio estatal queda petrificado en un momento determinado por mor de lo dicho por el órgano político de resolución de conflictos. Ahora bien, en la medida en que existen territorios bien carentes de potestad legislativa, bien sujetos directamente al Estado –sin mediatización alguna por las Comunidades Autónomas y las Ciudades con estatuto de autonomía– sobre los que despliega la totalidad de las competencias, es claro que esa doctrina resulta limitada a las Comunidades Autónomas. El Estado ostenta competencia legislativa plena para regularlos. Es por tanto plenamente admisible que dicte normas en materia de urbanismo para regular el de Ceuta, Melilla y los territorios norteafricanos pues no se trataría de derecho supletorio sino de aplicación directa.

(50) No ha faltado quien ha señalado la obra pública como un título de legitimación política. Así, en el ámbito del pensamiento economicista liberal norteamericano, Walt Whitman Rostow. En el pensamiento reaccionario o del Estado teoautoritario – en expresión de García Pelayo–, el máximo exponente en España fue G. FERNÁNDEZ DE LA MORA. *Vid.*, las obras de este último, *El crepúsculo de las ideologías*, Rialp, S.L., 1965, y *El Estado de obras*, Madrid, 1976 y su crítica en GARCÍA Pelayo, M., «La tecnocracia» en *Burocracia y tecnocracia*, Madrid, 1982, pp. 78 y ss.

(51) La historia del poder o de la Administración es la de la búsqueda de títulos de intervención en las actividades sociales cotidianas. Títulos que se configuran inicialmente como políticos para pasar después –cuando están asumidos por la sociedad– a ser meras técnicas instrumentales. Cada época ha tenido su título prevalente: la *pax pública*, el dominio público, la policía, el fomento, la obra pública, el servicio público y la actividad prestacional. En la plenitud y en las postrimerías de la Edad Media, la *pax pública* –concebida a semejanza de la *pax Dei* que atribuía a la Iglesia la potestad para garantizar la seguridad de los lugares sagrados– permitió al Rey entender que le correspondía el poder de hacerlo en los caminos y en los mercados (*el coto regio*), naciendo así el concepto de policía y, después, como regalía mayor, el de dominio público, pues, se dijo que, si el Rey mantenía el orden en esos lugares, lo hacía porque eran de su titularidad. La policía fue el título de intervención arquetípico en la Modernidad; la policía del bienestar o fomento, en el siglo XVIII; la obra pública, en el siglo XIX y en la primera mitad del XX, y la providencia asistencial propia del Estado social, en la segunda mitad de la pasada centuria. *Vid.*, VILLAR PALASI, J. L., *Derecho administrativo, Introducción y teoría de la norma*, Madrid, 1968, pp. 117 y 118, 145 y ss. BADA DE COMINGES, B., «La evolución del concepto jurídico de la obra pública» en *Revista Fomento*, núm. 691, Madrid, febrero, 2019, pp. 2 y ss.

(52) *Vid.*, VILLAR PALASI, J. L., *Técnicas remotas del derecho administrativo*, reimpr., Madrid, 2001.

(53) FERNÁNDEZ DE MESA, T. M., *Tratado legal y político de caminos públicos y passadas*, rep. facs., Valencia, 1755, p. 25.

(54) Real Decreto de 10 de junio de 1761, la Ordenanza de Intendentes Corregidores de 1749, la Cédula de 1 de noviembre de 1772, el Real Decreto de 8 de octubre de 1778, etc.

(55) Sobre la cuestión caminera, *vid.*, MENÉNDEZ PIDAL, G., *Los Caminos en la Historia de España*, Madrid, 1951; GARCÍA ORTEGA, P., *Historia de .a legislación española de caminos y carreteras*, Madrid, 1982; URIOL SALCEDO, J. I., *Historia de los caminos de España*, Madrid, 2000.

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

(56) Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845.

(57) Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, artículo 1.

(58) En el siglo XVIII y gran parte del XIX, se llama *contrato* a la obra que paga la administración y ejecuta un tercero y *contrata*, a la que ejecuta y explota un particular, resarcándose de su coste precisamente mediante su explotación. Sin embargo, en la Instrucción de 15 de octubre de 1845, se llama *contrata* al anterior contrato y *ejecución por empresa* a la *contrata*. Desde 1877, el término de *contrata* incluye las nociones de contrato en los términos dieciochescos y concesión, construcción y explotación de la obra pública por el concesionario.

(59) Los tres momentos más florecientes de la obra pública están vinculados a periodos de gobernación conservadora: el de Bravo Murillo –¡más Administración y menos política!–, el de Primo de Rivera (1923-1929), con Guadalhorce al frente de Fomento, y el de Franco 1939-1975.

(60) Sobre la cuestión, JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, 1998.

(61) *Id.*, artículos 7 y 9 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre.

(62) Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1998, de 18 de marzo de 1998 y 118/1996, de 27 de junio de 1996.

(63) El concepto de interés general es un concepto jurídico indeterminado, sin especificar unas veces –v. gr., en el caso de los puertos– y concretado reglamentariamente en otras –v. gr., en el caso de los aeropuertos (Real Decreto 2858/1981, de 27 de noviembre, modificado por el Real Decreto 1150/2011, de 29 de abril)–. En él prevalecen los elementos de oportunidad. No es ni la suma de los intereses particulares, ni el interés de la mayoría, ni está vinculado a la obtención de un beneficio económico. Sobre la cuestión, *vid.*, LÓPEZ CALERA, N., «El interés público: entre la ideología y el derecho» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, Granada, 2010, pp. 123, y ss. y NIETO GARCÍA, A., «La Administración sirve con objetividad los intereses generales» en *Estudios sobre la Constitución Española, libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Madrid, 1991, pp. 2185 y ss.

(64) ORTEGA Y GASSET, J., *España invertebrada*, Madrid, 1977, p. 31.

(65) ORTEGA Y GASSET, J., *op. cit.*, p. 40.

(66) Respecto de España y para el pensamiento tradicional, las ideas aglutinadoras fueron la fe católica, la monarquía tradicional, la latinidad... Así lo dice MENÉNDEZ PELAYO en el *Brindis del Retiro* de 20 de mayo de 1881. Sobre su interpretación, *vid.*, el estudio preliminar de PÉREZ EMBID a la recopilación de textos del polígrafo santanderino titulada *Textos sobre España*, Madrid, 1955.

(67) Sobre el terror y el terrorismo como concepto jurídico-político, *vid.*, Martínez-CARDÓS RUIZ, J. L., «El terrorismo: aproximación al concepto» en *Actualidad penal*, núm. 26, Madrid, 1998, pp. 479 y ss.

(68) Es característica la imposición de la lengua francesa como instrumento de unificación o vertebración en el hacer de la Francia del siglo XIX, donde se exterminaron prácticamente todas las demás lenguas. Sobre la cuestión, *vid.*, BAINVILLE, J., *Langue et pouvoir*, París, 1924 y FAIRCLOUGH, N., *Language and power*, Londres, 1989.

(69) Ya Aristóteles decía que el hombre era definido por la palabra ( $\zeta\omega\omicron\nu\ \lambda\omicron\gamma\omicron\nu\ \epsilon\chi\omicron\nu\omicron$ ) –el hombre es el animal que ejerce la palabra– y Guillermo Humboldt, que cada idioma fomentaba un esquema de pensamiento y unas estructuras mentales propias. De ahí que los hablantes de una lengua la modelan y ésta, a su vez, modela un modo de pensamiento que adquiere su expresión máxima en las identidades nacionales o regionales. Ahora bien, sólo la lengua nativa es instrumento de vertebración; no lo es la aprendida. Sólo la primera es asumida existencialmente. La segunda es un simple vehículo de comunicación –como el inglés en los aeropuertos dice Burela–. «La palabra nos revela el mundo exterior, la naturaleza de las cosas que conocemos a través de la definición». De ahí la importancia de la inmersión lingüística desde los primeros años. Sobre la cuestión, *vid.*, BURELA, A., «Lenguaje y política» en *Disenso*, núm. 7, Buenos Aires, 1996, pp. 26 y ss. Un ejemplo de lo dicho, respecto de la cultura checa en Bohemia y Moravia y su renacer al hilo de la lengua en la Universidad de Praga durante la segunda mitad del siglo XIX, en ZEMAN, Z. A. B., *El ocaso de los Habsburgo*, Barcelona, 1971.

(70) Servicio militar hoy sustituido por las nociones –no idénticas entre sí ni mucho menos– de la cultura militar y de la cultura de la defensa.

(71) Los Estados que renuncian al control de dichos instrumentos están abocados a su desaparición, pues otros elementos –de índole disgregadora– se hacen con ellos. Permite inferir sobre la cuestión, DAVIES, N., *Reinos desaparecidos. Historia olvidada de Europa*, Madrid, 2013.

(72) Los arquetipos de estas dos modalidades son, de una parte, la Corona de Castilla, que asimilaba los reinos conquistados «por vía de accesión», de tal suerte que quedaban unidos al núcleo originario

perdiendo su sustantividad y, de otro lado, la Corona de Aragón, que los incorporaba «*aeque principaliter*», esto es, en igualdad de condiciones, conservando cada uno de ellos su sustantividad. Una síntesis de la cuestión puede verse en MANZANO, J., *La incorporación...*, p. 353, y en MARTÍNEZ CARDÓS, J., *Las Indias y las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII*, Madrid, 1956, pp. 7 y ss.

El desenvolvimiento histórico entre ambas concepciones, desde la segunda sin llegar a la primera, al frustrarse el proceso histórico, se aprecia en la Habsburguía. Puede verse, DROZ, J., *Historia de Austria*, Barcelona, 1950 y ZEMAN, Z. A. B., *El ocaso de los Habsburgo*, Barcelona, 1971. Un análisis que denota incompreensión de la cuestión por motivos y prejuicios ideológicos –insólita en un historiador de su categoría– en TAYLOR, A. J. P., *La Monarquía de los Habsburgo 1809-1918*, Barcelona, 1983.

(73) GARCÍA PELAYO, M., *El Imperio británico*, Madrid, 1945, p. 33.

(74) La construcción de caminos terrestres corresponde siempre a un periodo avanzado de desarrollo material de los Estados. Los puertos y los ríos están preparados por la naturaleza para la comunicación; no así los caminos que requieren gasto de un capital y notables conocimientos técnicos. Al parecer, fueron los cartagineses los primeros en empedrar las calzadas. El censor Appio Claudio fue el que dotó a la campaña romana de la primera vía a Capua en el año 422 de la fundación de Roma. *Id.*, SAAVEDRA, E., *Discurso de ingreso leído en la Real Academia de la Historia*, por el ingeniero de caminos D. ...., Madrid, 1862, p. 18.

(75) Sobre la cuestión, MENÉNDEZ PIDAL, G., *Los Caminos en la Historia de España*, Madrid, 1951; y para el Camino de Santiago, *vid.*, BARREIRO Rivas, J. L., *La función política de los caminos de peregrinación en la Europa Medieval*, Madrid, 1997.

(76) Respecto de las calzadas romanas en Hispania, lo dice Saavedra en la obra antes citada: «El principal objeto que Augusto se propusiera al idear su sistema de caminos, fue indudablemente político. A la manera que el labrador asegura el terreno que ha ganado sobre la corriente del río por medio de plantaciones que lo consolidan y rechazan las futuras invasiones de las aguas, los romanos fijaron su dominación en los países conquistados, por medio de colonias militares ventajosamente escogidas, que eran avanzadas permanentes y puestas de refugio para las legiones ocupadas en hacer la guerra o dar guarnición a los presidios y campamentos. Mas una colonia aislada era incapaz de resistir por sí sola al impetuoso ataque de los indígenas rebeldes, y por eso aquel astuto príncipe combinó su plan de modo que todas ellas tuvieran fácil y directa correspondencia entre sí, y los ejércitos pudieran en breve tiempo hallarse en los lugares amenazados, o en los centros de la resistencia. En apoyo de esto se puede notar que de las colonias romanas que conocemos en la Iberia, todas menos ocho se hallan nombradas en el itinerario, y de estas sólo Celsa carecía de camino, porque poseía la comunicación del Ebro con Dertosa y Caesar Augusta. Verificóse también entonces que los instrumentos del comercio se convirtieron en auxiliares poderosos de la opresión y de la conquista, como que es elemento indispensable de la guerra ordenada la rapidez y facilidad de los transportes y las marchas» (p. 19).

(77) Sobre la cuestión, DE SOLA POOL, I., «The communications revolution as a strategy for modernization» en vol. *Interkulturelle Kommunikation and Industrielaender un Entwicklungslaender*, Berlín, 1967, p. 145.

(78) La red caminera en el Medioevo, en el Reinado de los Reyes Católicos y bajo los Austria era la romana. No se abrieron por lo general nuevos caminos y se atendió poco a su conservación. Sólo hubo nuevas implantaciones camineras durante el reinado de Isabel y Fernando en la zona de Málaga, Granada y Almería por necesidades militares.

(79) Existió un especial cuidado sobre la cuestión de la protección caminera. La paz del camino, como se ha expuesto, sirvió de base a una expansión del poder regio. Sobre la paz del camino, *vid.*, GIBERT, R., «La paz del camino» en *Anuario de Historia del Derecho*, núm. 27-28, Madrid, 1957-1958.

(80) El Padre Sarmiento escribió: «Creo que ha llegado el siglo de hacer caminos. Ya era tiempo a la verdad después de tan repetidas quejas, y de la notoria necesidad que había en España de unos buenos caminos Reales, o que nuevamente se hagan, o que sólidamente se compongan» y WARD, B., señaló que «la falta de comunicación entre las provincias interiores y el mar inutiliza en gran parte la industria del cosechero labrador y la fertilidad de la tierra», citados ambos por GARCÍA ORTEGA, P., *Historia...*, p. 45.

(81) Sarmiento afirmaba que «digo que desde Madrid, como centro, deben salir líneas rectas hasta las extremidades de toda España y que esas líneas denotarán las demarcaciones de los caminos. Y para que haya útil simetría entre ellos, imagínese que está colocado el astil de la cruz de la nueva Capilla Real de Palacio en el centro de un grande círculo que contenga los treinta y dos vientos o rumbos de la aguja de marear. Esta Cruz será lo que la columna dorada hacía en la plaza de Roma para comenzar a contar desde ella las millas de los caminos... Los rumbos de Norte y Sur coinciden con el círculo meridiano de Madrid, y los de Oriente y Poniente con su círculo vertical. Los caminos de estos cuatro rumbos son los primeros

que se han de emprender. Después, los cuatro intermedios por los rumbos de Sureste, Sudoeste, Noroeste y Nordeste. Con estos ocho caminos reales que se hiciesen desde Madrid hasta las extremidades de España, mucho tendríamos adelantado» en MARTÍN SARMIENTO, P., «Apuntamientos para un discurso sobre la necesidad que hay en España de unos buenos Caminos Reales y de su pública utilidad», en *Semanario Erudito*, Madrid, 1789, tomo XX, p. 13, cit., por GARCÍA ORTEGA, *op. cit.*, p. 47. Sobre la influencia del P. Sarmiento en la configuración de la red viaria, *vid.*, REGUERA RODRÍGUEZ, A., «Los apuntamientos del Padre Martín Sarmiento sobre la construcción radial de los caminos reales en España», en *Llull*, vol. 22, 1999, pp. 475 y ss.

(82) La creación de una estructura radial desde Madrid comportó el abandono del sistema policéntrico anterior –derivado de la red de calzadas romanas– y el trasvase del centro caminero de Toledo a Madrid. El sistema radial se introdujo inicialmente con el Reglamento de Postas de 1720; se avaló por Fernández de Mesa en su *Tratado* y en los informes del Ingeniero Don Juan Miguel de Roncali (1756) y se articuló conceptualmente por el P. Sarmiento en los *Apuntamientos...* citados, trabajo realizado por encargo del Conde de Aranda.

(83) El verdadero impulsor de la nueva era viaria fue el Marqués de Esquilache, en tiempos de Carlos III, quien, en 1761, ordenó la apertura de las cuatro carreteras radiales para enlazar la Corte con Valencia, Cataluña, Galicia y Andalucía. El ejecutor del plan de Esquilache fue el Conde de Floridablanca. *Vid.*, RUMEU DE ARMAS, A., *El testamento político del Conde de Floridablanca*, Madrid, 1962.

(84) La primera carretera propiamente dicha se construyó en tiempos de Fernando VI y fue la de Santander a Reinoso.

(85) El proceso de asunción del cobro de los derechos de pontazgo, portazgo y peazgo por la Hacienda Pública se inicia con la Real Orden de 10 de junio de 1761 y se consolida con la Cédula del Consejo de Castilla de 27 de abril de 1784, la Real Orden de 27 de julio de 1780 y la Instrucción de 8 de junio de 1794. En la Instrucción de Corregidores de 1788, se encomienda especialmente a éstos que combatirán el cobro por particulares.

(86) Se creó por Real Decreto de 10 de junio de 1761 la Superintendencia General de Caminos y Posadas, encomendándose al Marqués de Squilache. La competencia de ésta alcanzaba también al servicio de Correos y postas. Quedaron fuera de su ámbito de competencias las de las provincias vascongadas y Navarra y, luego –por Real Decreto de 8 de octubre de 1778–, las carreteras y caminos reales de los reinos de Granada, Jaén y Córdoba –al cuidado de una Junta Mayor de Caminos de Granada hasta el 27 de julio de 1804–. A partir de esta fecha, éstos últimos viales pasaron a estar bajo la dependencia del Capitán General de Granada.

(87) Están estudiados pormenorizadamente por GARCÍA ORTEGA, *op. cit.*

(88) Mediante una tupida red de caminos se pretendía llevar a cabo una colonización del territorio –sistema de asentamientos– y, por ende, el aumento de la agricultura y el comercio. *Vid.*, REGUERA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 494.

(89) Pese a los logros obtenidos, hubo cierto fracaso puesto de manifiesto por Agustín de Betancourt en su «Noticia del estado actual de los caminos y canales de España, causas de sus atrasos y defectos, y medios de remediarlos en adelante, dada al Excmo. Sr. Don Pedro Cevallos por Don Agustín de Betancourt; año 1803».

(90) La intervención del Consejo Real de Castilla –antecesor del Consejo de Estado– en la Administración caminera fue relevante; especialmente, en lo tocante a la construcción de carreteras y caminos. Además, los puentes dependían exclusivamente del Consejo y no de la Superintendencia, *vid.*, GARCÍA ORTEGA, *op. cit.*, 53, y Memoria sobre el estado de las obras públicas en España en 1856; ed. facsímil, Madrid, 2001.

(91) No fue ajena a la reforma el Consejo Real, antecedente inmediato del Consejo de Estado.

(92) La Ley de 11 de abril de 1849 reguló las travesías y la de 28 de abril de 1849, los caminos vecinales. La Ordenanza de 14 de septiembre de 1842 disciplinó la conservación y policía de las carreteras y el Real Decreto de 3 de mayo de 1847 estableció que el importe de los pontazgos, portazgos y peajes fueran ingresados en el Tesoro público, con cargo al cual se financiaran los trabajos de construcción y conservación de las vías.

(93) La Circular de 28 de abril de 1846 estableció diversas reglas técnicas para la redacción de los proyectos. Estas reglas se ajustaban a la técnica caminera fijada por John Loudon Mc Adan, basada en un acabado flexible y una curvatura moderada de la vía, con elevación central igual a 1/40 del ancho.

(94) Hay una consulta de 17 de junio de 1836 sobre el estado de las carreteras generales emitido por el Consejo Real de España y las Indias que aborda la cuestión de las expropiaciones precisas para llevar a cabo la construcción de determinadas carreteras.

(95) Hasta 1857, la financiación de la construcción se hacía bien con cargo a los presupuestos del Estado o de las provincias, bien mediante las denominadas *acciones de caminos*. Desde 1857, exclusivamente con cargo a los presupuestos. La financiación de la conservación se hacía con cargo primordialmente al importe de los pontazgos, portazgos y peazgos (sic) que se percibían de los usuarios. La exigencia de éstos tenía además otra función como era el disuasorio del paso de carruajes causantes de gran deterioro de las vías (GARCÍA ORTEGA, *op. cit.*, p. 80).

(96) La conservación corría a cargo de la Administración titular y, en el caso de las carreteras estatales, de los peones camineros –regulados minuciosamente en su Reglamento de 19 de enero de 1867–. Se les encomendaban distintos tramos, a razón de tres kilómetros, y tenían la condición de agentes armados.

(97) La Ley de 7 de mayo de 1851 –conocida como Ley Arteta– fue presentada como proyecto al Congreso el 24 de noviembre de 1849 por el que luego fuera Presidente del Consejo de Estado, don Manuel Seijas Lozano. Clasificaba las carreteras en generales –las que iban de Madrid a capitales de provincia, departamentos de Marina y aduanas de gran movimiento.

(98) Se crearon los distritos de carreteras y se consolidó la Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos.

(99) En una forma que todavía pervive a grandes rasgos en la regulación actual. Quizás lo más significativo es que la aprobación del proyecto comportaba la declaración de utilidad pública de las obras comprendidas, pero no lo que luego se llamó la relación de bienes y derechos afectados.

(100) En este período se establecieron normas técnicas para la construcción de las distintas carreteras (Real Orden de 1 de marzo de 1859, de 30 de julio de 1859, etc.).

(101) En la Ley de 1851, no hay idea de planificación general del sistema viario, aunque la idea de un plan había sido ya definida en la Orden de la Regencia de 30 de noviembre de 1840. La Ley de 22 de julio de 1857, por el contrario, dispuso que el Ministerio de Fomento, oyendo a las Diputaciones provinciales, formara un plan general de carreteras teniendo en cuenta el trazado de los ferrocarriles. El primer plan se aprobó por Real Decreto de 7 de septiembre de 1860. Fue informado por el Consejo de Estado –sucesor del Real desde 1858–, pero no he localizado la consulta. GARCÍA ORTEGA (*op. cit.*, p. 89) dice que, en el fondo, no era otra cosa que un simple catálogo de las carreteras a cargo del Estado. Sin embargo, subyacía en él la idea de coordinación viaria.

El segundo plan fue aprobado por Real Decreto de 6 de septiembre de 1864. Tenía una configuración instrumental respecto del ferrocarril. A la fecha de su aprobación se habían construido ya más de 7.000 km. de ferrocarril y el plan se configuró como complementario del sistema ferroviario, de manera que preveía el establecimiento de carreteras en las zonas a las que el tren no llegaba.

(102) En la consulta emitida por el Consejo Real el 13 de junio de 1849 sobre el proyecto, el Consejo Real consideró que debían calificarse de carreteras generales no sólo las que partían de Madrid a las capitales sino también a las cabeceras de Departamentos marítimos y aduanas –lo que se acogió en el proyecto– y las que, partiendo de una general, conducían a las capitales de provincia –la ley, por el contrario, las tildó de transversales–.

(103) Su construcción se costeaba por el Estado.

(104) Eran las que cortaban o enlazaban dos o más carreteras generales pasando por alguna o algunas capitales de provincia o centros de mayor población en el interior o en el litoral. Su construcción se costeaba por el Estado y las provincias.

(105) Se costeaban por las provincias y los pueblos.

(106) El preámbulo de la Ley reproduce algunas consideraciones de una consulta de 9 de septiembre de 1849, elaborada por Don Antonio de los Ríos Rosas, a la sazón Oficial del Consejo. En dicha consulta se llamaba la atención sobre el fracaso en la construcción de las carreteras provinciales y locales, se hacía hincapié en que el Estado asumiera el protagonismo en su ejecución y se decía que «las comunicaciones interiores son la vida de los pueblos. Sin ellas no pueden desarrollarse ni prosperar la agricultura, la industria y el comercio», palabras reproducidas por el citado preámbulo.

(107) En esta Ley, las carreteras se clasificaban en tres categorías: de primer orden –las antes generales y transversales y se ampliaba su concepto–, de segundo orden –las provinciales y las que enlazaban el ferrocarril con una carretera de primer orden– y de tercer orden –las restantes–.

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

(108) En tal sentido, la Revista de Obras Públicas, número 11 de 1857, bajo el título «Observaciones sobre el proyecto de ley presentado a las Cortes por el Gobierno, clasificando los caminos ordinarios o carreteras». Puede verse en página web del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos.

(109) Eran treinta y ocho tramos. La Orden está firmada por Don José Echegaray, ingeniero de caminos y a la sazón ministro de Fomento.

(110) La orden decía que lo acordado obedecía al «principio de que el Estado se vaya desprendiendo de los caminos ordinarios paralelos a los de hierro, consiguiendo así, no sólo una economía de consideración para la Administración central, sin detrimento de los intereses generales que le están encomendados, a los que seguirá atendiendo con los medios más perfectos de transporte, sino el hacer posible que las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos empiecen a usar de la amplia libertad que la legislación actual les concede, aplicando sus recursos a la conservación de las vías que hoy tienen sólo un interés local».

(111) GARCÍA ORTEGA, P., estudió con detalle el tema en su trabajo «El abandono de carreteras por el Estado en 1870: una historia que no debe repetirse» en *Boletín Informativo de obras públicas*, núm. 268, pp. 660 y ss.

(112) Por Ley de 11 de julio de 1877 se aprobó el plan de carreteras del Estado, que fue objeto de numerosísimas modificaciones –instrumentadas mediante leyes singulares–; en especial, entre 1883 y 1885, siendo objeto de severas críticas por ALZOLA y MINONDO y COSTA. *Vid.*, GARCÍA ORTEGA, *op. cit.*, pp. 109-110. Fue derogado por Ley de 11 de julio de 1911. Posteriormente, se aprobaron los planes de 1914 –por Real Decreto de 5 de agosto– (Plan Ugarte).

(113) El Pliego de condiciones generales para la contratación de las obras públicas aprobado por Real Decreto de 11 de junio de 1886, de Montero Ríos, estableció un sistema de ejecución plenamente consolidado en el que se sustituyó el sistema de precio a tanto alzado para toda la obra por otro para cada una de sus unidades; se sustituyó el sistema de series de precios por uno de precios unitarios y alzados, lo que comportó trasladar al contratista los riesgos de la construcción; se redujeron los casos de indemnizaciones por daños o destrucciones en las obras a cuatro casos; se limitaron los casos de rescisión de los contratos y de revisión, imponiendo al contratista la obligación de soportar las variaciones hasta una cuarta parte del presupuesto del contrato –frente al sexto del pliego de 1861–. Este sistema pasó al pliego de 1903. *Vid.*, ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pp. 85 y ss. Sobre el pliego, el Consejo de Estado emitió un dictamen el 17 de febrero de 1886 proponiendo algunas de las modificaciones señaladas.

(114) Los programas más relevantes fueron el Circuito Nacional de Firmes Especiales aprobado por Real Decreto Ley de 9 de febrero de 1926 a instancia del Conde de Guadalhorce que modificó el sistema técnico de construcción de las carreteras y el de sus firmes; el Plan de Modernización de Carreteras aprobado por Ley de 18 de diciembre de 1960 a instancia de Fernández-Ladreda; la Red de itinerarios asfálticos (REDIA), aprobado por Orden del Ministerio de Obras Públicas el 23 de enero de 1967, y el programa de autopistas nacionales españolas, ambas iniciativas de Don Federico Silva Muñoz, Letrado del Consejo de Estado y Ministro de Obras Públicas y, finalmente, los planes regionales –Plan de accesos a Galicia, Plan Costa Brava y Plan de Cercanías de Madrid– debidos a la acción de Fernández de la Mora. Estos programas transformaron radicalmente el sistema viario español.

(115) La idea de sistema está especialmente presente en el Plan Peña Boeuf y es un claro exponente la forma de clasificarlas –radiales (N-núm. romano), nacionales (N-núm. árabe), comarcales (C-) y locales (L-)–, de organizarlas y de denominarlas. Se abandonó la denominación descriptiva –que indicaba el inicio y el final de la vía– y se sustituyó por una numérica. Para ello territorio peninsular quedó dividido en seis sectores, comprendidos entre las distintas radiales y en varias coronas circulares con origen en Madrid e intervalos en sus radios de 100 kilómetros. El primer número hacía referencia al sector en el que se ubicaba la carretera; el segundo, al de la corona en la que nacía y el tercero –el que correspondía–, impar, si era paralela a la radial o par si era perpendicular a ésta. El sistema pervive.

(116) La insuficiencia de las consignaciones presupuestarias para la construcción de carreteras llevó a la aprobación de la Ley de 26 de febrero de 1953 sobre carreteras de peaje –que amparó el otorgamiento de la construcción del túnel de Guadarrama– y a la Ley 55/1960, de 22 de diciembre, sobre construcción, conservación y explotación de carreteras en régimen de concesión –a cuyo amparo se construyeron las variantes de Cádiz, del Río Eo y de Tossa y el túnel del Cadí–.

(117) El sistema estatal fue objeto de una reorganización y redefinición. De una parte, se aprobó la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras –luego sustituida por la Ley 37/2015, de 29 de septiembre– y, de otro lado, se configuraron y ejecutaron sucesivamente el Plan de Carreteras de 11 de diciembre de 1985 –y que terminó en 1993, tras construirse 3.466 km. de autovías y acondicionarse 6345 km. de carreteras–,

el Plan Director de Infraestructuras de 1993, el Programa de Autopistas de Peaje de 1996 –nacido para establecer 441,5 km. de autopistas de peaje entre las que se contaban 169 de acceso a Madrid– y el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte de 15 de julio de 2005.

(118) El Plan Director de Infraestructuras de 1993 contempló por primera vez el conjunto de las infraestructuras de transporte, hidráulicas y ambientales de competencia estatal, estableciendo una planificación estratégica y global. En el mismo sentido, el Plan Estratégico de Infraestructuras y Transporte de 2005 dice en su preámbulo que es «la expresión de una nueva política... concebida como un instrumento al servicio de los grandes objetivos en materia de política económica y social. (.../...) contempla las infraestructuras como el soporte imprescindible para que los ciudadanos dispongan de unos servicios de transporte de calidad y, sobre todo, seguros, y además, como un instrumento eficaz para impulsar el desarrollo económico y la cohesión social y territorial».

(119) El carácter vertebrador de las autopistas queda reflejado en el informe elaborado por Robert Otzen en 1929 en el que se proyectada un entramado viario de norte al sur de Alemania. Tras el ascenso al poder del nacionalsocialismo, el Doctor Todt (1933) redefinió el entramado para dar preferencia a las vías de este a oeste, a fin de asegurar el rápido traslado de las unidades militares de la frontera oriental a la occidental y viceversa. Sobre la cuestión, *vid.*, una referencia en SCHMIDT, P., *Statist auf der diplomatischen Bühne*, p. 348.

(120) Así dice el preámbulo del Real Decreto-ley de 9 de febrero de 1926 por el que se aprobó el citado Circuito.

(121) Entre el 7 de enero y el 13 de julio de 1927, se otorgaron autorizaciones condicionales para la construcción de carreteras pistas directas a diversos titulares; en concreto, para la construcción de las autopistas –término empleado en la concesión hecha el 13 de julio de 1927– de Madrid a Valencia; de Madrid a Bilbao con ramales a Logroño y a Vitoria y San Sebastián; de Oviedo a Gijón y de Madrid a Toledo por Aranjuez.

(122) El Real Decreto-ley preveía su construcción en régimen de concesión por noventa y nueve años.

(123) Se adjudicaron las de Madrid-Irún y Oviedo-Gijón, pero se resolvieron. La de Madrid-Valencia no se llegó a adjudicar a resultados de maniobras indeseables.

(124) Con base en este nuevo régimen, el 27 de julio de 1960 se otorgó la concesión de construcción y explotación, como carretera de peaje –para transformarse luego en autopista– el túnel de Guadarrama. La Orden del Ministerio de Obras Públicas de 27 de julio de 1960, se otorgó oído el Consejo de Estado y de conformidad con el voto particular formulado por un Sr. Consejero.

(125) Como se ha dicho antes, al amparo de esta norma se otorgaron las concesiones para la construcción del puente sobre la Bahía de Cádiz, del Túnel del Cadí, de puente sobre el río Eo, del Túnel de Tossas y de la variante de acceso al puerto de Garraf y a Montserrat. Estos otorgamientos –al contrario que el del túnel de Guadarrama– no contemplaban la construcción de autopistas sino sólo de carreteras.  *Vid.*, GARCÍA ORTEGA, P., *Las concesiones administrativas de carreteras en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, 1979, pp. 67 y ss. En todos sus pliegos se preveía la intervención del Consejo de Estado en el caso de su modificación.

(126) El equipo Vigón-Mortes elaboró unos «Estudios preliminares sobre el planeamiento del sistema nacional de autopistas» que preveía la construcción –con independencia del plan de carreteras– de 1300 km antes de 1964, 3000 hasta 1980 y 5000 adicionales hasta 1985. El equipo Silva-Areitio (1966-1970) aprobó el programa de autopistas nacionales de peaje (PANE), sobre la base de la gestión indirecta –concesión– para su construcción y gestión y el pago de peaje como sistema de financiación y retribución del concesionario. Se contemplaba inicialmente la construcción de autopistas radiales, con cabecera en Madrid, y luego, un circuito exterior paralelo a la costa y el eje Sevilla-Gijón.

(127) La obtención de financiación del Banco Mundial resultó muy ardua. Según manifestación hecha al autor de estas líneas por Don Federico Silva Muñoz, el Banco Mundial se negó tajantemente a financiar las autopistas radiales e impuso la ejecución de las periféricas, únicas para las que otorgó fondos, por presiones de Dean Rusk, Secretario de Estado de los EE.UU., George Mac GE, Secretario Adjunto, y el senador de Idaho, Frank Forrester Church. Este hecho explica la incoherencia del sistema (autopistas de Vigo, de Gijón-Oviedo, de La Junquera a Alicante, de Bilbao-Behobia) y la dispersión de las vías ejecutadas. Sólo se concedió financiación para la de Villalba-Villacastín, por imposición de Robert Macnamara, a la sazón Secretario de Defensa de los EE.UU., ante la negativa española a renovar el acuerdo de utilización de la base aérea de Torrejón, que resultaba vital para los norteamericanos. En 2010, se desclasificaron diversos documentos sobre la cuestión que dejan constar que la negativa de financiación

tenía por objeto articular un sistema no radial de comunicaciones en aras a una eventual descentralización tras el fallecimiento de Franco.

(128) El programa de autopistas nacionales de peaje se puso en marcha mediante decretos leyes específicos de otorgamiento de las distintas concesiones. Así se otorgaron las autopistas de peaje Barcelona-La Junquera y Mongat-Mataró (1966), Barcelona-Tarragona (1965), Bilbao-Behobia (1967), Villalba-Villacastín (1967), Villacastín-Adanero (1969), Tarragona-Valencia (1970) y Valencia-Alicante (1972).

(129) En el dictamen núm. 34.959, de 24 de junio de 1966, el Consejo de Estado formuló diversas consideraciones que, incorporadas a los pliegos de las autopistas otorgadas por decreto-ley, no lo fueron a la Ley 8/1972, de 10 de mayo. En lo tocante a la titularidad de los bienes expropiados, el Consejo dijo: «Teóricamente pueden existir dos maneras de configurar la titularidad del concesionario del servicio sobre los bienes y derechos expropiados para la construcción de las autopistas: una, la de atribuirle la propiedad privada de los mismos, con la obligación de adscribirlos al servicio concedido; otra, la de incorporar al dominio público estatal la superficie ocupada por las autopistas, desde el momento mismo de su construcción, sin perjuicio de los derechos y facultades que sobre los mismos puedan corresponder al concesionario, por virtud de la concesión. Esta segunda forma de configurar la titularidad del concesionario sobre los bienes y derechos expropiados para la construcción de las autopistas, estima el Consejo de Estado que es la única admisible con arreglo a nuestro Derecho positivo vigente. Piénsese, por otra parte, que, tratándose de vías tan importantes como las que son objeto de concesión en este caso, no dejaría de resultar extraño que se atribuyera su titularidad dominical, siquiera temporalmente, a persona distinta del Estado, aún en la hipótesis de que ello fuera admisible con arreglo a una correcta interpretación de los preceptos vigentes. Por lo demás, la propiedad que pudiera atribuirse al concesionario no pasaría de ser meramente formal, dado que la concesión le impone tan fuertes restricciones en orden al uso y disposición que prácticamente se vería privado de las facultades más características de la soberanía dominical, y, a cambio, se perdería la protección que la ley otorga a la titularidad demanial, mucho más amplia y enérgica, como es sabido que la que puede otorgar la publicidad registral en beneficio del servicio y del uso públicos». Y, respecto del concesionario, decía que «de otro lado, y puesto que el concesionario no ha de adquirir los bienes expropiados para sí, ni deben pasar a integrar su patrimonio, resulta más correcto no atribuirle la condición de beneficiario, sino decir, simplemente, que asume las obligaciones que corresponden al beneficiario, con arreglo a la ley de expropiación forzosa».

(130) Todas las concesionarias contaron con un beneficio financiero que era el denominado seguro de cambio, que garantizaba un tipo fijo de interés para los préstamos obtenidos en el extranjero, siendo asumido por el Estado el sobrecoste cuando se superara dicho tipo fijo. Se suprimió en 1984 y dio lugar a diversas reclamaciones de las concesionarias, informadas por el Consejo de Estado.

(131) Los equipos Fernández de la Mora-Doadrio (1970-1973) y Valdés-Aldama (1974-1976) otorgaron diversas concesiones: las autopistas del Ebro (itinerarios Zaragoza-Mediterráneo y Bilbao-Zaragoza), del Atlántico, de Burgos-Malzaga, de Montmeló-Papiol, Alicante-Almería, Campomanes-León, Bilbao-Santander, Navarra, etc. Algunas de ellas no se llegaron a ejecutar a resultas de la crisis de 1973.

(132) El estudio más pormenorizado de dicha Ley se debe al Letrado del Consejo de Estado, Don Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT: «En torno a la Ley de Autopistas de peaje» en *Revista de Administración Pública*, núm. 68, mayo-agosto 1972.

(133) Así se creó la Empresa Nacional de Autopistas (1984), luego privatizada (2003).

(134) Para unos, la autopista rompía la relación campo-ciudad, subordinando el campo a la ciudad sin que permitiera un desarrollo racional, neutralizando el paisaje y el país, devastando la naturaleza y destruyéndola (Lefebre, Gaviria, Díaz Nosty). Para otros, era creadora de belleza y un instrumento fundamental de riqueza (Jane Sola). Sobre la cuestión, *vid.*, GARCÍA ORTEGA, *Las concesiones...*, p. 87.

(135) La cuestión sobre la financiación de su construcción mediante peaje no existió. Sólo se debatió la garantía económica del Estado a las concesionarias y la forma de gestión indirecta empleada (empresa pública frente a concesionarios privados). Es ilustrativa la proposición no de ley sobre autopistas de peaje presentada en el Congreso de los Diputados el 25 de septiembre de 1978 por Felipe González Márquez.

(136) La intervención del Consejo de Estado en el tema de las autopistas ha sido constante, tanto en lo tocante a sus modificaciones –por exigencia de los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo– como en lo atinente a sus avatares –resolución de los contratos por insolvencia de las concesionarias–.

(137) GARCÍA PELAYO, M., *El imperio...*, p. 39.

(138) El mejor estudio sobre el ferrocarril en España sigue siendo el de ARTOLA, M. (dir.) *et alii*, *El ferrocarril en España 1843-1944*, dos volúmenes, Madrid, 1978.

(139) En tal sentido, el dictamen de 14 de marzo de 1928, que así lo afirma. Ponente: Don Leopoldo Calvo Sotelo.

(140) ARROYO MARTÍNEZ, I., *Compendio de derecho marítimo*, Madrid, 2014, p. 109.

(141) El concepto de puerto de interés general no está predeterminado como en el caso de los aeropuertos. En todo caso, los puertos definen su ámbito marítimo a través de las Delimitaciones de Espacios y Usos Portuarios, que suelen comprender, al menos, dos zonas. El caso del puerto de Melilla es singular porque el puerto marroquí de Beni Enzar, de Nador, está construido sobre la zona II o exterior del puerto de Melilla, sin que España haya formulado protesta alguna. La cuestión incide también sobre el mar territorial adyacente al puerto. Marruecos ha definido las líneas de base recta de su costa ignorando completamente las plazas y territorios de soberanía españoles. Los puertos de Melilla y Beni Enzar comparten la misma bocana. Sobre la cuestión, *vid.*, ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, Madrid, 2016, pp. 108 y ss., 114 y ss. y 136 y ss.

(142) La autonomía de gestión de las Autoridades Portuarias es muy amplia y así está concebida en la Ley de Puertos. No obstante, en el texto legal, dicha autonomía se armonizaba con el principio de unidad de acción general fijada por la Administración General del Estado. En la realidad, en el caso de algunas Autoridades Portuarias –que han pasado *de facto* a ser controladas por las Comunidades Autónomas– su actuación es absolutamente independiente y renuente a sujetarse a las directrices generales fijadas por el Estado. La situación llega a extremos tales como que, en ocasiones, el Ministerio de Fomento tiene que remitir sus instrucciones a esas Autoridades por conducto notarial.

(143) Es conocido el proyecto chino del llamado «collar de perlas» consistente en la adquisición de las titularidades de toda una serie de puertos que enlazan desde el mar de la China al océano Atlántico.

(144) Esta idea ha estado presente en la doctrina del Consejo de Estado quien la ha predicado tanto de aquellos casos en que se produce el cambio de titularidad accionarial de una sociedad concesionaria como en los supuestos de transmisiones de concesiones demaniales. En relación con el primero de los temas señalados, el dictamen 998/1994, de 23 de junio, decía que «la segunda cuestión a considerar es la de si la transmisión de todas las acciones de la entidad concesionaria constituye o no una transferencia de la concesión. La consideración ha de hacerse desde la especial perspectiva de las concesiones administrativas; en concreto, en atención a la cuestión de la libre transferencia de las mismas. Nuestro ordenamiento jurídico distinguía tradicionalmente dos supuestos en materia de transferencias concesionales: en el caso de las concesiones de dominio público, y conforme al artículo 103 de la Ley de Obras Públicas de 1877, el concesionario podía transferir su concesión libremente, sin perjuicio de dar cuenta a la Administración; en el caso de concesiones de servicio público, la transferencia de la concesión exige previa autorización administrativa. Dicha nítida separación de regímenes se ha venido empañando progresivamente mediante la sucesiva atracción de la disciplina jurídica de la concesión de dominio público por la de servicio público, bien mediante la imbricación de caracteres propios de una y otra en concesiones mixtas, bien mediante la acentuación del carácter personalista de la concesión de dominio público. En el caso de concesiones mixtas, el carácter personalista aparece especialmente acusado. Las concesiones de puertos deportivos han sido consideradas como mixtas de dominio y servicio público en atención a la legislación aplicable que, junto a criterios claramente demaniales, remite a la Ley de Contratos del Estado para la determinación de su régimen jurídico (artículo 15.5). Ello tiene una consecuencia determinante a los efectos de la presente consulta, a saber: la importancia de la identidad del concesionario. A la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión y las condiciones en que explota el puerto deportivo. Ello se evidencia en el caso de la concesión sometida a consulta en la cláusula 14.<sup>a</sup> del pliego del otorgamiento que permite la transferencia de la concesión, «previa la conformidad expresa de la Administración». Sobre la base de que a la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión, procede determinar si la transferencia de la titularidad de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la transmisión de la concesión. Es claro que en tal caso no se produce una alteración de la titularidad formal, pero sí de los últimos propietarios. Como se ha puesto de manifiesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, el denominado mito de la personalidad jurídica no puede servir ni para justificar situaciones legalmente fraudulentas ni para desvirtuar la esencia de las instituciones jurídicas. Es preciso, traspasando los conceptos abstractos y las formas jurídicas, investigar el fondo de las situaciones.

En el caso presente, la transferencia de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la sustitución del concesionario, pues la sociedad es simple reflejo de la actuación, intereses y solvencia de quienes son sus socios; se da una transmisión real de la condición de concesionario; de ahí que deba considerarse que tal supuesto precisa de la autorización administrativa establecida para tal caso, pues la

Administración necesita saber quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías. Este criterio, especificación de la doctrina ampliamente amparada por la jurisprudencia y denominada del «levantamiento del velo», se ha visto además ratificado incluso reglamentariamente en el artículo 137.4 del Reglamento de Costas, tan invocado en el expediente, que prevé que «cualquier cambio de titularidad de las acciones o participaciones que suponga sustitución de los socios o accionistas que lo fueren al tiempo del otorgamiento de la concesión, en porcentaje igual o superior al 50 por ciento del capital social», precisa autorización administrativa.

Respecto de la segunda cuestión señalada, el dictamen 338/2019, de 20 de junio de 2019, dice: «El régimen de transmisión de las concesiones demaniales otorgaba tradicionalmente al concesionario un amplio poder de disposición sobre ellas. Era prácticamente pleno, ya que sólo exigía la notificación de la transmisión, ex post, a la Administración (artículo 103 de la Ley General de Obras Públicas de 1877), quien estaba obligada a aceptar al cesionario salvo contadas excepciones. Este sistema de transmisión, en el que la Administración apenas ejercía un somero control sobre el adquirente de la concesión, ha ido evolucionando hasta otorgarle competencias a fin de valorar la concurrencia en el cesionario de los presupuestos, requisitos y condiciones precisos para garantizar que el interés público inmanente a la concesión no se vea perjudicado no obstante darse la transmisión. Esas competencias de verificación y control no son tan amplias como las establecidas en la legislación de contratos –artículo 274 de la Ley de Contratos–, pero atribuyen a la Administración las precisas para garantizar los intereses públicos. Siendo esto así y ostentando la Administración actualmente competencias de verificación de la idoneidad del adquirente de la concesión de dominio público, el legislador también ha buscado otorgar una cierta protección al acreedor hipotecario, con el objetivo de salvaguardar el sistema de financiación de este tipo de concesiones, especialmente para aquellos supuestos en los que ante un incumplimiento del concesionario, que puede ser de escasa entidad –la LPAP y el TRLPE prevén como causa de caducidad de la concesión el impago de tasas, sin exigir que ese impago alcance una determinada cuantía o entidad–, se inicie un procedimiento para declarar la caducidad de la concesión. (.../...) Como se ha señalado, las competencias de verificación con que cuenta la Administración están restringidas a la apreciación de la concurrencia de los requisitos –tanto reglados como discrecionales– exigidos al concesionario en la ley y en el otorgamiento, de tal suerte que su esfera de valoración no resulta ilimitada. En este punto, la índole de las competencias administrativas es distinta de la reconocida en la legislación de contratos –que le permite valorar con mayor discrecionalidad y amplitud la idoneidad del cesionario–. Esa diversa índole de competencias se concreta en una diferente concepción doctrinal del acto de verificación llevado a cabo por la Administración. En el caso de la legislación de contratos, éste puede calificarse sin violencia de autorización en sentido estricto –es decir, de un acto por medio del cual la Administración permite el ejercicio de un derecho o poder previa valoración completa de la legalidad y la oportunidad de dicho ejercicio en relación con el interés público, ampliando la esfera jurídica del interesado–. En el caso de la legislación patrimonial, por el contrario, el acto de verificación reviste los caracteres de un permiso –en el sentido propio del concepto–, esto es, de un acto administrativo de comprobación de que se cumplen los requisitos exigidos –discrecionales o reglados– por la norma para realización del acto o la actividad».

(145) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Apuntes de derecho administrativo*, I, Madrid, 1978-1979, p. 111.

(146) Para el tema de conjunto, *vid.*, BAHAMONDE MAGRO, A., *Las comunicaciones en la construcción del Estado contemporáneo: 1700-1936*, Madrid, 1993, en especial, pp. 26 y ss. y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *La telecomunicación como factor histórico*, Madrid, 1974.

(147) Téngase en cuenta que, en lo tocante a la entrada en vigor de las disposiciones legales, regía el sistema de veredas y que Correos aseguraba que llegaran a todos los confines de la Monarquía.

(148) El servicio del correo tiene unos orígenes imprecisos. Inicialmente era una regalía exclusiva de la Corona y a su servicio. En las Partidas, se hablaba ya de la existencia de un servicio de postas («mandaderos son los que envían mandaderías por cartas»). Pedro II, el Católico, de Aragón, mandó establecer correos donde no los había (1283) y Pedro IV el Ceremonioso tenía ochenta jinetes de posta que recorrían incansablemente sus dominios, ordenando que se establecieran donde no los hubiera (1344). En 1339, el mismo Pedro IV, lo abrió al uso de los particulares (1339). Las primeras regulaciones minuciosas estaban contenidas en las *Ordenanzas hechas sobre los hostes de correos* de Barcelona. Como regalía menor fue concedida diversas entidades: a cofradías –la de Marcús o de los Correos a Caballo y a pié existían en el siglo xv–; a la Universidad de Salamanca que tenía quince mandaderos para asegurar la comunicación entre los estudiantes y sus familias. Los Reyes Católicos crearon el cargo de Correo Mayor. En 1500, el servicio se otorgó a Francisco de Tassis –correo mayor del Emperador Maximiliano–, estableciendo como color de sus mandaderos el amarillo –que todavía subsiste–, siendo posteriormente

objeto de sucesivas concesiones. En 1716, el servicio quedó reintegrado a la Corona, fundándose Correos. Sobre el tema, con carácter general, *vid.*, GALVARRIATO, J. A., *El correo y la telecomunicación*, Madrid, 1920. Sobre el correo en la época de los Austria, MONTAÑÉS MATILLA, M., *El Correo en la España de los Austrias*, Madrid, 1953.

(149) Renta gestionada en muchos de sus aspectos de manera indirecta, por utilizar una terminología actual.

(150) Reglamentos de 1720, 1743, 1764 y 1794.

(151) En 1735, eran 162 denominadas *caxas*.

(152) Este sistema sólo se reemplazó en 1990 con la aprobación del plan estratégico que configuró un modelo en estrella, de tal modo que se instaló en cada capital de provincia un centro de clasificación y reparto.

(153) En 1762 se creó la red de buzones; en 1744, el sello de fechas; en 1754, la cartería urbana; en 1756, se publicó el *Itinerario de carrera de posta dentro y fuera del Reyno* y en 1776, se creó la Real Junta de Correos y Postas.

(154) Dicho cambio se aprecia sobre todo en la *Ordenanza General de Correos, Postas y demás ramos agregados a la Superintendencia General*, aprobada en 1792.

(155) Se implantó el sello en 1850; el reparto diario, en 1850 y el Cuerpo de Correos en 1859. En 1898, el servicio de valores declarados; en 1902, el de paquetes postales; en 1905, la correspondencia urgente; en 1906, el de valores asegurados y en 1911, el giro postal.

(156) La vigencia del Correo como renta llevó a que dependiera del Ministerio de Hacienda. La concepción puramente mercantil del correo ha revivido en 2000 por influjo de las directrices comunitarias de manera que hoy la sociedad pública Correos y Telégrafos, S.A. se incardina bajo la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, dependiente del Ministerio de Hacienda, habiendo perdido su ligazón con el Ministerio de Fomento.

(157) Además, dicho precepto decía que el Correo era «auxiliar indispensable de las actividades personales, culturales y comerciales del país, realiza en todo el territorio nacional y en el ámbito internacional... la admisión, curso y entrega de la correspondencia».

(158) La Caja postal pasó a depender en 1991 en el Ministerio de Economía y a integrarse en la entidad bancaria pública Argentaria, fusionada luego con el Banco Bilbao Vizcaya.

(159) Dicha liberalización se llevó a cabo por la Ley 43/2010, de 30 de diciembre.

(160) El primer telégrafo –que unía Madrid con Aranjuez– se tendió en 1799 por Agustín de Betancourt. En 1805, se enlazó el Gobierno Militar de Cádiz con Sanlúcar de Barrameda, Medina-Sidonia, Chiclana de la Frontera y Jerez de la Frontera. En la Guerra de la Independencia, entre Cádiz y Sancti Petri funcionó una línea.  *Vid.*, OTERO CARVAJAL, L. E., «La evolución del telégrafo en España. 1800-1936» en *Las comunicaciones en la construcción...*, pp. 123 y ss.

(161) Entre 1831 y 1836 se instaló entre Madrid y los Reales Sitios un telégrafo óptico.

(162) La de San Sebastián a Madrid pasaba por Vitoria, Burgos y Valladolid. La de Madrid a Cádiz por Toledo, Ciudad Real, Córdoba y Sevilla. La última iba de Port Bou a Gerona, Barcelona, Castellón, Valencia, Tarancón, terminando también en Madrid. Posteriormente (1849), ésta se modificó en cuanto a su trazado, pues se encaminó de Madrid a Aranjuez, Ocaña, Albacete, Almansa y Valencia, para seguir su derrota inicial.

(163) Desde 1851, con la implantación del telégrafo eléctrico, el servicio pasó a ser de uso público, previo pago de la correspondiente tarifa en función de la distancia y la amplitud del mensaje.

(164) La primera línea fue la que discurría entre Madrid e Irún. La ordenación legal se hizo con la Ley de 22 de abril de 1855. En 1856, al aprobarse el reglamento de esta disposición legal, se creó el Cuerpo de Telégrafos, adscrito en 1857 al Ministerio de la Gobernación.

(165) Con posterioridad, el telégrafo se instaló también junto a las líneas férreas.

(166) Melilla y Canarias se unieron en 1883 con el desarrollo de la telegrafía submarina, partiendo de Cádiz.

(167) Los cables dieron valor a determinadas islas, dice Headrick, en muchos casos deshabitadas y sitas en recónditos lugares: Ascensión, Santa Elena, Norfolk, Diego Rodríguez, Fanning y Cocos en el caso de Inglaterra; Guam y Midway en el de los Estados Unidos. Las islas se erigían en puntos de apoyo para los cables de enlace. Sirvieron para unir los imperios europeos. En tiempos de paz, eran líneas vitales de las crecientes comunicaciones económicas que ligaban a las metrópolis con sus colonias. En tiempos de crisis, se configuraron como instrumentos de diplomacia. Con ocasión del incidente de Fachoda, en 1898, Kitchener se comunicó con Londres a través de un cable telegráfico subacuático sumergido en el

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

Nilo, recibiendo de manera inmediata instrucciones. Entre tanto que el General Marchand estaba aislado de París. HEADRICK, D., *The tools of empire*, Oxford, 1981, p. 143.

(168) El primer cable se estableció en 1859 entre Tarifa y Ceuta con la finalidad de asegurar las comunicaciones del Ejército expedicionario en Marruecos.

(169) En 1860, se tendió el que ligaba la península con Baleares y en 12 de febrero de 1884 entró en funcionamiento el que llegaba a Canarias. Su utilización estaba restringida inicialmente a las autoridades administrativas. Luego, se previno el uso para los particulares. Salvo una concesión administrativa respecto del cable de Canarias, todos los existentes eran de titularidad y gestión estatal. Su protección se instrumentó a través de la Ley de 12 de mayo de 1887, que incorporó a nuestro ordenamiento el Convenio de París de 14 de marzo de 1884.

(170) La OACI divide el mundo en nueve regiones de información de vuelo. España se ubica en la EUR que comprende Europa. A su vez, la EUR se subdivide en regiones FIR (Regiones de Información de Vuelo) que cubren todo o parte del espacio aéreo de soberanía de manera vertical hasta FL245. Por encima de estas, se ubican la UIR (espacio aéreo superior). España se divide en tres regiones de información de vuelo (FIR) y tres regiones superiores de vuelo (UIR), con cabeceras en Madrid –con una subsele en Sevilla–, Barcelona y Canarias. Unas y otras (FIR y UIR) comprenden espacio aéreo controlado –en el que se facilita servicio de control de tránsito aéreo, diferenciándose entre zonas de control (CTR), áreas de control (TMA) y aerovías (AWY)–, espacio aéreo de información de vuelo –en el que se proporciona servicio de información de vuelo–, espacio aéreo asesorado –en el que se proporciona servicio de asesoramiento de tránsito aéreo– y zonas reservadas –de operación restringida o prohibida y que pueden ser zonas prohibidas, restringidas, peligrosas, manejables y temporalmente segregadas–.

(171) Lo que tiene como consecuencia que toda aeronave con destino o salida de Melilla tenga que atravesar espacio aéreo marroquí.

(172) El reconocimiento por parte de Marruecos es parcial. En virtud de un acuerdo internacional administrativo entre el Centro de Control Aéreo de Sevilla y el Centro de Control Aéreo de Casablanca se ha establecido el corredor tiene dos planos superpuestos: desde el suelo hasta los 6.000 pies depende de Sevilla y desde los 6000 pies presta sus servicios y control, Casablanca. En todo caso, a efectos de rescate y salvamento, el corredor de Melilla queda dentro del ámbito de este último centro. Sobre la cuestión, *vid.*, ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., *op. cit.*, pp. 161 y ss.

# **ENERGÍA Y TERRITORIO EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO**

ROCÍO TARLEA  
Letrada del Consejo de Estado

## **I. INTRODUCCIÓN**

Las cuestiones energéticas despiertan hoy un enorme interés. Los temas relacionados con la energía aparecen continuamente en los medios de comunicación, en los que raro es el día en el que no asoma alguna noticia referida al precio de la electricidad o del gas; a la descarbonización de la economía; a la celebración de alguna cumbre internacional; o a alguna crisis energética gestada –tal vez– en el este de Europa.

Sobre energía y territorio se podría hablar mucho y desde múltiples perspectivas, sobre todo en un contexto global en el que las cuestiones energéticas y el modo de abordarlas trascienden toda frontera y en el que la geopolítica de la energía resulta clave para entender el nuevo orden mundial.

Sin embargo, en el contexto de esta obra, las próximas páginas se centrarán en la perspectiva jurídico-administrativa de las relaciones entre la energía y el territorio en España, con referencia a las principales cuestiones que en este ámbito ha tratado la doctrina del Consejo de Estado, sobre todo en los últimos años.

## **II. ENERGÍA, TERRITORIO Y DERECHO ADMINISTRATIVO**

Los dos elementos sobre los que gira este trabajo –el territorio y la energía– revisten una singular importancia para el Derecho administrativo.

## A. Derecho administrativo y energía

En cuanto a la relación entre Derecho administrativo y energía, no puede olvidarse que algunos principios y categorías administrativas hoy asentados nacieron ligados, precisamente, a la implantación de los suministros de gas y electricidad. Así sucedió, singularmente, en el ámbito de los contratos y de la teoría del servicio público.

Los problemas relacionados con los suministros energéticos se encuentran, en efecto, en el origen de algunos principios angulares del régimen actual de los contratos y concesiones públicas, como la teoría del riesgo imprevisible o la mutabilidad de los contratos por razones de interés público. En cuanto a la teoría de la imprevisión, viene a la memoria de todos su afirmación por el *Conseil d'État* en el asunto *Gaz de Bourdeaux* del año 1916. En él se concluyó que procedía compensar a la sociedad concesionaria del servicio de iluminación de la ciudad de Burdeos ante el impacto que sobre la economía de su contrato había tenido el desorbitado incremento de los precios del carbón tras el inicio de la I Guerra Mundial.

También el principio de mutabilidad de los contratos por razones de interés público nació vinculado a los suministros eléctricos. A finales del siglo XIX y comienzos del XX, las ciudades europeas asistían al progresivo avance del suministro eléctrico en detrimento de su predecesor en la iluminación urbana, el alumbrado con gas. En este marco, las empresas prestadoras del servicio trataban de defender que sus contratos les otorgaban derechos exclusivos que podían verse conculcados si se daba entrada a la alternativa tecnológica de la electricidad. En Francia, la primacía del interés público sobre la inmutabilidad y exclusividad de esos contratos fue afirmada por el *Conseil d'Etat* en el asunto *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, de 1902. Varios años antes de la aparición del mencionado *arrêt*, el Consejo de Estado español ya había emitido algún dictamen en el que se mostraba contrario a mantener los privilegios exclusivos de las empresas concesionarias de gas frente a la llegada de la electricidad<sup>1</sup>.

Por otra parte, desde los postulados del *gas and water socialism* de los fabianos y hasta nuestros días, los suministros energéticos han jugado un papel protagonista en la historia de los servicios públicos (y en la construcción de las categorías administrativas ligadas al servicio público). De la pugna entre el gas y la electricidad en la iluminación urbana antes descrita nació, precisamente, la cláusula de *meilleur éclairage*. Como es sabido, en ella se encuentra el origen de la cláusula de progreso, como ley fundamental del servicio público que obliga al concesionario a prestar el servicio mediante las soluciones y posibilidades tecnológicas más avanzadas que vayan apareciendo.

El suministro de gas y electricidad encajó tradicionalmente –y a medida en que éste se iba construyendo– en el paradigma del servicio público clásico. Así, en España el suministro eléctrico y el suministro de gas se calificaron expresamente en el Decreto de 12 de abril de 1924 como servicios públicos. La consideración a partir de entonces de estas actividades como servicio público implicó una creciente intervención administrativa, pero no siempre comportó sin embargo una *publicatio*. Así, en el caso del suministro eléctrico, se trató de una actividad no asumida por el Estado ni directamente ni a través de un concesionario interpuesto, sino por parte de empresas privadas sujetas –eso sí– a una intensa intervención administrativa.

Posteriormente, los sectores energéticos vinieron a convertirse desde finales del siglo xx y bajo el impulso del Derecho europeo, en uno de los principales escenarios para la aparición de nuevas categorías jurídico-públicas como es la del servicio de interés económico general o, ligada a ella, la de obligación de servicio público, heredera del núcleo fundamental del *service public* tradicional<sup>2</sup>.

## B. Derecho administrativo y territorio

La intervención administrativa sobre los sectores energéticos no puede entenderse si no es vinculada al elemento territorial.

Desde la perspectiva del Derecho administrativo el territorio es, por un lado, el sustrato físico sobre el que se desarrolla la actividad administrativa, singularmente la articulación y la prestación de los servicios públicos.

Por otro lado, el territorio es el ámbito de validez y de vigencia del ordenamiento jurídico-administrativo. En este sentido, el Derecho Administrativo, como Derecho Público, se rige por un principio de territorialidad, que presenta una doble vertiente positiva y negativa.

En su vertiente positiva, comporta que el Derecho administrativo se aplica dentro del ámbito territorial del Estado. Así lo expresa el artículo 8 de nuestro Código Civil cuando afirma que «*las normas de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio nacional*».

En su vertiente negativa, el principio de territorialidad implica que el Derecho administrativo es –o ha sido tradicionalmente– un Derecho emanado exclusivamente del Estado.

Sin embargo, la tradicional territorialidad y exclusividad del Derecho Administrativo como Derecho estatutario del Estado ha venido a verse afectada en las últimas décadas por distintos fenómenos globalizadores y transnacio-

nales. Tales fenómenos han dado lugar no solamente a la aparición de normas administrativas de carácter supranacional, sino también a la aplicación por instancias supranacionales de técnicas y principios jurídico-administrativos alumbrados originariamente en el seno de los ordenamientos nacionales. Esta realidad jurídica ha despertado durante la última década el interés de la doctrina administrativista, especialmente estadounidense y alemana, en la que se ha acuñado el concepto de «Derecho administrativo global» (*Global Administrative Law; Internationales Verwaltungsrecht*).

En lo que hace a nuestro país, la transnacionalidad del Derecho Administrativo se pone de manifiesto singularmente en la incidencia que el Derecho de la Unión Europea tiene en los ordenamientos administrativos de los Estados miembros, incidencia que en los sectores energéticos es, además, particularmente intensa.

### III. DERECHO DE LA ENERGÍA Y UNIÓN EUROPEA

En efecto, el Derecho administrativo de la energía es hoy, en grandísima medida, Derecho de la Unión Europea.

La preocupación en torno a las cuestiones energéticas se encuentra en el origen mismo de las Comunidades Europeas. Sin embargo, los Tratados constitutivos no ofrecieron una regulación en materia de política energética más allá del tratamiento que el carbón y la energía nuclear tuvieron en el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y en el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Este silencio en los Tratados encuentra una evidente justificación en el hecho de que las cuestiones energéticas formaban parte de una política de marcado carácter nacional en la que la garantía del suministro era el principal objetivo. Por este motivo, hasta el año 2007, los Tratados no contenían ningún precepto en el que se reconociese una política energética como competencia europea. Habría que esperar a la aprobación del Tratado de Lisboa para que el actual artículo 194 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea estableciese un fundamento jurídico específico para el desarrollo de la política energética de la Unión. La ausencia previa de ese fundamento jurídico específico no impidió, sin embargo, que desde Europa se desplegasen una importantísima intervención sobre los sectores energéticos con fundamento en otras competencias, especialmente en materia de mercado interior y en materia de medioambiente. Esta intervención ha dado lugar en los Estados miembros a una profunda transformación de estos sectores desde los años noventa del

siglo xx hasta el momento actual, en el que –ya con competencias reconocidas en materia de energía– continúa legislando para tratar de culminar los mercados interiores del gas y de la electricidad y, en suma, de construir una verdadera «Unión de la Energía». El desafío principal ha sido y continúa siendo hacer frente al célebre «trilema» energético: seguridad del suministro, equidad social y sostenibilidad ambiental.

En la incorporación de la dimensión europea del Derecho de la energía a nuestro ordenamiento interno el Consejo de Estado juega un papel muy relevante. Y ello por cuanto su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, establece que es preceptiva la consulta al Consejo de Estado en relación con los anteproyectos de ley o los proyectos de disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo del derecho comunitario europeo (artículos 21.2 y 22.2). Cuando las normas de incorporación del Derecho europeo son reglamentos ejecutivos de las leyes, el carácter preceptivo de la consulta al Consejo de Estado es doble, pues se exige su dictamen para los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones (artículo 22.3). La intervención del Consejo de Estado no se contempla, sin embargo, en aquellos casos en los que la transposición del Derecho europeo se lleva a cabo, por razones de urgencia, mediante la aprobación de un real decreto-ley<sup>3</sup>.

Con fundamento en la competencia que le atribuye su ley orgánica, el Consejo de Estado ha venido examinando en sus dictámenes los anteproyectos y proyectos de las normas que han incorporado al Derecho español las directivas que regulan los aspectos fundamentales del actual Derecho energético, como son los mercados interiores del gas y la electricidad, la eficiencia energética o el fomento de las energías renovables. Le corresponderá asimismo intervenir próximamente en la incorporación al ordenamiento español de las normas que integran el último de los paquetes energéticos aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo este mismo año 2019 bajo el título «Energía limpia para todos los europeos».

#### IV. ENERGÍA Y GEOGRAFÍA FÍSICA

La realidad energética española no es únicamente, claro está, el resultado de la política y de las normas europeas. El tratamiento de las cuestiones energéticas nacionales aparece asimismo condicionado por el territorio y sus características físicas y geográficas, entre las cuales sobresale su condición peninsular, compartida con Portugal.

### A. Una «isla energética»

Esta condición peninsular convierte a España –según expresión que ha hecho fortuna– en una «isla energética», situación ésta que ha venido a ser parcialmente paliada a través de un sistema de interconexiones eléctricas y gasistas de carácter transfronterizo que se considera aún insuficiente. En la actualidad, el sistema eléctrico español se encuentra interconectado con Portugal, Francia y Andorra, así como con el norte de África, a través de Marruecos. En el horizonte se encuentran aún nuevas interconexiones eléctricas (como la submarina con Francia en el Golfo de Vizcaya). En el caso del gas, además de las conexiones con Portugal y Francia, España se encuentra conectada con Marruecos y con Argelia.

El desarrollo de las interconexiones transfronterizas se encuentra condicionado por diversos factores de índole política, económica y jurídica que provocan no pocas dificultades para la asunción de compromisos internacionales, para la aprobación de los proyectos y para su ulterior ejecución. La flexibilidad que el ordenamiento jurídico debe ofrecer para adaptarse al contexto económico y político en el que se enmarcan los proyectos de interconexión transfronteriza fue puesto de relieve por el dictamen 1058/2017, de 11 de enero de 2018, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se modifican diversos Reales Decretos que regulan el sector del gas natural. En éste dictamen –y aun siendo jurídicamente admisible– se llamaba a no «petrificar» mediante una norma jurídica como la proyectada una decisión que la ley había llamado a adoptar mediante acuerdo del Consejo de Ministros, como era la de levantar la suspensión de la ejecución de un proyecto de interconexión eléctrica con Francia (el proyecto *South Transit East Pyrenees* o STEP). La recomendación del Consejo de Estado fue aceptada y el levantamiento de la suspensión aludida fue eliminada de la norma reglamentaria y posteriormente adoptada por el Consejo de Ministros mediante acuerdo de 9 de marzo de 2018.

Por otro lado, y en relación con las interconexiones eléctricas transfronterizas, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de pronunciarse en el dictamen 823/2019, de 7 de noviembre, sobre una cuestión de cierta importancia. La interconexión entre países miembros de la Unión Europea y Estados terceros, como es el caso de las que existen entre España y Marruecos, posibilita la participación en el mercado europeo de operadores procedentes de países cuyas centrales no están sujetas al régimen de comercio de derechos de emisión, ni su producción sujeta a las normas sobre emisiones industriales. Sin embargo, compiten en el mercado con las centrales europeas, que sí están sujetas a estos requerimientos medioambientales. El Consejo de Esta-

do recuerda en este sentido que la nueva Directiva sobre el mercado interior de la electricidad de 2019 –aún pendiente de transposición– impone a los Estados miembros en su artículo 3.5 el deber de garantizar que los participantes pertenecientes a terceros países que operen en el mercado interior de la electricidad cumplan el Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional, incluida la normativa en materia de política medioambiental y de seguridad. Y concluye el dictamen subrayando la necesidad de que las interconexiones con terceros países se sujeten a las normas que se dicten en cumplimiento de este precepto de la directiva.

El desarrollo de las interconexiones energéticas supone un objetivo de primer orden para la Unión Europea, como instrumento imprescindible para la profundizar en la construcción de un mercado interior de la energía, para asegurar la seguridad del suministro y para el adecuado funcionamiento de un sistema con alta penetración de renovables. Si el fortalecimiento de las interconexiones transfronterizas constituye una piedra angular para la edificación de la nueva Unión de la Energía, en general, supone además una cuestión especialmente relevante para la política energética de Estados miembros como España y Portugal.

## **B. España y Portugal**

Como consecuencia de su unidad geográfica en la Península Ibérica, España y Portugal comparten un contexto energético común y la cooperación en materia de energía ocupa sin duda un lugar protagonista en las relaciones entre ambos países.

En algunas ocasiones esta cooperación obedece a sus relaciones de vecindad, como sucede en el caso del aprovechamiento hidroeléctrico de los tramos internacionales de los ríos que hacen frontera entre ambos países y que se articula a través de la celebración de tratados internacionales. En este sentido cabe citar el Convenio entre España y Portugal para regular el aprovechamiento hidroeléctrico de los tramos internacionales del río Duero y de sus afluentes, firmado el 16 de julio de 1964, y su Protocolo Adicional; el Convenio entre España y Portugal para regular el uso y el aprovechamiento hidráulico de los tramos internacionales de los ríos Miño, Limia, Tajo, Guadiana. Chanza y sus afluentes, firmado el 29 de mayo de 1968 y sus Protocolos Adicionales; y el Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas, suscrito en Albufeira el 30 de noviembre de 1998, y su Protocolo adicional.

Por otro lado, la cooperación en materia energética responde al hecho de que España y Portugal comparten el aislamiento y la dependencia del exterior como características comunes de su vulnerabilidad energética, lo que les lleva a establecer objetivos y políticas similares. Así se ha puesto de relieve no solamente en las distintas cumbres hispano-lusas que se vienen celebrando en las últimas décadas, sino también en la posición común de los dos países en el seno de la Unión Europea y en las medidas conjuntas que, en la práctica, se han adoptado en el ámbito energético.

Entre ellas cabe destacar la creación del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (o MIBEL) tras la firma del Convenio internacional hecho en Santiago de Compostela el 1 de octubre de 2004. Este convenio fue objeto del dictamen 2727/2004, de 11 de noviembre, en el que se concluyó la necesidad de autorización de las Cortes Generales previa a la prestación del consentimiento del Estado para obligarse, por afectar el convenio a materias reguladas en nuestro ordenamiento mediante Ley [(artículo 94.1 e) de la Constitución)].

La otra gran apuesta de los dos países es el Mercado Ibérico del Gas (o MIBGAS) y se encuentra aún pendiente de ser culminado. A esta cuestión se refería el Consejo de Estado en el año 2015 en el dictamen emitido sobre el proyecto de real decreto por el que se regula el mercado organizado de gas (dictamen 968/2015, de 8 de octubre). En esta norma ya se preveía que los agentes en el mercado podrían «*negociar productos con entrega en el sistema español, en el portugués o en ambos*». Sin embargo, el Consejo advertía que la entrada en vigor de estas previsiones quedaba condicionada a la aprobación de un tratado internacional cuya firma había sido anunciada en la XXVIII Cumbre Hispano-Lusa, celebrada el 22 de junio de 2015 y que esa circunstancia debía reflejarse expresamente en el texto de la norma, lo que al fin sucedió. Lo que no ha tenido lugar aún es la firma del tratado internacional ni, por tanto, la definitiva instauración del MIBGAS.

### C. Los territorios no peninsulares

Además de su consideración peninsular, existe otra condición geográfica en nuestro país con una especial incidencia en el ámbito energético, que es la existencia de territorios no peninsulares que, por sus singulares características, merecen un tratamiento especial.

La Constitución, en su artículo 138.1, llama al Estado a garantizar la realización efectiva del principio de solidaridad afirmado en el artículo se-

gundo del propio texto constitucional, velando por el equilibrio económico, adecuado y justo, entre las diversas partes del territorio español. Y añade que, para ello, ha de atender «*en particular, a las circunstancias del hecho insular*».

Este mandato constitucional preside los regímenes específicos que en materia de suministro eléctrico y de gas existen para los territorios no peninsulares, es decir, para los archipiélagos balear y canario y para Ceuta y Melilla. En este sentido, tanto la Ley del Sector Eléctrico (artículo 10) como la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (artículo 60.5) se remiten a la aprobación de una regulación reglamentaria singular en atención a las especificidades derivadas de la especial situación de estos territorios.

En desarrollo de la correspondiente habilitación legal se aprobó el Real Decreto 738/2015, de 31 de julio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y el procedimiento de despacho en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares. En el dictamen 381/2015, de 7 de mayo, emitido en relación con el proyecto de esta norma reglamentaria, el Consejo de Estado abordó el análisis de varias cuestiones de interés, entre las que cabe destacar una de orden procedimental. Se planteaba en el expediente la procedencia de notificar o no la nueva norma a la Comisión Europea antes de su efectiva aplicación, al efecto de comprobar su compatibilidad con el régimen de ayudas de Estado contemplado en los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y ello por cuanto la norma proyectada establecía una serie de medidas retributivas compensatorias de los extracostes derivados de la generación de energía en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares.

El análisis de esta cuestión exigió un estudio preliminar detallado de la noción de «ayudas de Estado» a la luz de la jurisprudencia europea. Tras este estudio, el Consejo de Estado concluyó que las medidas contempladas por el proyecto para compensar el extracoste de la generación eléctrica en los territorios no peninsulares cumplían o podían cumplir las condiciones que el artículo 107.1 TFUE establece para apreciar la existencia de ayudas de Estado<sup>4</sup>. Por ello recomendó la remisión del texto de la norma a la Comisión Europea y consideró necesario condicionar la efectividad de las medidas establecidas en el real decreto proyectado a la ausencia de objeciones por parte de la Comisión en cuanto a su compatibilidad con las normas sobre ayudas de Estado. Tales recomendaciones del Consejo de Estado fueron plenamente aceptadas por la autoridad consultante.

#### D. Energías renovables y sostenibilidad financiera

Las características propias de la geografía española implican, sin duda, considerables retos energéticos, pero también algunas oportunidades. Así, la extensión de sus costas coloca a España en una situación privilegiada para el desarrollo de un mercado de gas natural licuado de referencia en Europa o para la implantación de la energía eólica marina.

Asimismo, sus condiciones climatológicas –unidas a otras consideraciones de política energética y medioambiental– favorecieron desde mediados de la década de los 2000 una amplia implantación de la generación renovable tanto eólica como fotovoltaica. Esas condiciones climatológicas hacen también de nuestro país un territorio particularmente interesante para el arraigo del autoconsumo eléctrico que el nuevo paquete de normas europeas trata de impulsar.

En este punto cabe reseñar que el Consejo de Estado, en la emisión de sus dictámenes, se ha preocupado siempre de ponderar cuidadosamente las ventajas de la generación renovable y el necesario cumplimiento de los objetivos medioambientales, por una parte; y la tutela del principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico, por otra.

Precisamente el principio de sostenibilidad económica y financiera fue una de las piedras angulares de la reforma del sector eléctrico operada a partir del año 2013, en un contexto en el que el déficit para el sistema había llegado a superar los veintiséis mil millones de euros (tal y como recuerda la exposición de motivos de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico). En el marco de esta reforma se situó el cambio del régimen retributivo de las energías procedentes de fuentes renovables, cogeneración o residuos, cuya conformidad a Derecho fue avalada por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el anteproyecto de la actual Ley del Sector Eléctrico (dictamen 937/2013, de 12 de septiembre). Con cita de consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el dictamen se refería especialmente a la conformidad de la nueva norma con el principio constitucional de seguridad jurídica y con otros principios con él conectados, como el de confianza legítima o el de irretroactividad. En el mismo sentido se pronunciaría posteriormente el Tribunal Constitucional en su sentencia 270/2015, de 17 de diciembre<sup>5</sup>.

La preocupación del Consejo de Estado por la sostenibilidad económica y financiera del sistema, afirmada como principio general en el artículo 13 de la vigente Ley del Sector Eléctrico, se ha dejado traslucir asimismo en los dictámenes emitidos sobre los dos proyectos de normas reglamentarias que, en los años 2015 y 2019, respectivamente, han regulado el autoconsumo eléctrico

(dictámenes 820/2015, de 17 de septiembre y 234/2019, de 28 de marzo). En ambos dictámenes, el Consejo de Estado mostraba su parecer favorable en relación con una normativa impulsora del autoconsumo eléctrico, pero llamaba la atención sobre la necesidad salvaguardar en todo caso la sostenibilidad económica del sistema y de evaluar adecuadamente el impacto de la normativa de autoconsumo en este último sentido. En el dictamen 234/2019, de 28 de marzo, el Consejo de Estado manifestaba sus dudas acerca del impacto económico de las medidas que se adoptaban y su correcta valoración por la memoria del análisis de impacto normativo. Por otro lado, ambos dictámenes señalaban la necesidad de arbitrar mecanismos específicos para el adecuado seguimiento de la implantación del autoconsumo en España y evaluar su impacto en el conjunto del sistema, recomendación ésta que obtuvo expresa acogida tanto en el Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo, como en vigente Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica.

## V. ENERGÍA Y DESCENTRALIZACIÓN. CUESTIONES COMPETENCIALES

Si las condiciones geográficas y físicas determinan las relaciones entre energía y territorio, esas relaciones se ven asimismo condicionadas como consecuencia de la distribución territorial de poder. La ordenación de las cuestiones energéticas se incardina en España en el marco de un Estado territorialmente descentralizado, en el que las competencias en materia de energía se distribuyen entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

### A. Los títulos competenciales del Estado en materia de energía

El territorio es un elemento fundamental en la delimitación de las competencias estatales y autonómicas en materia de energía. Y lo es en un doble sentido. Primeramente, el territorio opera como ámbito espacial en el que cada Administración ejerce sus competencias, en general, y por tanto aquéllas que le corresponden sobre los sectores energéticos. Pero, además, el territorio funciona también y de modo específico como título de atribución de competencias en materia de energía.

En este último sentido, nuestra Constitución acude al territorio como título de atribución competencial en su artículo 149.1.22.<sup>a</sup>. En él se establece que es competencia exclusiva del Estado *«la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial»*. Un criterio territorial semejante se establece poco después en el artículo 149.1.24.<sup>a</sup>. Aunque no se refiere de modo específico a la energía, este precepto tiene una incidencia directa en la ejecución de las infraestructuras energéticas, pues en él se reconoce la competencia exclusiva del Estado sobre las *«obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma»*.

La aplicación del criterio de la «supraterritorialidad» autonómica suscitó alguna controversia en el pasado en relación con el citado artículo 149.1.22<sup>a</sup> de la Constitución, en particular acerca de cuándo debía entenderse que el aprovechamiento de una instalación eléctrica «afecta» a más de una Comunidad Autónoma. Para determinar si existe o no esa afectación, el Tribunal Constitucional ha venido teniendo en cuenta varios criterios, entre los que se encuentran las características técnicas de la instalación (como la potencia o el nivel de tensión de las líneas), su interconexión con la red nacional o la habitualidad del consumo energético más allá del territorio autonómico<sup>6</sup>.

Otra cuestión que no ha estado exenta de conflictividad a la luz del artículo 149.1.22.<sup>a</sup> de la Constitución es la referida a la competencia para autorizar las instalaciones de generación ubicadas en el mar. La primera referencia explícita a esta materia se llevó a cabo en una norma reglamentaria: el Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial. Ante la aprobación de esta norma, dos comunidades autónomas plantearon sendos conflictos de competencias, por entender que el mar territorial que bañaba sus costas era, en realidad, territorio autonómico, y que el Estado no era competente para autorizar las instalaciones ubicadas en él. Sin embargo, el Tribunal Constitucional contestó, de acuerdo con la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo, que el mar territorial no es territorio de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que el ordenamiento pueda reconocer a éstas, de modo excepcional, ciertas competencias extraterritoriales sobre el mar por preverlo así los Estatutos de Autonomía o como consecuencia de la naturaleza de la competencia (pesca, acuicultura y marisqueo; transporte y salvamento marítimo; espacios naturales protegidos)<sup>7</sup>. La cuestión queda, pues, zanjada, y hoy la vigente Ley 24/2013,

de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, contempla expresamente la competencia estatal para autorizar las instalaciones de producción de energía ubicadas en el mar territorial [(artículo 3.13 c)].

La ley se refiere tan sólo al «mar territorial», con lo que cabe plantear qué Administración es la competente para autorizar las instalaciones de generación eléctrica en las denominadas «aguas interiores», que se sitúan entre la costa y las líneas de base recta trazadas para delimitar el mar territorial. Una vez más se pone aquí de manifiesto la incertidumbre y la complejidad que con frecuencia rodean al régimen jurídico-administrativo de las aguas interiores, al que ya han aludido algunas de las ponencias previas a la mía.

En el dictamen 39/2014, de 6 de febrero, emitido en relación con ya citado Real Decreto 1028/2007, el Consejo de Estado subrayó que la norma regulaba un procedimiento de autorización estatal referido únicamente al mar territorial, y llamaba a aclarar cuál sería el régimen en relación con las aguas interiores (que consideraba procedente incluir en el ámbito de aplicación del real decreto). Esta observación del Consejo de Estado no fue acogida, y lo incierto de la cuestión acabó llegando al Tribunal Supremo, que dictó una sentencia poco esclarecedora de la que parece inferirse que la competencia para autorizar ese tipo de instalaciones en las aguas interiores sería del Estado, sin perjuicio de los mecanismos de participación de las Comunidades Autónomas previstos en la normativa correspondiente (sentencia 3795/2016, de 26 de julio, dictada en el recurso núm. 1623/2015).

Junto a los preceptos que atribuyen competencias al Estado de acuerdo con un criterio territorial, el artículo 149.1 de la Constitución contempla otros dos títulos que sirven de fundamento a la intervención estatal en los sectores energéticos: el artículo 149.1.25.<sup>a</sup>, que establece la competencia del Estado para dictar las *«bases del régimen minero y energético»*; y el artículo 149.1.13.<sup>a</sup>, que atribuye al Estado una competencia general sobre las *«bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica»*. Ambos títulos –específico, el primero de ellos, y general, el segundo– confieren al Estado competencias básicas en materia energética. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las facultades que al Estado reconocen los títulos competenciales de los artículos 149.1.13.<sup>a</sup> y 25.<sup>a</sup> alcanzan una considerable amplitud. Y ello por cuanto sirven al objetivo fundamental de permitir la configuración de un sistema energético único para todo el territorio.

En cuanto al alcance que debe tener «lo básico», cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha admitido que las bases pueden establecerse no sólo en normas con rango de ley, sino también –con carácter excepcional– en normas reglamentarias e incluso en ciertos actos de ejecución. Esto último es

lo que sucede en el ámbito de los sectores energéticos, si bien cabe observar que en dicho sector la excepcionalidad a la que alude el Tribunal Constitucional se convierte en realidad en una práctica habitual existiendo numerosas normas reglamentarias e incluso actos de ejecución estatales que se declaran básicos.

## **B. Las competencias en materia de energía y los dictámenes sobre expedientes normativos**

En la doctrina del Consejo de Estado, el tratamiento de las cuestiones relativas al sistema constitucional de distribución de competencias en materia de energía se ha abordado, como no podía ser de otro modo, en los dictámenes emitidos sobre los anteproyectos legales y proyectos de normas reglamentarias que regulan los sectores energéticos. En este punto, el ya citado dictamen 937/2013, de 12 de septiembre, emitido sobre el anteproyecto de la actual Ley del Sector Eléctrico, ofrece un análisis pormenorizado del alcance de los títulos competenciales invocados como fundamento de la norma legal de cabecera del correspondiente grupo normativo. A la luz de la jurisprudencia constitucional, el dictamen mencionaba algunas de las materias comprendidas en el ámbito competencial del Estado, como consecuencia de la necesidad de mantener un carácter unitario de la ordenación del sector eléctrico: la regulación de los sujetos del sistema eléctrico, las grandes directrices de las actividades destinadas al suministro, la determinación de un régimen económico uniforme para todo el territorio español, la planificación eléctrica y la garantía de la calidad y uniformidad del suministro.

En los expedientes normativos que se le consultan, el Consejo de Estado vela por que en la tramitación de las normas estatales en materia de energía se garantice una adecuada participación de otras Administraciones cuyas competencias pueden verse afectadas por el contenido de la disposición proyectada. En este sentido, los dictámenes del alto cuerpo consultivo llaman a evacuar adecuadamente el trámite de audiencia en relación con las Administraciones concernidas. En materia de energía, este trámite se considera cumplido mediante el sometimiento del correspondiente proyecto a órganos consultivos de carácter sectorial, como son el Consejo Consultivo de Electricidad o el Consejo Consultivo de Hidrocarburos, en los que se encuentran representadas las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla (por todos, dictamen 574/2014, de 23 de julio). En ausencia de consulta a estos organismos, el Consejo de Estado ha considerado insuficiente a efectos

de garantizar la participación de las Administraciones autonómicas y locales la mera publicación del texto de la norma en el portal web del departamento ministerial correspondiente, en cumplimiento del trámite de información pública que actualmente exige el artículo 26.6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Por ello, el Consejo ha considerado necesaria en estos casos la evacuación de un trámite de audiencia específico para las Administraciones sobre cuyas competencias pudiera incidir la norma estatal (dictamen 162/2019, de 7 de marzo).

Por otro lado, y también en lo que respecta a la tramitación, el Consejo se ha referido específicamente en materia energética al informe al que hoy alude el artículo 26.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (conforme al cual «*será además necesario informe previo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando la norma pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*»). Salvo que concurren circunstancias excepcionales debidamente justificadas, el Consejo de Estado ha considerado preceptiva la solicitud de este informe siempre que los títulos invocados para la aprobación de la norma se refieran a competencias estatales básicas (dictamen 252/2014, de 20 de marzo), lo cual sucede precisamente en el caso de los títulos competenciales contemplados en los artículos 149.1.13.<sup>a</sup> y 149.1.25.<sup>a</sup> de la Constitución.

### **C. Las competencias en materia de energía y los dictámenes previos a la interposición de recursos de inconstitucionalidad**

El Consejo de Estado no sólo examina las cuestiones competenciales en materia de energía en el marco de los expedientes normativos que se le consultan, sino también –y muy especialmente– con ocasión de las consultas formuladas por el Gobierno con carácter previo a la interposición de los recursos de inconstitucionalidad de disposiciones y resoluciones adoptadas por las Comunidades Autónomas. La preceptiva intervención del alto órgano consultivo en estos casos se encuentra prevista en el artículo 22.6 de su Ley Orgánica<sup>8</sup>.

Entre las controversias competenciales que, en este contexto, se han suscitado con carácter recurrente ante el Consejo de Estado en los últimos años destacan especialmente las referidas a dos tipos de cuestiones: la regulación autonómica del llamado *fracking* (a) y la adopción de medidas contra la «pobreza energética» (b). Por otro lado, son también numerosos los casos en los que los recursos de inconstitucionalidad se han referido a la introducción de nuevas figuras tributarias autonómicas que gravan actividades energéticas (c).

a) La prohibición o limitación del fracking.

El *fracking* o fractura hidráulica es una técnica de extracción de hidrocarburos no convencionales que ha despertado un notable interés por su contribución al autoabastecimiento energético y al desarrollo económico de los países que explotan ese tipo de recursos. Sin embargo, de forma paralela, el empleo de esta técnica ha despertado el rechazo de muchos colectivos que denuncian los riesgos que para la salud y el medioambiente conlleva el empleo de la fractura hidráulica (contaminación de acuíferos, fugas de metano, sismos...).

En lo que respecta a España, el régimen jurídico básico del *fracking* se estableció en el año 2013, mediante una modificación de la Ley del Sector de Hidrocarburos. Consciente de la posible afección al medioambiente derivada del empleo de esta técnica, el legislador estableció la obligación de someter los proyectos que incluyesen el empleo de esta técnica al procedimiento establecido en el entonces vigente Texto Refundido la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero.

Sin embargo, a partir de entonces la creciente preocupación por las consecuencias medioambientales del empleo de la fractura hidráulica llevó a varias Comunidades Autónomas a aprobar normas de rango legal que prohibían o limitaban el uso de esta técnica. El Gobierno pretendió impugnar estas leyes autonómicas porque consideraba que vulneraban las competencias estatales para establecer las bases del régimen energético (artículo 149.1.25.<sup>a</sup> de la Constitución) y para llevar a cabo la planificación de la actividad económica (artículo 149.1.13.<sup>a</sup>). Las Comunidades Autónomas, por su parte, esgrimían sustancialmente sus competencias en materia de ordenación del territorio, salud pública y, sobre todo, medio ambiente.

Un primer grupo de leyes autonómicas prohibió absolutamente el empleo de la fractura hidráulica (Cantabria, Navarra y La Rioja). Otras leyes (como las de Cataluña y el País Vasco) no establecían esa prohibición directamente, pero contenían una suerte de habilitación en blanco a la Administración autonómica para la regulación del *fracking*. Finalmente, la ley de Castilla La Mancha delimitaba determinadas zonas de su territorio en las que prohibía el uso del *fracking* por una serie de motivos vinculados a sus competencias medioambientales y de ordenación del territorio (así, entre otros, para evitar la contaminación de las aguas y los sismos o el impacto sobre áreas naturales protegidas).

En todos los casos en los que se le consultó, el Consejo de Estado apreció la existencia de fundamentos jurídicos para la interposición de los respectivos recursos de inconstitucionalidad, por entender que las leyes autonómicas vulne-

raban las competencias básicas del Estado en materia de régimen minero y energético<sup>9</sup>. El Tribunal Constitucional, al resolver los correspondientes recursos de inconstitucionalidad, llegó a idéntica conclusión, salvo en el caso de la Ley de Castilla La Mancha, cuya constitucionalidad avaló en su sentencia 65/2018, de 7 de junio.

Ante las controversias competenciales suscitadas en torno a la regulación de la fractura hidráulica el anteproyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética impulsado por el Gobierno establece expresamente la prohibición de emplear el *fracking* como técnica de extracción de hidrocarburos.

#### b) Pobreza energética.

Otro de los ámbitos en los cuales el Consejo de Estado ha tenido que analizar cuestiones de orden competencial en los últimos años es el de la adopción de medidas para paliar la pobreza energética.

En España, hasta hace muy poco, la protección del consumidor vulnerable se había articulado únicamente en la legislación estatal a través de un descuento en la tarifa eléctrica, conocida con el nombre de «bono social». La financiación del bono social se impone a determinadas empresas del sector eléctrico, concibiéndose como una obligación de servicio público.

Sin embargo, a partir del año 2015 muchas Comunidades Autónomas comenzaron a aprobar leyes en las que se introducían otras medidas para combatir la pobreza energética, entre las que se encontraba normalmente la prohibición de efectuar cortes en los suministros en caso de impago por parte de los consumidores vulnerables. Para aprobar estas leyes, las Comunidades Autónomas invocaron sus competencias en materia de vivienda, consumo, asistencia social y desarrollo de las bases del régimen energético.

En la mayor parte de estos casos, los diversos dictámenes del Consejo de Estado emitidos en relación con recursos de inconstitucionalidad de este tipo de leyes consideraron, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que las leyes autonómicas no podían establecer una regulación propia de las consecuencias del impago de suministros distinta de la que con carácter básico definen las normas estatales, pues ello supone una alteración del modelo estatal de protección de consumidores vulnerables que, por su carácter básico, debe regir por igual en todo el territorio del Estado<sup>10</sup>. En estos dictámenes –y en las sentencias que sobre los recursos de inconstitucionalidad dictó después el Tribunal Constitucional– se concluía que la definición de consumidor vulnerable y las medidas para su protección traen consigo implicaciones para el régimen económico del sistema eléctrico –que ha de ser uniforme en todo el territorio nacional– como para la seguridad del suministro, ámbitos materiales

que quedan comprendidos en las competencias básicas que al Estado le corresponden en virtud de las reglas 13.<sup>a</sup> y 25.<sup>a</sup> del artículo 149.1 de la Constitución (SSTC 8/2011 y 4/2013). Como explicaba con claridad el dictamen 443/2015, de 10 de septiembre, la uniformidad del régimen económico del sistema eléctrico *«se vería socavada si las Comunidades Autónomas pudieran delimitar, conforme a sus propios criterios y para cada uno de sus respectivos territorios, los colectivos de personas susceptibles de beneficiarse de ciertas medidas de protección en el ámbito energético que tienen una indudable repercusión económica en la financiación del sistema eléctrico español»*. Ello no obsta, sin embargo, para que una Comunidad Autónoma *«pueda adoptar cuantas medidas considere oportunas para la protección de estos consumidores, siempre y cuando no afecten al régimen económico del sistema eléctrico que, con carácter uniforme, debe fijar el Estado»*.

Planteados ya algunos de los recursos de inconstitucionalidad, en el año 2016 se llevó a cabo una modificación del artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico mediante Real Decreto-ley 7/2016, de 23 de diciembre, en el que se introdujo, junto al bono social, la prohibición de desconexión de los clientes vulnerables severos, como una obligación de servicio público financiada a cargo de las empresas eléctricas. Las nuevas previsiones legales incluidas en el citado artículo 45 fueron objeto de desarrollo en el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica.

c) Fiscalidad ambiental.

Los sectores energéticos se ven con frecuencia afectados por el ejercicio de la potestad tributaria que el artículo 157 de la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas. Ciertamente, esta potestad no se configura constitucionalmente con carácter absoluto, sino que aparece sometida a límites intrínsecos y extrínsecos que no son incompatibles con el reconocimiento constitucional de las Haciendas autonómicas» (SSTC 14/1986, FJ 3, 63/1986, FJ 11, 179/1987, FJ 2, y 49/1995, FJ 4), algunos de los cuales son consecuencia de la articulación del ámbito competencial –material y financiero– correspondiente al Estado y a las comunidades autónomas (SSTC 13/1992, FFJJ 2, 6 y 7, y 135/1992, FJ 8). Por tal razón, y de acuerdo con el artículo 157.3 de la Constitución, el Estado es competente para regular *«no solo sus propios tributos sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas respecto del propio Estado»* (STC 192/2000, FJ 6). Dicha regulación se encuentra pri-

mariamente contenida en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA). Pues bien, en su artículo 6, la LOFCA impone un doble límite a la potestad tributaria autonómica al disponer que «*los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado*», ni «*sobre hechos imponibles gravados por los tributos locales*» (apartados dos y tres).

En este marco, el Consejo de Estado ha tenido muchas veces ocasión de examinar la conformidad con el bloque de constitucionalidad de leyes autonómicas que crean tributos propios, normalmente con declarada finalidad ambiental, y que inciden sobre los sectores energéticos. La cuestión se planteó —en lo que hace al sector eléctrico— en torno a la compatibilidad de nuevos impuestos autonómicos y otros propios de las Haciendas locales (por todos, dictamen 1062/2001, de 17 de mayo y los que en él se citan). En los últimos años, en varias consultas previas a la interposición de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad el Consejo de Estado ha apreciado la equivalencia entre las nuevas figuras tributarias que pretendían establecerse y otras ya contempladas en la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (dictamen 442/2015, de 9 de julio, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 12/2014, de 10 de octubre; dictamen 1016/2017, de 14 de diciembre, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2017, de 28 de marzo; o dictamen 629/2019, de 24 de julio, sobre la Ley de Castilla y León 6/2018, de 13 de noviembre).

## VI. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA EN MATERIA DE ENERGÍA

Las controversias entre el Estado y las Comunidades Autónomas hasta aquí descritas constituyen tan sólo algunos ejemplos del complejo entramado competencial presente en nuestro ordenamiento en materia de energía. Se trata de cuestiones que surgen como consecuencia de la distribución territorial del poder derivada de nuestra Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

Pero las cuestiones de índole competencial no se plantean hoy únicamente a raíz de la articulación territorial del Estado, sino también a partir de determinadas exigencias que el Derecho de la Unión Europea establece en la regulación de los sectores energéticos. En particular, han de tenerse en cuenta las competencias que sobre los sectores de la electricidad y del gas se atribuyen en las normas europeas a las autoridades reguladoras independientes. En el caso

español, esa autoridad reguladora independiente es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Por haberlo previsto así las directivas europeas que regulan los mercados del gas y de la electricidad, muchas competencias regulatorias que hasta comienzos del año 2019 habían venido siendo ejercidas por el Gobierno han pasado a corresponder a la CNMC, en virtud del Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero. La intervención del legislador de urgencia se justificó ante el riesgo de que la Comisión Europea presentase un recurso de incumplimiento contra el Reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De acuerdo con este real decreto-ley, que modificó la Ley del Sector Eléctrico y la Ley del Sector de Hidrocarburos, corresponde a la CNMC la competencia para determinar, mediante circular, aspectos de la regulación energética que revisiten una trascendencia económica innegable para los agentes de los mercados eléctrico y gasista y para los consumidores de los correspondientes servicios. Las circulares que –en virtud de las nuevas habilitaciones legales– corresponden a la CNMC, son reglamentos ejecutivos y, por ello, sus proyectos han de ser sometido a dictamen del Consejo de Estado. Algunos de ellos han sido ya objeto de consulta ante ese Consejo, que ha formulado en sus dictámenes una serie de observaciones en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria de la CNMC en sus funciones como regulador<sup>11</sup>. Las consideraciones de tales dictámenes resultan sin duda relevantes en tanto dibujan las líneas fundamentales de una verdadera teoría general de la potestad normativa de las Administraciones independientes:

– En primer lugar, y con carácter previo, ha de tenerse en cuenta que el Consejo de Estado recibió inicialmente una consulta relativa a varias circulares que fue formulada directamente por la CNMC al órgano consultivo. El Consejo de Estado devolvió el expediente al regulador, por entender que no era competente para formular directamente la consulta. Consideró por el contrario el Consejo que la CNMC debía consultar a través del Ministerio de Economía y Empresa, al que se encuentra adscrita, tal y como finalmente se hizo. A este respecto es necesario subrayar que el rechazo del Consejo de Estado a la consulta directa no constituye una veleidad administrativa. El legislador ha creado la CNMC y, sin perjuicio de la independencia y la autonomía para el ejercicio de sus funciones como autoridad reguladora, ha dispuesto su adscripción a un departamento ministerial. Ello comporta que este departamento no puede ser ajeno absolutamente al hecho de que la CNMC consulte al Consejo de Estado. Debe conocer el contenido de la consulta y su papel no debe reducirse al de un mero «buzón» a través del cual se canaliza la petición de dictamen, sino que le

corresponde, si así lo estima pertinente, emitir su parecer en relación con los proyectos normativos del regulador.

– En segundo lugar, el Consejo de Estado ha venido a destacar cómo la potestad de dictar circulares que a la CNMC corresponde no puede equipararse a la potestad reglamentaria del Gobierno. En este sentido sus dictámenes subrayan dos extremos:

- La potestad reglamentaria de la CNMC no es genérica, por cuanto no cuenta con una competencia general para dictar normas en los ámbitos a los cuales se extiende su supervisión –el mercado energético en este caso–, sino que responde a un principio de atribución: sólo tiene potestad para dictar circulares allí donde una norma se lo reconoce expresamente.

- El ejercicio de las potestades públicas –y de la normativa en particular– va acompañado de mecanismos de responsabilidad, coherentes con la propia naturaleza del órgano al que se atribuye dicha potestad. Sin embargo, en el caso de la CNMC resulta claro que no se trata de una entidad sujeta a mecanismos de responsabilidad política, pues, por relevantes que sean las previsiones del artículo 39 de la Ley de creación de la CNMC en relación con el control parlamentario, no se trata propiamente de un mecanismo de responsabilidad política análogo a los que comportan su ejercicio por el Gobierno o sus miembros.

– Precisamente por lo que acaba de señalarse, el Consejo de Estado destaca la particular relevancia de la justificación técnica de las soluciones adoptadas por la CNMC en sus circulares, de manera que cuando en una circular se recogen medidas susceptibles de afectar de forma significativa a los derechos o deberes de los sujetos que participan en el mercado, es preciso llevar a cabo una justificación técnica adecuada de tales medidas, analizando tanto sus efectos económicos generales y particulares (sobre los diferentes agentes), como las razones que motivan, desde una perspectiva técnica, las soluciones adoptadas. Esta explicación técnica de los impactos que derivan de las circulares y de las soluciones adoptadas encuentran su sede natural en la memoria –o documento que cumpla dicha función, cualquiera que sea la denominación que reciba– que se convierte así en el documento fundamental para justificar la racionalidad y, en último término, la legitimidad, de la decisión normativa adoptada.

– La independencia que se predica de las autoridades administrativas independientes y, por ende, de la CNMC, no supone ajenidad al ordenamiento jurídico –artículo 9.3 de la Constitución–, ni permite entender sus normas como un Derecho propio, al margen del resto del ordenamiento jurídico administrativo. Por tanto, el ejercicio de la potestad reglamentaria de la CNMC ha

de sujetarse a las normas europeas y a las habilitaciones legales que delimitan el ámbito de ese ejercicio.

Además, la CNMC ha de dictar sus circulares con pleno respeto a las correspondientes normas de procedimiento. En este punto destaca la necesaria celebración del trámite de audiencia, exigido por el artículo 30.1 de la Ley de creación de la CNMC en consonancia con el artículo 105 de la Constitución.

– Finalmente, el Consejo de Estado aclara en sus dictámenes que las circulares no pueden derogar reales decretos, órdenes o resoluciones ministeriales anteriores, puesto que la derogación opera en el seno de relaciones de jerarquía y no en las de competencia. Lo que sucede es que esas normas o actos anteriores devendrán inaplicables. Ello se traduce casi siempre en una notable inseguridad jurídica que es preciso paliar, a través de la derogación formal de las normas o actos por parte de las autoridades competentes, así como a través de algún instrumento como la publicación de una tabla de equivalencias.

## NOTAS

(1) Así lo hizo, por ejemplo, en un dictamen del año 1877, en el que se oponía parcialmente a la prórroga de un contrato firmado entre la empresa interesada, La Propagadora del Gas, y el Ayuntamiento de Gracia, en Barcelona. El dictamen, emitido en el procedimiento de un recurso de alzada, se construía sobre un fundamento distinto del que subyacería más tarde en la jurisprudencia del *Conseil d'État*. Mientras que en Francia se partió de una excepción al monopolio en aras del interés público, la solución de nuestro Consejo de Estado, de inspiración netamente liberal, se basaba en el rechazo al mantenimiento de una situación monopolística que se consideraba injustificada. Idéntico argumento se aprecia en otro dictamen de 1879, evacuado también en relación con un recurso de alzada, en el que el Consejo de Estado se mostró contrario a la prórroga de los privilegios de exclusiva previstos en el contrato suscrito entre la Compañía anónima La Catalana y el Ayuntamiento de Sevilla.

(2) Si, en un primer momento, las nociones de obligación de servicio público y de servicio universal se construyeron sobre todo en torno al sector de las telecomunicaciones, en la última década el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de examinar detenidamente la justificación y el alcance que puedan tener las obligaciones de servicio público impuestas por los Estados miembros en los sectores energéticos, a través de sentencias como las pronunciadas en los asuntos *Federutility* (2010) o *Anode* (2016).

(3) Esto suscita alguna disfunción en el ejercicio de la labor consultiva, que puede darse en cualquier ámbito material y que se incardina en la cuestión, muchísimo más amplia, de las relaciones entre el Derecho nacional y el ordenamiento europeo. Sin embargo, se trata de una disfunción que en los últimos años se ha puesto de manifiesto especialmente en relación con normas relativas a los sectores eléctrico y gasista (dictámenes 734/2017, de 14 de septiembre y 1058/2017, de 11 de enero de 2018). En más de una ocasión el legislador de urgencia ha venido a regular cuestiones energéticas en ejecución del Derecho europeo que luego son desarrolladas mediante una norma reglamentaria. Estas normas de reglamentarias son sometidas preceptivamente a dictamen del Consejo de Estado, que a veces aprecia, precisamente al examinar el reglamento ejecutivo, que el decreto-ley que desarrolla es o puede ser contrario al Derecho de la Unión Europea. El Consejo de Estado se halla así en la tesitura incómoda de respaldar un reglamento sobre cuya conformidad con el ordenamiento europeo tiene serias dudas, sobre la base de una suerte de presunción de conformidad de la ley con el Derecho de la Unión. Además, el Consejo de Estado no puede acudir a la cuestión prejudicial para que se confirme o se rechace la adecuación al Derecho europeo del decreto-ley en cuestión (puesto que no parece posible conferirle el carácter de órgano jurisdiccional a estos efectos, al menos a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

(4) El dictamen razonaba que se trata de medidas que ofrecen una ventaja económica a sus destinatarios; que tienen un carácter selectivo, tanto territorial como sectorialmente; y que estas medidas retributivas especiales se financian con cargo a fondos públicos, puesto que –de acuerdo con la disposición adicional quinta de la Ley del Sector Eléctrico– se sufragan en un 50% vía presupuestos generales del Estado y en otro 50% por el sistema eléctrico (cuya contribución puede considerarse asimilable a una aportación de fondos estatales a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2013, asunto *Vent de colère*, y de 22 de octubre de 2014, asunto *Elcogás*). Finalmente, en cuanto al requisito de afectación a los intercambios de los Estados miembros como consecuencia de la medida examinada, el Consejo de Estado entendió que su concurrencia resultaba difícil de determinar, pero que –a la vista de la amplitud con la que ese requisito ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia– resultaba prudente someter la norma a la Comisión Europea.

(5) Cuya doctrina se reitera en las Sentencias 19/2016, de 4 de febrero, 29/2016, de 18 de febrero, 30/2016, de 18 de febrero, 42/2016, de 3 de marzo, y 61/2016, de 17 de marzo. Aunque tales sentencias se referían al Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio –que «adelantó» en unos meses la reforma del régimen retributivo–, sus argumentos resultan extensibles al régimen que después confirmó la Ley 24/2013.

(6) Pueden verse en este sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional 12/1984, de 2 de febrero; 74/1992, de 14 de mayo, o 18/2011, de 3 de marzo.

(7) Así, el Tribunal Constitucional ha admitido el ejercicio de competencias autonómicas en espacios marítimos no solamente en materia de pesca (SSTC 158/1986, de 11 de diciembre; 56/1989, de 16 de marzo; 147/1991, de 4 de julio; 44/1992, de 2 de abril; 57/1992, de 9 de abril; 68/1992, de 30 de abril; 149/1992, de 19 de octubre; 184/1996, de 14 de noviembre; 147/1998, de 2 de julio, y 9/2001, de 18 de enero), marisqueo y acuicultura (SSTC 103/1989, de 8 de junio, 9/2001, y 38/2002), transporte marítimo (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 45) y salvamento marítimo (STC 40/1998, FJ 51), sino también en materias respecto a las cuales el enunciado del título competencial autonómico no contiene una expresa referencia a su proyección sobre los espacios marítimos, como en materia de medio ambiente (SSTC 102/1995, de 26 de junio; 118/1996, de 27 de junio; 28/1997, de 13 de febrero, y 195/1998, de 1 de octubre) o espacios naturales protegidos (SSTC 32/1994, de 31 de enero, 102/1995, 195/1998 y 38/2002).

(8) De acuerdo con este precepto, la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada cuando se lleve a cabo la *«impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso»*.

(9) Dictamen 1353/2013, de 23 de enero de 2014 (Ley cántabra); dictamen 114/2014, de 20 de marzo (ley riojana); dictamen 558/2014, de 17 de julio (ley navarra); dictamen 732/2014, de 23 de julio (ley catalana); dictamen 83/2016, de 17 de marzo (ley vasca); dictamen 904/2017, de 2 de noviembre (ley catalana 16/2017), y dictamen 1036/2017, de 14 de diciembre (ley castellano-manchega).

(10) En este sentido pueden citarse los dictámenes 733/2014, de 23 de julio (sobre el Decreto-ley 6/2013, de 23 de diciembre, por el que se modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña); 443/2015, de 10 de septiembre (sobre la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña), y 64/2016, de 31 de marzo (sobre el proyecto de decreto-ley extremeño de medidas extraordinarias contra la exclusión social).

(11) Hasta el momento, el Consejo de Estado ha emitido los siguientes dictámenes en relación con los proyectos de circulares elaborados por la CNMC con fundamento en la habilitación introducida por el Real Decreto-ley 1/2019: dictamen 823/2019, de 7 de noviembre, sobre el proyecto de circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la competencia, por la que se establecen las metodologías que regulan el funcionamiento del mercado mayorista de electricidad y de la gestión de la operación del sistema; 824/2019, de 21 de noviembre, sobre el proyecto de circular de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia por la que se establecen la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural; 825/2019, de 5 de diciembre, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las normas de balance de gas natural; 836/2019, de 14 de noviembre, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución del operador del sistema eléctrico; 837/2019, de 5 de diciembre, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución del operador del gestor técnico del sistema gasista; 879/2019, de 7 de noviembre, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y regasifica-

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

ción, transporte y distribución de gas natural; 42/2019, de 28 de noviembre, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica; 943/2019, de 28 de noviembre, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica; 944/2019, de 28 de noviembre, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado, que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica; 975/2019, de 5 de diciembre, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para determinar la retribución de las instalaciones de transporte de gas natural y de las plantas de gas natural licuado; y 1.080/2019, de 19 de diciembre, sobre el proyecto de Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte y distribución de electricidad.

# LA DEFENSA NACIONAL Y EL TERRITORIO<sup>1</sup>

VÍCTOR TORRE DE SILVA  
Profesor de IE Law School

«El fin de la guerra es defender y conservar la república».

Francisco DE VITORIA  
*Relectio de iure belli*, 4.<sup>a</sup>1<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN: EL TERRITORIO Y LA DEFENSA, UNA RELACIÓN SINGULAR

El territorio nacional se presenta en el Derecho Constitucional e Internacional como un elemento constitutivo del Estado. La propia existencia del Estado requiere de un territorio sobre el que ejerza poderes soberanos<sup>3</sup>, y por tanto excluyentes respecto de otros Estados<sup>4</sup>. Y ello con independencia de cómo se formule la relación entre el Estado y su territorio, que ha sido objeto de distintas aproximaciones<sup>5</sup>. El territorio, por tanto, supone un elemento necesario del Estado. En este sentido, configura al Estado. De este modo, la defensa del Estado, considerada desde siempre un fin legítimo de la guerra<sup>6</sup>, pasa por la defensa de su territorio.

Sin embargo, también en cierta forma el Estado configura al territorio, pues proyecta sobre él su poder por múltiples vías. En cierto sentido, el Estado transforma una extensión territorial en territorio a través del Derecho (con la

necesaria intervención de la comunidad internacional). Al hacerlo, al configurar una determinada porción de tierra, mar y aire como un territorio estatal, el Estado proyecta sobre él su soberanía a través de muy distintas políticas, que pueden llegar incluso a modificarlo físicamente. De las diversas políticas con las que el Estado actúa sobre su territorio y en su territorio, una de ellas es la defensa, que constituye el objeto del presente trabajo.

Las relaciones entre defensa y territorio son múltiples y complejas. Pueden ser abordadas desde una perspectiva jurídica, como la presente, o desde otras muchas. En el campo militar cabe preguntarse cómo se defiende el territorio, o más en particular cómo España defiende su territorio nacional, incluso cómo España se defiende a sí misma a partir del territorio. Puede también trabajarse la acción de las Fuerzas Armadas fuera del territorio nacional, con todas las peculiaridades operativas y de planeamiento que esto conlleva.

En las páginas que siguen se abordará la cuestión tan sólo desde una aproximación jurídica, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español. Y además se centrará en el territorio nacional. En consecuencia, no se tratará con carácter general el empleo de las Fuerzas Armadas fuera del territorio nacional, por ejemplo en misiones de paz, que suscita relevantes análisis jurídicos<sup>7</sup>. Pese a estas limitaciones, la materia es inmensa y la visión sólo puede ser panorámica. Se trazará, en cada ámbito, una exposición crítica del Derecho, que necesariamente ha de contener una descripción de las normas vigentes y de su interpretación por los tribunales, cuando existe. Se formularán críticas y sugerencias en múltiples momentos, pero para ello resulta imprescindible proporcionar una interpretación de la realidad jurídica actual. Por las características de la materia y para evitar tediosas repeticiones se ha optado por no hacer una separación rígida entre exposición y crítica, sino imbricar ambas a lo largo del texto.

En un primer análisis, salta a la vista que la relación entre territorio y defensa tiene poco que ver con el vínculo entre las restantes políticas del Estado y el territorio nacional. Aun cuando se considere el territorio como una realidad jurídica transformada por el Derecho del Estado, más allá de los kilómetros cuadrados, la mayoría de las políticas, como la justicia, los tributos, las infraestructuras, las telecomunicaciones, la sanidad, la energía o la educación, en realidad se dirigen a sus habitantes. En ocasiones implican una modificación de elementos físicos, como construir obras públicas. Las políticas medioambientales son peculiares, por cuanto tienden a preservar –y a fomentar– valores propios del territorio, como los paisajísticos, o de la vida animal o vegetal que en ellos se desarrolla. En este sentido, guardan una menor relación con los habitantes, pero tampoco se preocupan del territorio estatal como tal, sino de algunas características que se consideran valiosas.

La defensa, en cambio, tiene un alcance más esencial respecto del territorio. No presta ningún servicio en particular a la población allí asentada, ni tampoco preserva valores o elementos del territorio. Garantiza, nada menos, que el territorio del Estado siga siendo tal. En última instancia, garantiza la subsistencia del propio Estado a través de su territorio. Esto no significa que la defensa no tenga relación con los habitantes del territorio ni con los ciudadanos del Estado correspondiente (residentes o no en el país)<sup>8</sup>, ni que deje de proteger la soberanía, en definitiva el poder soberano. Territorio y soberanía son indisociables en la realidad, y al defender el primero se defiende el segundo. Sin embargo, desde el punto de vista analítico, cabe trazar la relación entre defensa y territorio y señalar su diferencia respecto de las demás políticas del Estado.

Como se acaba de expresar, aun asumiendo los límites metodológicos antes expresados la relación entre defensa y territorio tiene una gran riqueza. En primer lugar, se puede considerar el territorio globalmente o bien seleccionar de él ciertas áreas en las que la defensa incide de modo especial: son las zonas de interés para la defensa nacional, que ocuparán un capítulo específico. En segundo lugar, el territorio como conjunto constituye, como ya se ha avanzado, un ámbito cuya integridad está garantizada por la defensa nacional. Ahora bien, esta garantía se presta en un doble plano: interno e internacional, ambos con innegable interés. Se abordará primero el plano interno y luego el internacional, vertebrado en torno a la Organización del Tratado del Atlántico Norte y a la Unión Europea, aunque también se mencionará el Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y los Estados Unidos de América.

La división entre los dos planos tiene relevancia jurídica, pero en la realidad existe una conexión íntima entre ambos. Las Fuerzas Armadas españolas se diseñan y planifican teniendo muy en cuenta los compromisos internacionales de España<sup>9</sup>. Y las estructuras derivadas de estos compromisos, como la estructura civil y militar de la OTAN, considera factores territoriales y de contribución de las Fuerzas Armadas de los Estados miembros. Al mismo tiempo, ambos planos operan sobre la misma realidad geográfica. El plano interno de la defensa del territorio no se desarrolla sólo desde el territorio nacional, en sentido físico. A lo largo de la historia, gran parte de las amenazas a la integridad territorial se han situado en el extranjero. Y ahora, en este mundo globalizado e interconectado, tales amenazas pueden estar situadas a muchos cientos o miles kilómetros, o incluso en el espacio o en el ciberespacio<sup>10</sup>. Por otra parte, la estructura militar de la OTAN tiene presencia física en España<sup>11</sup> y los compromisos defensivos de esta organización podrían por supuesto implicar operaciones en el territorio nacional, en el que se desarrollan periódicamente ejercicios de distinto tipo.

Sin embargo, a los meros efectos del análisis jurídico, se ha considerado conveniente distinguir ambos planos. Sólo una visión de conjunto de los dos, que además no pierda de vista la existencia de partes del territorio en los que la defensa incide de modo más intenso, permite enfocar la cuestión planteada: ¿cómo se relaciona la defensa con el territorio?

## 2. LA INTEGRIDAD DEL TERRITORIO Y LA DEFENSA NACIONAL

En un mundo globalizado e interconectado puede parecer que la defensa de la integridad del territorio nacional es algo anticuado y falto de perspectiva. En primer lugar, la propia palabra «defensa» parece hoy sustituida por la «seguridad», sin duda más amplia. En segundo lugar, el territorio nacional da la impresión de ser un elemento más en el complejo haz de intereses nacionales protegidos a nivel global, y no el más atractivo precisamente, si se compara por ejemplo con la ciberseguridad<sup>12</sup>.

Desde el punto de vista conceptual, por supuesto la seguridad incluye la defensa, y muchos otros ámbitos, que desbordarían el propósito de estas páginas. Existen, desde luego, fuertes vínculos entre la defensa del territorio y la seguridad nacional<sup>13</sup>. No obstante, sólo se tocarán algunos aspectos de la seguridad que tienen más directa conexión con el territorio nacional. Así por ejemplo, la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, no hace una mención específica al territorio: aunque tal vez pueda ser utilizada también en casos de defensa del territorio nacional, sólo será tratada desde esta perspectiva. Extramuros de estas líneas queda, desde luego, la seguridad ciudadana, que se atribuye en el artículo 104.1 de la Constitución a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad<sup>14</sup>, u otro tipo de seguridades (por ejemplo la de las comunicaciones, la de los transportes, la energética, la medioambiental, la sanitaria o la alimentaria).

Ciertamente, el territorio nacional parece quedar pequeño, incluso a efectos de defensa, ante la realidad de un planeta hoy en día hipercomunicado e interdependiente. Otros intereses nacionales parecen más atractivos y más presentes en los últimos tiempos. Sin embargo, como se ha apuntado, la defensa del territorio no se realiza exclusivamente desde el territorio nacional y hacia el territorio nacional, sino que puede y aún debe tener proyección exterior. Además, la historia se encarga de subrayar la enorme importancia que el territorio tiene para las comunidades políticas. Los intereses de éstas, dinásticos, de alianzas, religiosos, comerciales, de suministros, de protección de minorías, y otros muchos que cabría añadir han sido siempre

relevantes. Sin embargo, la casi totalidad de las guerras han sido, en su origen o en su desarrollo, conflictos de tipo territorial. Hay una reiterada tendencia de las organizaciones políticas a entrar en conflicto por el territorio o a proyectar sobre el territorio sus conflictos.

Desde el punto de vista del Derecho, el territorio nacional y su defensa tiene una máxima significación, como a continuación se verá. Se articula principalmente en torno a las Fuerzas Armadas. Por ello será objeto de un primer apartado. Sin embargo, la defensa del territorio implica a otros muchos elementos del Estado y de la sociedad, también jurídicamente, que serán tratados en un segundo apartado de este capítulo.

## 2.1 Fuerzas Armadas y territorio nacional

Las Fuerzas Armadas y la integridad del territorio nacional se vinculan en el artículo 8 de la Constitución, situado en el título preliminar, que como es sabido sólo puede ser modificado por mayorías de especial cualificación<sup>15</sup>:

*Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.*

El precedente inmediato español de este precepto es el artículo 37 de la Ley Orgánica del Estado de 1967<sup>16</sup>, que también hacía referencia a «la integridad de sus territorios»<sup>17</sup> (los de la Nación). Figure en la Constitución, en otras normas o en ninguna de modo expreso, y sea cual sea la fórmula que se utilice, la misión de defensa del territorio es fundamental para todas las Fuerzas Armadas, en todo tipo de Estados.

Aunque Fernández Segado afirma que las constituciones europeas no suelen contener normas análogas a las del artículo 8<sup>18</sup>, a diferencia de las latinoamericanas<sup>19</sup>, lo cierto es que él mismo cita varias excepciones, a las que se pueden añadir otras. Desde luego, la mención al territorio al tratar de la defensa o las Fuerzas Armadas está presente en otros textos constitucionales europeos, por ejemplo en el artículo 273.2 de la Constitución portuguesa de 1976: «La defensa nacional tiene por objetivo garantizar, dentro del respeto al orden constitucional, las instituciones democráticas y las convenciones internacionales, la independencia nacional, la integridad del territorio y la libertad y la seguridad de las poblaciones contra cualquier agresión o amenaza externa». Igualmente, el artículo 26.3 de la Constitución polaca de 1997 dispone: «Las

Fuerzas Armadas de la República de Polonia salvaguardarán la independencia y la integridad territorial del Estado y asegurarán la seguridad y la inviolabilidad de sus fronteras». En otros casos está implícito, como en el artículo 86.a) de la Ley Fundamental de Alemania: «La Federación organizará Fuerzas Armadas para la defensa». Obviamente, tal defensa de la Federación incluye la defensa de su territorio<sup>20</sup>.

Las misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas, como indican Aguado<sup>21</sup> y también Fernández Segado<sup>22</sup>, tienen dos vertientes: «ad extra» y «ad intra», lo cual naturalmente afecta al territorio. En otros términos, la defensa de la integridad territorial se proyecta frente a amenazas o actuaciones exteriores (extranjeras), interiores (de tipo secesionista) o frente a combinaciones de ambas.

En las dos vertientes resulta fundamental la subordinación de las Fuerzas Armadas al Gobierno, un principio constitucional indiscutible. Se expresa en el artículo 97 de la Constitución, que comienza así: «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado». De modo que corresponde al Gobierno la defensa de la integridad territorial, valiéndose al efecto de las Fuerzas Armadas<sup>23</sup>.

En caso de que la defensa de la integridad territorial conlleve una declaración de guerra por parte de España, además del Gobierno se requiere autorización de las Cortes Generales y formulación de la declaración por parte del Rey (artículo 63.3 de la Constitución).

El ordenamiento jurídico infraconstitucional de algún modo detalla la relación entre el territorio y la defensa. Por de pronto, el artículo 2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, establece como una de las finalidades de la política de defensa «la garantía [de la] independencia e integridad territorial de España». En consecuencia, su artículo 15.1 reitera el mandato constitucional:

*Las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 8.1 de la Constitución, tienen atribuida la misión de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.*

Esta misión se proyecta sobre el territorio, entre otros aspectos, mediante la vigilancia de los espacios marítimos y aéreos, que se encomienda como una de las operaciones propias de las Fuerzas Armadas en el artículo 16.1 de la misma Ley Orgánica:

*(...) En particular, las operaciones pueden consistir en:*

a) *La vigilancia de los espacios marítimos, como contribución a la acción del Estado en la mar, la vigilancia del espacio aéreo y el control del es-*

*pacio aéreo de soberanía nacional y aquellas otras actividades destinadas a garantizar la soberanía e independencia de España, así como a proteger la vida de su población y sus intereses.*

La vigilancia permanente de los espacios marítimo y aéreo por supuesto incluye el de soberanía nacional, pero no se limita a él. Sería del todo ineficaz, y dudosamente conforme con la defensa del territorio nacional, excluir de la vigilancia de otros espacios, por ejemplo las aguas internacionales o el espacio aéreo sobre ellas.

La Ley Orgánica de la Defensa Nacional sitúa al Presidente del Gobierno al frente de la dirección estratégica de las operaciones de las Fuerzas Armadas. Se trata de una cuestión que la Constitución no toca, pero que ya estaba presente en la hoy derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar<sup>24</sup>. En efecto, de acuerdo con los dos primeros apartados del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional:

*1. Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos, la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza.*

*2. El Presidente del Gobierno ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo.*

Por consiguiente, la actuación de las Fuerzas Armadas en garantía de la integridad territorial debería ser acordada por el Presidente del Gobierno. En cuanto haya ocasión deberá reunir al Gobierno, a quien compete constitucionalmente «la defensa del Estado», como se ha visto. Además, el Presidente del Gobierno podrá contar al efecto con el asesoramiento del Consejo de Defensa Nacional, regulado en la misma Ley Orgánica (artículo 8).

Al tratar del territorio y la defensa, especial mención requieren los estados de alarma, excepción y sitio, previstos en el artículo 116 de la Constitución y regulados en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. Para situaciones en las que se puede ver comprometida la integridad territorial, y por tanto conectadas con la misión constitucional de las Fuerzas Armadas, reviste particular interés el estado de sitio<sup>25</sup>, aunque algo se dirá posteriormente del estado de alarma. El artículo 116.4 de la Constitución no prevé en qué su-

puestos se puede declarar, por ello tiene importancia el artículo 32.1 de la Ley Orgánica<sup>26</sup>, que dispone:

*Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado cuatro del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio.*

A la vista de estos presupuestos, Cruz Villalón dice que «cabe hablar de “crisis de Estado” a fin de reflejar el alcance y la profundidad de la emergencia que este instituto contempla»<sup>27</sup>.

Aunque la misión de defensa del territorio nacional del artículo 8 de la Constitución resulta incondicionada, y no requiere de ninguna decisión o habilitación ulterior<sup>28</sup>, el Gobierno tiene a su disposición la propuesta al Congreso de los Diputados del estado de sitio. Según el artículo 116.4 de la Constitución, el Gobierno es el único que puede realizar esta propuesta, que ha de ser aprobada por mayoría absoluta del Congreso. El requisito exigible consiste en que «se produzca o amenace producirse una insurrección o un acto de fuerza» contra los bienes jurídicos protegidos por el artículo 8 de la Constitución «que no pueda resolverse por otros medios».

En consecuencia, no hay una relación biunívoca entre guerra y estado de sitio. Como señala Lafuente, «ni la guerra conlleva la declaración del sitio ni viceversa, aunque puedan coincidir en una determinada situación o ámbito territorial»<sup>29</sup>. De hecho, la propia Constitución distingue entre ambas en su último artículo, el 169 («No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116») <sup>30</sup>. Sin embargo, lo cierto es que no existe un «estado de guerra» distinto del estado de sitio: el anteproyecto de Constitución se empleaba esta última palabra<sup>31</sup>, si bien en el informe de la ponencia se sustituyó por estado de sitio, y así quedó en el texto definitivo<sup>32</sup>. Por lo demás, la Constitución, además de referirse al tiempo o tiempos de guerra (artículos 15 y 169), sólo menciona la declaración de guerra, como se ha indicado (artículo 63.3). Tampoco otra legislación ha previsto formalmente un «estado de guerra»<sup>33</sup>, con lo que puede decirse que, desde el punto de vista normativo, ha sido sustituido por el estado de sitio.

La implicación de las Fuerzas Armadas en el estado de sitio, como es sabido, resulta fundamental. En efecto, el artículo 33 de la citada Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, establece:

1. *En virtud de la declaración del estado de sitio, el Gobierno, que dirige la política militar y de la defensa, de acuerdo con el artículo noventa y siete de la Constitución, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente ley.*

2. *A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera.*

En relación con este segundo párrafo, el artículo 36 prevé en su primer inciso que «las Autoridades civiles continuarán en el ejercicio de las facultades que no hayan sido conferidas a la Autoridad militar de acuerdo con la presente Ley»<sup>34</sup>. Por su parte, el artículo 34 dispone:

*La Autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio*<sup>35</sup>.

Dadas las funciones conferidas a las Fuerzas Armadas, Lafuente apunta que «el estado de sitio es un estado excepcional en el que la institución militar desempeña un papel protagonista»<sup>36</sup>, algo compartido por Mateu-Ros<sup>37</sup> y por Álvarez García<sup>38</sup>.

Desde el punto de vista del territorio, baste con señalar que la integridad territorial es garantizada especialmente por las Fuerzas Armadas en caso de estado de sitio, por las prerrogativas y actuaciones que se confían<sup>39</sup> o se pueden confiar en la declaración, o en el momento de ejecutarla, a la autoridad militar y, en general, a los Ejércitos. Tales prerrogativas y actuaciones no están limitadas a las que se prevén en la Ley Orgánica, lo cual confiere una flexibilidad muy conveniente en momentos críticos. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo que luego se citará, producida en relación con el estado de alarma, sólo el Tribunal Constitucional será el competente para conocer de los recursos frente a la declaración de estado de sitio.

Más allá de la misión constitucional de defensa de la integridad territorial, las Fuerzas Armadas históricamente se han organizado de modo territorial. En los últimos tiempos, esto se ha llevado a cabo a través de Capitanías Generales, Zonas Marítimas y Mandos Aéreos. Sin embargo, tal división territorial no se estableció expresamente en la hoy derogada Ley Orgánica 6/1980,

de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar. Esto permitió que se sustituyese la organización territorial por otra funcional a través de una norma reglamentaria: el Real Decreto 912/2002, de 6 de septiembre, por el que se desarrolla la estructura básica de los Ejércitos, hoy derogado. Este Real Decreto sólo mantenía mandos territoriales en las Islas Canarias (Mando de Canarias, Mando Naval de Canarias y Mando Aéreo de Canarias), en las Islas Baleares (Comandancia General de Baleares), en Ceuta (Comandancia General de Ceuta) y en Melilla (Comandancia General de Melilla). Fue derogado por el Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas. A su vez este fue derogado por el Real Decreto 521/2020, de 19 de mayo, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas, que fue objeto del dictamen del Consejo de Estado de 7 de mayo de 2020 (número 265/2020). En su desarrollo se ha dictado la Orden DEF/708/2020, de 27 de julio, por la que se desarrolla la organización básica del Ejército de Tierra. Esta Orden regula en su artículo 15 el Mando de Canarias del Ejército de Tierra, del que dependen las Comandancias Generales de Ceuta, Melilla y Baleares. Por su parte, para la Armada, la Orden DEF/707/2020, de 27 de julio, por la que se desarrolla la organización básica de la Armada, integra el Mando Naval de Canarias en la Fuerza de Acción Marítima (artículo 14). Y en el Ejército del Aire, la Orden DEF/709/2020, de 27 de julio, por la que se desarrolla la organización básica del Ejército del Aire, regula el Mando Aéreo de Canarias (artículo 12).

El que la organización de las Fuerzas Armadas sea funcional y no territorial se predica de los niveles más altos del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire. Pero ello no significa que existan niveles inferiores con competencias delimitadas territorialmente. A título de ejemplo, de la Dirección de Acuartelamiento del Ejército de Tierra, con sede en Madrid y competencia sobre todo el territorio nacional, dependen las Subinspecciones Generales Sur (2.<sup>a</sup>), con sede en Sevilla, Pirenaica (3.<sup>a</sup>), con sede en Barcelona, Noroeste, (4.<sup>a</sup>), con sede en Valladolid y Canarias (5.<sup>a</sup>), con sede en Santa Cruz de Tenerife, que se distribuyen el territorio nacional, salvo las Comunidades Autónomas de Madrid y Castilla-La Mancha, que dependen directamente de la Dirección de Acuartelamiento<sup>40</sup>. En la Armada continúan existiendo diversas Comandancias Navales, que dependen de la Fuerza de Acción Marítima<sup>41</sup>. Y en el Ejército del Aire múltiples Comandancias Militares Aéreas de Aeropuerto, dependientes del Mando General o del Mando Aéreo de Canarias<sup>42</sup>. Todo ello sin perjuicio de que el propio Ministerio de Defensa tenga un despliegue territorial a través de Delegaciones y Subdelegaciones de Defensa<sup>43</sup>.

Por último, existen ciertas zonas del territorio nacional con especial vinculación con la defensa. Se trata de las zonas de interés para la defensa nacional, que como se ha avanzado por su importancia requieren un capítulo específico.

## 2.2 Defensa del territorio: cooperación de elementos ajenos a las Fuerzas Armadas

Como se ha visto, la defensa del territorio nacional constituye una misión propia de las Fuerzas Armadas, según el artículo 8.1 de la Constitución. Sin embargo, a esta misión han de coadyuvar otras instancias del Estado, y la entera sociedad. La propia Constitución lo contempla, al establecer el deber de todos los españoles de defender a España (artículo 30.1).

A tenor del artículo 2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, antes citado, la finalidad de la política de defensa consiste en la protección de la independencia e integridad territorial de España. Esta política de defensa, como es notorio, tiene una amplitud mayor que la política militar, empleando la distinción que trazaba el artículo 4 de la derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar.

La política de defensa, en su vertiente de defensa de la integridad territorial de España, incluye a elementos externos a las Fuerzas Armadas. En primer lugar a la Guardia Civil. En segundo lugar, al Cuerpo Nacional de Policía. En tercer lugar, a los medios de Protección Civil. En cuarto lugar, a los funcionarios y autoridades públicas en general. Por último, al conjunto de la sociedad española.

### 2.2.1 LA GUARDIA CIVIL

La Guardia Civil, como Instituto Armado de naturaleza militar, tiene una implicación muy relevante en la defensa nacional. Por de pronto, constituye un deber específico de todos sus miembros, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil:

*Los Guardias Civiles tienen el derecho y deber de defender España de acuerdo con lo previsto en la legislación orgánica de defensa nacional.*

Consecuentemente, la primera de las «reglas esenciales que definen el comportamiento del Guardia Civil» comienza así: «Mantendrá una disposición permanente para defender a España...» (artículo 7.1 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil). Por ello, el juramento o promesa necesario para adquirir la condición de Guardia Civil contiene un compromiso de entregar la vida «en defensa de España», si preciso fuere (artículo 4 de la misma Ley).

Particular interés tienen las misiones militares del Cuerpo<sup>44</sup>. En efecto, la Guardia Civil, depende «del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden», según el artículo 9.b de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En tales casos esta misma Ley Orgánica prevé que tenga la «consideración de fuerza armada» (artículo 7.3), lo que le confiere una protección penal reforzada, en los términos del artículo 35 del Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre.

Las misiones militares de la Guardia Civil, a que alude el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, están desarrolladas en términos bastante generales, como corresponde a la cuestión, por el Real Decreto 1438/2010, de 5 de noviembre, sobre misiones de carácter militar que pueden encomendarse a la Guardia Civil. En ellas pueden tener cabida una serie de funciones, también muy amplias, en «el planeamiento, la preparación y ejecución de operaciones militares desarrolladas por las Fuerzas Armadas españolas o multinacionales» (artículo 3.º) u otras funciones, que incluyen el «enlace, apoyo y coordinación», cuando participe «de forma integrada» en otras «actividades desarrolladas por unidades, centros y organismos militares dependientes del Ministro de Defensa, así como por los órganos judiciales militares y fiscales jurídico militares» (artículo 3.b). En el cumplimiento de estas misiones los miembros, unidades o contingentes de la Guardia Civil dependen del Ministro de Defensa, pero cuando las misiones tengan carácter operativo la dependencia se hace «efectiva a través del Jefe de Estado Mayor de la Defensa y se regirá por las normas reguladoras de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas» (artículo 4.3), una fórmula por cierto sugerida por el Consejo de Estado en su dictamen sobre el proyecto de real decreto<sup>45</sup>. En consecuencia, la Guardia Civil puede, como parte de sus misiones militares, coadyuvar a la defensa del territorio nacional encomendada a las Fuerzas Armadas.

Desde el punto de vista organizativo, la existencia de misiones militares en la Guardia Civil justifica que en la Comisión Interministerial de Defensa, órgano de trabajo permanente del Consejo de Defensa Nacional, se incluya, además de un representante con nivel orgánico mínimo de Subdirector general

de cada uno de los Ministerios representados en el Pleno del Consejo de Defensa Nacional (entre otros el de Defensa y el de Interior), un oficial general representante del Estado Mayor de la Defensa, de cada uno de los Cuarteles Generales de los Ejércitos y de la Guardia Civil (artículo 10.1.e del Real Decreto 1310/2007, de 5 de octubre, por el que se regula el régimen de funcionamiento del Consejo de Defensa Nacional y la composición y funciones de la Comisión Interministerial de Defensa)<sup>46</sup>. No se prevé nada similar respecto de otros Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Para el caso de situaciones extraordinarias se establece el deber de todos los miembros de la Guardia Civil de presentarse en su destino o en la dependencia más próxima. Así se prevé en el artículo 20 de la citada Ley Orgánica reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil:

*En los casos de declaración de los estados de alarma, excepción o sitio, o cuando así se disponga en caso de alteración grave de la seguridad ciudadana, emergencia grave, situación de urgente riesgo o calamidad pública, los Guardias Civiles se presentarán en su dependencia de destino o en la más próxima y se pondrán a disposición inmediata de las autoridades correspondientes.*

En caso de estado de sitio, la implicación de la Guardia Civil es sin duda mayor. La Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece que «en tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa» (artículo 9.b). Esto se ratifica en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, que además indica que sus actuaciones «serán coordinadas por el Consejo de Defensa Nacional».

### 2.2.2 EL CUERPO NACIONAL DE POLICÍA

En un segundo nivel, el Cuerpo Nacional de Policía puede, llegado el caso, colaborar con las Fuerzas Armadas en misiones de defensa del territorio. En este sentido, el artículo 27 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional establece que, en tiempo de conflicto bélico y durante la vigencia del estado de sitio, «será coordinado por el Consejo de Defensa Nacional, dependiendo del Ministro del Interior con el alcance que determine el Presidente del Gobierno».

En caso de estado de sitio, además de esta coordinación global del Cuerpo por parte del Consejo de Defensa Nacional, efectivos singulares o unidades completas podrían hacerse depender de una autoridad especialmente designada al efecto, civil o militar, de acuerdo con los artículos 9.1, 32.3 y 33.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Esto también es aplicable a «los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales», expresamente mencionados en el artículo 9.1. Luego se tratará con algo más de detalle. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero en caso de una eventualidad de defensa del territorio nacional los cuerpos policiales podrían desempeñar misiones de vigilancia y custodia de instalaciones, de bienes o de personas, incluso de infraestructuras críticas<sup>47</sup>, de desactivación de explosivos o de control de la población civil.

### 2.2.3 PROTECCIÓN CIVIL

En un tercer nivel operan los medios adscritos a la Protección Civil. El artículo 28 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional dispone:

*En tiempo de conflicto bélico y durante la vigencia del estado de sitio, el Consejo de Defensa Nacional coordinará las actuaciones del sistema de cooperación en materia de Protección Civil. A estos efectos, la acción permanente de los poderes públicos tendrá en cuenta las directrices emanadas del Consejo.*

Esto es preciso referirlo a la declaración de emergencia nacional, prevista en el artículo 29 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, que corresponde al Ministro del Interior, con previa comunicación a las Comunidades Autónomas afectadas. Este precepto fue impugnado ante el Tribunal Constitucional por la Generalidad de Cataluña, junto con otros de la misma Ley. Se resolvió mediante sentencia 58/2017, de 11 de mayo, que desestimó el recurso, pero dispuso que el artículo 29 fuera interpretado en el sentido expuesto en el fundamento jurídico décimo. Allí se decía que tal comunicación previa se debe dar incluso si la declaración se adopta a instancia de los delegados del Gobierno.

Declarada la emergencia nacional, el Ministro del Interior asume su dirección, lo que comprende «la ordenación y coordinación de las actuaciones y la gestión de todos los recursos estatales, autonómicos y locales del ámbito territorial afectado», pudiendo incluso «requerir la colaboración de las diferentes Administraciones Públicas que cuenten con recursos movilizables, aunque la emergencia no afecte a su territorio» (artículo 30).

Ahora bien, todo ello es «sin perjuicio de lo dispuesto en la ley para los estados de alarma, excepción y sitio, y en la normativa específica sobre seguridad nacional» (artículo 30.1). En consecuencia, en caso de guerra o estado de sitio, tras la declaración de emergencia nacional sería el Consejo de Defensa

Nacional, al que pertenece el Ministro del Interior (artículo 8.5 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional), el que coordinaría todas las actuaciones de Protección Civil<sup>48</sup>, por disponerlo así el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional. De este modo, podrían coadyuvar a la defensa del territorio, por ejemplo protegiendo a la población frente a posibles acciones hostiles, mediante evacuaciones u otro tipo de medidas, o en la fase de recuperación, tras sufrir daños irrogados por quienes atacan la integridad territorial.

#### 2.2.4 AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN

En un cuarto nivel, los funcionarios y autoridades públicas en general pueden ser sometidos a la autoridad que se designe en caso de estado de alarma. Se prevé en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio, antes citada, que prevé:

*Por la declaración del estado de alarma todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.*

Esto también resulta aplicable en caso de estado de sitio, según el artículo 32.3 de la misma Ley Orgánica. El estado de sitio sería como se ha visto el que podría declararse ante un acto de fuerza (o amenaza de tal acto) contra la integridad territorial. En tal caso, podrían colaborar en tareas de defensa del territorio que pudieran desarrollar las Fuerzas Armadas.

El precepto transcrito no constituye únicamente una previsión teórica, sino que se aplicó en la realidad ante el cierre del espacio aéreo español por la huelga de los controladores de tránsito aéreo<sup>49</sup>. En primer lugar, el Gobierno aprobó el Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, por el que se encomendó transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidas a la entidad pública empresarial AENA. Se fundaba en el artículo 4.4.a) de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, que permitía atribuir al Ministerio de Defensa el control de la circulación aérea general cuando lo decidiera el Presidente del Gobierno por concurrir circunstancias extraordinarias que así lo aconsejasen<sup>50</sup>.

Al día siguiente se dictó el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo. Con arreglo a su artículo 3 todos los controladores de tránsito aéreo al servicio de AENA pasaron a tener la consideración militar, con invocación expresa del artículo 9.1 de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio, y se sometieron, como autoridad delegada del Gobierno, al Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire y a las autoridades militares que éste designase.

Algunos de los controladores aéreos afectados pidieron al Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire una notificación individual, que fue denegada, por lo que se alzaron en vía contencioso-administrativa, aunque su recurso fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia confirmada en casación por la del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2014 (recurso número 666/2012<sup>51</sup>). También impugnaron el citado Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, se encomendó transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control de tránsito aéreo atribuidas a la entidad pública empresarial AENA. Sin embargo, el Tribunal Supremo, mediante sentencia de 16 de abril de 2015, recurso número 554/2010<sup>52</sup>, desestimó el recurso contencioso-administrativo. Entendió que concurrían las circunstancias extraordinarias que habilitaban al Presidente del Gobierno para atribuir el control de la circulación aérea general al Ministerio de Defensa.

El Gobierno dio cuenta al Congreso de los Diputados del Real Decreto declarativo del estado de alarma, como exige el artículo 8 de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio. Según prevé el artículo 165 del Reglamento del Congreso de los Diputados, se convocó un Pleno para tratar de la comunicación de este Real Decreto, que se celebró el 9 de diciembre de 2010. El estado de alarma tenía una vigencia de quince días naturales (artículo 5), pero fue prorrogado por el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, hasta el 15 de enero de 2011, para lo cual se necesitó la autorización del Congreso de los Diputados (artículo 6.2 de la Ley Orgánica), que la otorgó en la sesión plenaria del 16 de diciembre de 2010.

El Real Decreto declarativo del estado de alarma así como su prórroga fueron impugnados en vía contencioso-administrativa, pero el Tribunal Supremo inadmitió el recurso respecto de ambos mediante auto de 30 de mayo de 2011, y sólo lo admitió respecto del Real Decreto 1611/2010, de 3 de diciembre, que encomendaba transitoriamente al Ministerio de Defensa las facultades de control del tránsito aéreo. Mediante sentencia de 22 de abril de 2015 (recurso número 153/2011<sup>53</sup>) desestimó el recurso. Entendió el Tribunal Supremo que el Real Decreto no tenía carácter normativo, ni debía por tanto someterse por

tanto al procedimiento de elaboración de las normas, y que estaba motivado y se había dictado por el Gobierno, órgano competente.

Los controladores aéreos demandantes recurrieron en amparo al Tribunal Constitucional contra la inadmisión parcial del recurso contencioso-administrativo por parte del Tribunal Supremo. Alegaban infracción de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución). Aunque se trataba de un recurso de amparo, fue el Pleno del Tribunal Constitucional quien lo resolvió, mediante sentencia 83/2016, de 28 de abril. Esta sentencia, unánime, razonó que la decisión de declarar el estado de alarma, «dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley» y, «en consecuencia, queda revestido de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma»<sup>54</sup>. En consecuencia, el auto del Tribunal Supremo no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, pues «en razón de su valor o rango de ley», estaba excluido del ámbito de fiscalización del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y sometido tan solo al control jurisdiccional del Tribunal Constitucional<sup>55</sup>.

Aunque aquel uso del estado de alarma no tuvo que ver con la defensa del territorio, sí perseguía la reapertura del espacio aéreo español al tráfico aéreo, que se había cerrado por las actuaciones de protesta de los controladores aéreos civiles. Resulta gráfico que el preámbulo del Real Decreto citase el artículo 19 de la Constitución, el derecho de los españoles de circular libremente por el territorio nacional. En la medida en que implicó la participación de las Fuerzas Armadas y la consideración militar de empleados públicos, no ofrece duda que se encuadra en la interacción entre defensa, territorio (en este caso, espacio aéreo) y personal al servicio de la Administración del Estado.

### 2.2.5 LA MOVILIZACIÓN DE PERSONAS Y RECURSOS

Por último, los recursos de la sociedad en general pueden ser movilizados para coadyuvar a la defensa del territorio nacional, en ciertos casos. Sería aplicable el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, que establece:

*La aportación de otros recursos provenientes de la sociedad, se materializará de la siguiente forma:*

a) *De acuerdo con el derecho y el deber que los españoles tienen de defender a España, según lo establecido en el artículo 30 de la Constitución,*

*la incorporación adicional de ciudadanos a la Defensa se apoyará en el principio de contribución gradual y proporcionada a la situación de amenaza que sea necesario afrontar, en la forma que establezca la ley, mediante la incorporación a las Fuerzas Armadas de los reservistas que se consideren necesarios.*

b) *La contribución de los recursos materiales a las diversas necesidades de la defensa se efectuará a través del órgano interministerial competente. Su composición y funciones se establecerán reglamentariamente.*

La movilización de reservistas voluntarios, de especial disponibilidad y obligatorios es algo regulado en el artículo 123 y concordantes de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. En cuanto a los reservistas obligatorios, serían personas sin relación previa con las Fuerzas Armadas que, sin manifestación de voluntad por su parte, son incorporadas a ellas, españoles entre dieciocho y veinticinco años (artículos 123.2.a y 136.1 de la Ley de la Carrera Militar). Se prevé la objeción de conciencia, que «no requerirá ningún otro trámite de reconocimiento» (artículo 138.1). La Constitución contempla la objeción de conciencia como causa «de exención al servicio militar obligatorio» (artículo 30.2), y por ello permite una «prestación social sustitutiva», pero no trata la objeción de conciencia en caso de movilización, que tiene perfiles diferentes. En cualquier caso, la Constitución prevé que la ley regulará esta objeción «con las debidas garantías» (artículo 30.2). En este sentido, podría establecerse alguna garantía adicional a la propia declaración de objeción de conciencia, sobre todo en supuestos de movilización por defensa del territorio. En tales situaciones los riesgos pueden ser grandes y, por tanto, las resistencias a la movilización por parte de los afectados enormes, sin excluir fraudes de todo tipo. La dicción legal de que la objeción no requiere «ningún otro trámite de reconocimiento» parece ser en este contexto ingenua y sería susceptible de minar la efectividad de la propia movilización. De hecho, la gran incidencia que tuvo la objeción de conciencia al servicio militar en la década de 1990, en las que regía el mismo sistema, refuerza esta consideración<sup>56</sup>.

Particular relevancia tiene la contribución de los recursos materiales a la defensa del territorio y, por tanto, a la defensa nacional, que sin embargo se encuentra hoy en día desdibujada. Por de pronto, la norma reglamentaria anunciada por la letra b del artículo 29 antes transcrito de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional no ha sido aprobada. Y además la Ley de la Carrera Militar derogó la Ley 50/1969, de 26 de abril, básica de Movilización Nacional, que se ocupaba de la materia, bien que en términos bastante generales, en sus artículos 12 a 15. Quedan sólo los preceptos en materia de expropiación forzosa: las expropiaciones por necesidades militares, previstas para inmuebles (artículo 100 de la Ley

de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954) y, sobre todo, las requisas militares (artículos 101 a 106 de la misma Ley). Pero las requisas se refieren al uso por parte de las Fuerzas Armadas de bienes y derechos, no tanto a su puesta al servicio de la defensa nacional, que es algo mucho más amplio.

Así las cosas, se promulgó la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, cuyo último título, el IV, se denomina «contribución de recursos a la Seguridad Nacional». Contiene tres artículos: del 27 al 29. La propia norma era consciente de su insuficiencia en este campo, pues su disposición final tercera ordenaba al Gobierno que en el plazo de un año desde su entrada en vigor remitiera al Congreso de los Diputados «un proyecto de ley reguladora de la preparación y disposición de la contribución de recursos a la Seguridad Nacional». Esta obligación no fue cumplida, tal vez porque al cabo de menos de un mes de su entrada en vigor<sup>57</sup> se disolvieron las Cortes Generales y se convocaron elecciones<sup>58</sup>. También se preveía, en el artículo 27.6, una norma reglamentaria, en estos términos: «El funcionamiento y organización de la contribución de recursos a la Seguridad Nacional se establecerá reglamentariamente de conformidad con lo previsto en esta ley». Tampoco ha visto a la luz esta disposición reglamentaria.

El artículo 28.1 prevé un «catálogo de recursos humanos y de medios materiales de los sectores estratégicos de la Nación que puedan ser puestos a disposición de las autoridades competentes en la situación de interés para la Seguridad Nacional», aprobado por el Consejo de Ministros, que integra los catálogos elaborados por las Comunidades Autónomas. Y el 29 establece en sus dos primeros apartados:

*1. El Gobierno aprobará mediante real decreto la Declaración de Recursos que se podrán emplear en la situación de interés para la Seguridad Nacional prevista en esta ley. Dicho real decreto incluirá la relación de medios humanos y materiales, tanto públicos como privados, que procedan.*

*2. La disposición de recursos se efectuará mediante la adscripción al Sistema de Seguridad Nacional del personal, instalaciones y medios, según los planes activados para la situación de interés para la Seguridad Nacional prevista en esta ley. La adscripción de dichos recursos se realizará tal y como se establezca reglamentariamente, en coordinación con las Comunidades Autónomas.*

Por tanto, cuando el Presidente del Gobierno mediante real decreto declare una «situación de interés para la seguridad nacional», según el artículo 24.1, se fijarán en él «los recursos humanos y materiales necesarios» para afrontarla, y otros recursos adicionales (artículo 24.1.e), que podrán ser «personal, instalaciones y medios» (artículo 29.2). Se adscribirán al Sistema de Seguridad Nacional regulado en los artículos 18 a 20. De nuevo, la norma reglamentaria

que se debía dictar en coordinación con las Comunidades Autónomas para concretarlo no ha sido aprobada.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 184/2016, de 3 de noviembre, analizó el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Generalidad de Cataluña contra la Ley de Seguridad Nacional y declaró que su artículo 24.2 («la declaración de situación de interés para la Seguridad Nacional supondrá la obligación de las autoridades competentes de aportar los medios humanos y materiales necesarios que se encuentren bajo su dependencia, para la efectiva aplicación de los mecanismos de actuación») no era inconstitucional, siempre que se interpretara de acuerdo con lo señalado en el fundamento jurídico séptimo. Según éste, debía entenderse que se refería «estrictamente a los recursos humanos y materiales, identificados de acuerdo con lo dispuesto en el título IV de la misma Ley, que sean necesarios para afrontar la situación de interés para la seguridad nacional con los poderes y medios ordinarios de las administraciones aportantes, en el ejercicio de sus respectivas competencias».

La cuestión es si todo este mecanismo de contribución de recursos materiales a la seguridad nacional, aunque falto de desarrollo normativo y de concreción, puede coadyuvar a ponerlos a disposición de la defensa del territorio. La contestación no es sencilla.

Por de pronto, toda la Ley de Seguridad Nacional pivota en torno a un concepto amplísimo de seguridad nacional, recogido en su artículo 3:

*A los efectos de esta ley se entenderá por Seguridad Nacional la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos.*

El Consejo de Estado, en el dictamen sobre el anteproyecto de esta ley, ya indicó lo siguiente: «Ha de advertirse que la norma en proyecto presenta en algunos puntos un carácter excesivamente abierto e indeterminado y tiende a emplear formulaciones poco precisas que no permiten deslindar adecuadamente los conceptos que en ella se definen ni las situaciones que regula»<sup>59</sup>. Tras la aprobación por las Cortes Generales, esta observación sólo puede corroborarse.

La amplitud del concepto de seguridad nacional ha sido criticada por algún autor como «desconcertante»<sup>60</sup>. Realmente, la «acción del Estado dirigida a proteger la libertad» y «los derechos (...) de los ciudadanos» se articula en torno a la seguridad ciudadana, pues según el artículo 104.1 de la Constitución «las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, ten-

drán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana». Asimismo, los Tribunales de Justicia también ejercen una acción del Estado constante para proteger la libertad y los derechos de los ciudadanos. Y la garantía de «la defensa de España y sus principios y valores constitucionales» es algo confiado constitucionalmente a las Fuerzas Armadas y desarrollado, como se ha visto, en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional. Lo mismo cabe decir respecto de la misión de «contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos», también de índole militar.

En esta línea el Tribunal Constitucional, en su ya citada sentencia 184/2016, de 3 de noviembre, entendió que respondía a las competencias estatales en materia de defensa y seguridad pública previstas en los números 4.º y 29.º del artículo 149.1 de la Constitución<sup>61</sup>.

Partiendo de este carácter genérico y coincidente con otras políticas del Estado de la seguridad nacional, la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, no se cuida de hacer una delimitación precisa con ellas.

Esta falta de delimitación resulta particularmente sorprendente en la confluencia con los estados regulados por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio. Así el artículo 2.2 de la Ley de Seguridad Nacional dispone que «los estados de alarma y excepción, se rigen por su normativa específica». Y la disposición adicional primera establece:

*Los instrumentos de gestión de crisis y de la contribución de recursos del Sistema de Seguridad Nacional servirán de apoyo en los estados de alarma y de excepción de conformidad con su propia regulación específica, a decisión del Gobierno, y sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de Defensa nacional.*

Por de pronto, llama la atención que se haya omitido el estado de sitio, que sí figuraba en el proyecto de ley (artículo 2.2). De hecho, este artículo sólo tuvo una enmienda, del Grupo Parlamentario Socialista<sup>62</sup>, que no pedía la exclusión del estado de sitio<sup>63</sup>. Sin embargo, desapareció del texto aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso con competencia legislativa plena, que luego pasó al Senado<sup>64</sup>.

Del artículo 2.2 y de la disposición adicional transcrita podría entenderse que cuando hay declaración de alarma o de excepción no operan los mecanismos de la Ley de Seguridad Nacional más que a título de apoyo. En este sentido, el artículo 22.3 de la Ley prevé:

*La situación de interés para la Seguridad Nacional se afrontará con los poderes y medios ordinarios de las distintas Administraciones Públicas y en*

*ningún caso podrá implicar la suspensión de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos.*

Un artículo de prensa del entonces Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, con ocasión de la aprobación de la Ley, citado por Casino, aboga por una interpretación de que ésta viene a llenar un vacío intermedio que antes existía entre los estados de alarma, excepción y sitio y los medios habituales de gestión de crisis<sup>65</sup>.

Esto podría explicar la desaparición del estado de sitio. Si se declara la alarma o la excepción, la Ley de Seguridad Nacional sólo opera a título de apoyo. En caso de sitio, ni siquiera de este modo.

Por tanto, los mecanismos de la Ley para adscribir recursos materiales a una situación de interés para la seguridad nacional no servirían si, ante la necesidad de garantizar la integridad del territorio nacional, se recurre al estado de sitio. En tal supuesto, las lagunas del ordenamiento jurídico como se ha visto son descomunales, en una cuestión fundamental para defender el territorio.

Sin embargo, puede ocurrir que se dé un supuesto en el que las Fuerzas Armadas tengan que defender la integridad del territorio nacional, bajo la dirección del Gobierno, y que éste, sin embargo, no declare el estado de sitio. En tal supuesto no habría objeción a que se declarase una situación de interés para la seguridad nacional, con la consiguiente contribución de recursos materiales. Lo más problemático sería entonces el solapamiento entre el Consejo de Seguridad Nacional, encargado de la «dirección y coordinación» de esa situación (artículo 25.2) y el Consejo de Defensa Nacional regulado por la Ley Orgánica de la Defensa Nacional. Este Consejo ni siquiera se menciona en la Ley de Seguridad Nacional, con lo que la descoordinación está servida. Sólo el hecho de que el Presidente del Gobierno presida ambos podría remediar algo esta compleja arquitectura, en la que existen dos órganos similares, con funciones bastante coincidentes y con una composición parecida<sup>66</sup>, pero que no están delimitados entre sí.

Para complicar esta superposición de estructuras, el artículo 25 de la Ley de Seguridad Nacional, en sus apartados 2 y 3, dispone:

*2. En la situación de interés para la Seguridad Nacional el Presidente del Gobierno convocará al Consejo de Seguridad Nacional para que ejerza las funciones de dirección y coordinación de la gestión de dicha Situación, todo ello sin perjuicio de la aplicación de la legislación en materia de Defensa Nacional y de las competencias que correspondan al Consejo de Ministros (...).*

3. *El Consejo de Seguridad Nacional asesorará al Presidente del Gobierno cuando la situación requiera la aplicación de medidas excepcionales previstas en los instrumentos de gestión de crisis de las organizaciones internacionales de las que España sea miembro, todo ello sin perjuicio de las facultades que corresponden al Consejo de Ministros y de lo previsto en la legislación en materia de Defensa Nacional.*

La cláusula «sin perjuicio» referida a la legislación de defensa nacional, deja en una indeterminación total cuándo se aplica ésta.

En suma, la movilización de recursos materiales para la defensa del territorio se limita a un párrafo del artículo 29 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional, muy genérico y no desarrollado reglamentariamente, y a los preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa sobre las expropiaciones por necesidades militares y sobre las requisas militares. Si no se declara el estado de sitio podría recurrirse a la Ley de Seguridad Nacional, que añade algo más, también bastante genérico, aunque existe el riesgo de que surgieran problemas de coordinación entre el Consejo de Seguridad Nacional y el de Defensa Nacional, que no están delimitados entre sí. Como se ve, parece necesaria una norma con rango de ley que aclare tan importante cuestión.

### 3. LA DEFENSA DEL TERRITORIO Y LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES

La defensa de la integridad territorial de España, misión fundamental de las Fuerzas Armadas según el artículo 8 de la Constitución, se desarrolla en el contexto de las alianzas militares y tratados internacionales ratificados por nuestro país. En efecto, quedan lejanos aquellos días en los que España, por voluntad propia en ciertas etapas o por decisión de otros Estados en otras, se encontraba aislada en el mundo frente a sus propias necesidades de defensa.

#### 3.1 La OTAN y el territorio nacional<sup>67</sup>

La Organización del Tratado del Atlántico Norte constituye una de las principales organizaciones defensivas del mundo, si no la principal. En sus setenta años de existencia ha garantizado la paz dentro de sus fronteras, lo cual constituye un éxito innegable.

Aunque el régimen de Franco no solicitó formalmente nunca la adhesión a la OTAN, sí mostró interés en el ingreso en las diversas negociaciones de convenios en materia de defensa con Estados Unidos, primero en las que dieron lugar a los convenios de 1953<sup>68</sup>, luego en los años 1962-1963<sup>69</sup> y por último en la década de 1970<sup>70</sup>.

Con la llegada de la democracia, la incorporación a la OTAN se vio como posible y deseable. Gracias al impulso del Presidente del Gobierno Calvo-Sotelo se dio el paso fundamental el 30 de mayo de 1982, con el depósito del instrumento de adhesión al Tratado del Atlántico Norte ante los Estados Unidos de América, según su artículo 10. Se convirtió así en el 16.º miembro de la Alianza Atlántica<sup>71</sup>.

La integridad territorial de los miembros de la OTAN frente a ataques armados está garantizada principalmente por el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte, cuyo primer párrafo establece:

*Las Partes convienen en que un ataque armado contra una o contra varias de ellas, acaecido en Europa o en América del Norte, se considerará como un ataque dirigido contra todas ellas y en consecuencia acuerdan que si tal ataque se produce, cada una de ellas, en ejercicio del derecho de legítima defensa individual o colectiva, reconocido por el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, asistirá a la Parte o Partes así atacadas, adoptando seguidamente, individualmente y de acuerdo con las otras Partes, las medidas que juzgue necesarias, incluso el empleo de la fuerza armada para restablecer y mantener la seguridad en la región del Atlántico Norte.*

Además, cuando un Estado parte considere que está amenazada su «integridad territorial» (o su «independencia política» o «seguridad»), el artículo 4 prevé que dará lugar a consultas entre los miembros de la Alianza.

La cláusula de defensa mutua tiene una importancia enorme, pues ha protegido con eficacia la integridad territorial de todos los miembros de la Alianza Atlántica desde aquel lejano 1949. La vertiente externa de la defensa de la integridad territorial española, atribuida a las Fuerzas Armadas en el artículo 8 de la Constitución, se fortalece de modo absoluto con ella.

Existe, no obstante, una cuestión que tiene que ver con la protección que la OTAN dispensa al territorio español y con su carácter homogéneo o heterogéneo, y más en particular con la expresión «en Europa o en América del Norte» del transcrito artículo 5. Esto, como es evidente, se plantea respecto de las Islas Canarias y de las ciudades de Ceuta y de Melilla. Ninguna mención explícita a ellas se hacía en el Protocolo de Adhesión de España de 10 de diciembre de 1981.

En cuanto a las Islas Canarias, el Protocolo de 1951, de adhesión de Grecia y de Turquía, modificó el artículo 6 del Tratado del Atlántico Norte, que pasó a tener esta redacción:

*A efectos del artículo 5 se considera ataque armado contra una o varias de las Partes un ataque armado:*

i) *Contra el territorio de cualquiera de las Partes en Europa o en América del Norte, contra los departamentos franceses de Argelia, contra el territorio de Turquía o contra las islas bajo jurisdicción de cualquiera de las Partes en la región del Atlántico Norte al Norte del Trópico de Cáncer.*

ii) *Contra las fuerzas, buques o aeronaves de cualquiera de las Partes que están en dichos territorios o sobre ellos, o en cualquiera otra región de Europa en la que estuviesen estacionadas fuerzas de ocupación de cualquiera de las Partes en la fecha en que el Tratado entró en vigor, o en el mar Mediterráneo o en la región del Atlántico Norte al Norte del Trópico de Cáncer.*

No ofrece duda que las Islas Canarias están bajo jurisdicción española y se sitúan en el Atlántico y al Norte del Trópico de Cáncer (párrafo i). Quedan incluidas, pues, en el área de máxima protección de la OTAN.

Ceuta y Melilla requieren de una explicación mayor, pues cabe pensar, como hacía ya a principios de los años 1980 Mangas Martín, que al quedar fuera del área territorial de Europa y América del Norte, con las adiciones que se acaban de mencionar, son una parte del territorio español excluido del ámbito de aplicación del Tratado<sup>72</sup>. Desde luego, de la literalidad del artículo 5, en una interpretación aislada, se deduce que no están incluidas en el precepto<sup>73</sup>.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que resulta inverosímil que un ataque externo a la integridad territorial española en Ceuta y Melilla, dada su ubicación, no involucre ningún tipo de ofensiva sobre el territorio peninsular. Y si lo hace, la cláusula de defensa mutua se activaría inmediatamente.

Pero incluso prescindiendo de esto, ninguna duda ofrece que sería aplicable el régimen de consultas del artículo 4 cuando, a juicio de una Parte, su «integridad territorial» se viera amenazada. Esta integridad territorial se define en cada ordenamiento interno, no en el Tratado, de modo que España podría invocar las consultas ante lo que considera una amenaza a su integridad territorial, con independencia de la localización de ésta.

Además, el artículo 6, como se ha visto, entiende que constituye un ataque armado a efectos del artículo 5 el que tenga lugar «contra las fuerzas, buques o aeronaves de cualquiera de las Partes (...) en el mar Mediterráneo o en la región del Atlántico Norte al Norte del Trópico de Cáncer». Incontestable-

mente las aguas de los puertos de Ceuta y de Melilla pertenecen a los mares adyacentes. Por ello, cualquier ataque armado que afecte a buques de la Armada en los referidos puertos, o a aeronaves al sobrevolar las aguas cercanas, cumpliría a la letra los requisitos para ser considerado un supuesto del artículo 5, de la cláusula de defensa mutua.

En síntesis, se puede decir que la integridad del territorio español está protegida por la OTAN, si bien a través de mecanismos distintos algunas de sus partes, lo cual constituye un refuerzo fundamental de la garantía que en Derecho interno se establece en el artículo 8 de la Constitución.

### **3.2 La Política Común de Seguridad y Defensa de la Unión Europea y el territorio nacional**

Desde el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa en 1954, las Comunidades Europeas eludieron cualquier participación en asuntos relativos a la defensa. Era algo ya cubierto por la OTAN, en el contexto de un mundo bipolar<sup>74</sup>. Como señala García González, «hay que esperar hasta finales de la década de los 90 del siglo xx para que la Unión Europea se empiece a plantear la asunción de algún tipo de responsabilidad en cuestiones militares y de defensa»<sup>75</sup>. Tras el fracaso colectivo europeo que supuso el comienzo de la guerra en la antigua Yugoslavia, el Tratado de la Unión Europea de 1992 creó la denominada «Política Exterior y de Seguridad Común» (PESC), un verdadero paso adelante. El Tratado de Ámsterdam de 1997 dio otro paso más, y modificó este tratado para crear la figura del Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común<sup>76</sup>. Siguiendo la cumbre franco británica de Saint Malo de diciembre de 1998, que permitió crear una identidad europea de defensa dentro de la OTAN y desarrollar una política de seguridad y defensa en la Unión Europea<sup>77</sup>, y tras el Consejo Europeo de Helsinki de 1999<sup>78</sup>, el Tratado de Niza de 2001 consagró la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD)<sup>79</sup>.

Jurídicamente el paso más importante se ha dado en el Tratado de Lisboa de 2007, que ha traído tres innovaciones fundamentales: la cláusula de asistencia mutua, la cláusula de solidaridad (nuevo artículo 222 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y la formalización en el Tratado de la Unión Europea de la Agencia Europea de Defensa (artículos 42.3 y 45)<sup>80</sup>. Además, la PESD pasó a denominarse Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD).

En relación con el territorio nacional, además de la cláusula de asistencia mutua, a la que en seguida se hará referencia, el Tratado de Lisboa introdujo el

nuevo artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, cuyo apartado 2 dispone que «La Unión respetará (...) las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

Esto implica que la Unión Europea no puede obstaculizar ni interferir si no es llamada en cualquier actuación de un Estado miembro para «garantizar su integridad territorial». Esto tiene relevancia, porque España siempre tendría la opción de resolver ella misma las amenazas a la integridad territorial, sin solicitar ayuda a otros Estados miembros. Aunque lo más recomendable, sobre todo si la amenaza es externa, es siempre considerar la nueva cláusula de asistencia mutua.

En este sentido, el nuevo artículo 42.7 del Tratado de la Unión Europea dispone:

*Si un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio, los demás Estados miembros le deberán ayuda y asistencia con todos los medios a su alcance, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. Ello se entiende sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros.*

*Los compromisos y la cooperación en este ámbito seguirán ajustándose a los compromisos adquiridos en el marco de la Organización del Tratado del Atlántico Norte, que seguirá siendo, para los Estados miembros que forman parte de la misma, el fundamento de su defensa colectiva y el organismo de ejecución de ésta.*

Este precepto incluye, por primera vez en el ámbito de la Unión Europea, una obligación de asistencia mutua ante una «agresión armada en su territorio». El antecedente inmediato es el Tratado de Bruselas de 1948, modificado en 1954, por el que se creó la Unión Europea Occidental, que contenía un precepto, el artículo 5, con obligación de defensa recíproca ante un ataque armado en Europa<sup>81</sup>. La UEO cesó en sus operaciones en 2011 y se disolvió como organización internacional, pues el Tratado tenía una vigencia de cincuenta años desde su entrada en vigor (artículo 12)<sup>82</sup>.

No es sencilla la interpretación de esta cláusula de asistencia mutua del Tratado de la Unión Europea. Suscita algunas cuestiones en tres ámbitos: 1) relación entre esta cláusula y el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte; 2) procedimiento de toma de decisión sobre la invocación de la cláusula; y 3) definición de «territorio» a efectos de la cláusula.

En cuanto a la relación de la cláusula con la de la Alianza Atlántica, el segundo párrafo del artículo 42.7 que se acaba de transcribir es bastante expresivo. Parece claro que los Estados ligados por el Tratado del Atlántico Norte, si se

produce un supuesto de defensa del artículo 5 de este Tratado, quedan vinculados por este último precepto<sup>83</sup>. La obligación de defensa mutua está en estos casos, por tanto, duplicada. Además, desde el punto de vista operativo, la OTAN tiene los mandos y las estructuras preparadas para este tipo de eventualidades, con lo que la intervención de la Alianza Atlántica, sumada a la de sus miembros, significará también un cumplimiento del Tratado de la Unión Europea.

Algunos autores destacan justamente la importancia de la cláusula de asistencia mutua<sup>84</sup>, aunque a otros esta duplicación de obligaciones les ha llevado a devaluarla. Así, Cebada Romero opina:

*Hay que destacar que esta cláusula no convierte a la UE en una alianza militar (...). [N]o se llega a proclamar que un ataque contra un Estado miembro será considerado como un ataque contra todos o contra la UE –cosa que sí se hace en el artículo 5 del Tratado de Washington–. De manera que este precepto (...) no añade probablemente nada nuevo, pues antes de que existiese ya era inconcebible que los EM hubieran permanecido impasibles ante el ataque armado sufrido por uno de ellos. Se sitúa en el marco de la Carta de Naciones Unidas, con referencia explícita al artículo 51. Y se formula una subordinación a la OTAN. Coincido con aquellos que opinan que se ha exagerado la importancia de este precepto, pues en realidad no formula nada nuevo<sup>85</sup>.*

Sin embargo, no se ha de olvidar que no todos los Estados miembros de la Unión Europea son parte de la OTAN<sup>86</sup>: estos Estados quedarían protegidos por la cláusula de asistencia mutua, y a su vez vinculados a prestarla. Además, como se ha indicado y a continuación se desarrollará, existen limitaciones territoriales para la aplicación del artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte.

En el caso de España, ante una agresión armada en su territorio nacional, además de la protección de la OTAN, a que se ha hecho referencia, quedarían obligados a prestar asistencia los países no pertenecientes a ella que, sin embargo, sí sean miembros de la Unión Europea.

Cierto es que el artículo 42.7 incluye un texto algo oscuro al final de su párrafo primero: «Ello se entiende sin perjuicio del carácter específico de la política de seguridad y defensa de determinados Estados miembros». Esto suele interpretarse como referido a la neutralidad observada por ciertos Estados de la Unión Europea<sup>87</sup> (señaladamente Finlandia y Austria), en ocasiones incluso consagrada en su texto constitucional<sup>88</sup>. Los países neutrales, por tanto, no vendrían obligados por la cláusula de asistencia a participar en ningún conflicto armado, pero estarían obligados a prestar de otro modo la «ayuda y asistencia» a que hace referencia el texto del artículo.

A pesar de ello, no ofrece duda que los países de la Unión Europea no miembros de la OTAN, ante una agresión armada en territorio español, no tenían ninguna obligación específica en Derecho Internacional Público hasta el Tratado de Lisboa. Y con él la han adquirido.

Una segunda cuestión no sencilla es el mecanismo para invocar la cláusula de asistencia mutua. En particular, si tras esta invocación es preciso algún tipo de decisión en el seno de la Política Común de Seguridad y Defensa. Ciertamente que el artículo 42, que contiene la cláusula en su apartado 7, pertenece a esta política común, en la cual la regla general es la actuación por unanimidad, a propuesta del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad o a iniciativa de un Estado miembro (artículo 42.4 del Tratado de la Unión Europea). Se ha de tener en cuenta, además, que Dinamarca se ha excluido de las medidas adoptadas por el Consejo en el ámbito de esta política (y, en particular, respecto del artículo 42), en el protocolo número 23 del Tratado de Lisboa.

Sin embargo, la redacción del artículo 42.7 deja pocas dudas de que, si se da el supuesto de hecho («un Estado miembro es objeto de una agresión armada en su territorio»), la consecuencia no es que la Unión Europea le deberá ayuda y asistencia, sino que esta obligación se predica de «los demás Estados miembros». Ninguna mención se hace en esa cláusula a una decisión del Consejo o actuación de la Unión Europea o de sus instituciones. Si esto es así, ni siquiera Dinamarca quedaría excluida, pues los términos del protocolo 23 se refieren a acuerdos del Consejo. De hecho, esta interpretación cuadra con lo previsto en el mismo apartado sobre los compromisos adquiridos en el seno de la OTAN, «para los Estados miembros» que forman parte de ella. Se trata en ambos casos de obligaciones de los Estados, no de las organizaciones internacionales o supranacionales.

Desde un punto de vista práctico, someter la cláusula de asistencia mutua a la regla de la unanimidad, que es la general en la PCSD, supone esterilizarla, pues son conocidas las dificultades para llegar a acuerdos unánimes entre tantos Estados con intereses tan diferentes entre sí.

Una última cuestión, de enorme relevancia para España, se refiere al territorio al que es de aplicación la cláusula de asistencia mutua. El Tratado de la Unión Europea se refiere a una «agresión armada en su territorio». Cuál sea el territorio de cada Estado miembro es algo que corresponde definir a él mismo, y no a la Unión Europea. En efecto, el artículo 55.1 del Tratado de la Unión Europea establece que los tratados se aplican a los distintos reinos y repúblicas miembros de la Unión, que se listan, incluido por supuesto el Reino

de España. La Unión Europea carece de cualquier competencia para determinar el territorio del Reino de España, o de cualquier otro Estado miembro<sup>89</sup>.

No ofrece duda, por tanto, que Ceuta y Melilla tienen la misma protección de la cláusula de asistencia mutua que el resto del territorio nacional. En consecuencia, incluso si por mor de los artículos 5 y 6 del Tratado del Atlántico Norte la invocación de España de la defensa mutua prevista en este tratado no llegase a ser aceptada por los restantes Estados, ninguna duda ofrece que los miembros de la Unión Europea estarían sujetos a la cláusula de asistencia mutua del artículo 42.7 del Tratado de la Unión Europea. Esto ha sido subrayado por distintos autores<sup>90</sup> y resulta innegable.

En consecuencia, la Política Común de Seguridad y Defensa de la Unión Europea añade una protección suplementaria al territorio nacional, que refuerza la articulada a través de la OTAN. Coadyuva a la defensa del territorio implicando a más Estados, y sujetando a todo el territorio nacional al mismo régimen jurídico. Supone sin duda un avance importante en la garantía de su integridad.

### **3.3 El Convenio de Cooperación para la Defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América**

El Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa de 1 de diciembre de 1988 tiene algunas repercusiones interesantes respecto del territorio español y la defensa, que no deben ser omitidas.

En relación con convenios anteriores, el de 1988 destaca que ambos países son miembros de la Alianza Atlántica. Así se expresa en el primer párrafo del preámbulo y en el artículo 1.1, que establece:

*Las Partes mantendrán y desarrollarán su cooperación, para la defensa, bilateralmente y en el marco del Tratado del Atlántico Norte, al servicio de los principios y objetivos expuestos en el preámbulo de este Convenio de Cooperación para la Defensa.*

Implícita en esta formulación está la cláusula de defensa mutua del artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte, antes mencionada.

Uno de los ejes vertebradores del convenio es el derecho de los Estados Unidos de mantener en España ciertas instalaciones de apoyo y de gozar de ciertas autorizaciones de uso en el territorio, mar territorial y espacio aéreo español (artículos 2.2 y 8). En consecuencia, se autoriza el uso para fines militares de los Estados Unidos de América del territorio español, o de una parte

de él, aunque siempre condicionada y limitada por el convenio, sus anejos y sus normas de desarrollo.

En cuanto a las instalaciones de apoyo (IDA), se autorizan exclusivamente en las bases de Rota y de Morón (anejo 2), con unos niveles máximos de fuerzas (artículo 10 y anejo 2). El convenio contiene diversas disposiciones para subrayar el carácter de bases españolas que tienen ambas. Así se prevé que ambas estén bajo mando español y que sólo la bandera y las insignias del mando español ondeen en esas bases (artículo 16.1). Este mando tiene acceso a todas las instalaciones de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en la base, que tienen una jefatura estadounidense con la que ha de coordinarse, y ha de recibir cierta información sobre los tipos y cantidades de armas existentes en la base (artículo 16, apartados 4 y 5). El mando español de la base es responsable de la seguridad de la base (artículo 17.1), sin perjuicio de la seguridad interior de las instalaciones de apoyo estadounidenses (artículos 16.2 y 17.2). También lo es del funcionamiento y mantenimiento de los servicios e instalaciones generales de la base y la gestión de los suministros (artículo 20.1). Además, se detalla que la instalación, almacenamiento o introducción en territorio español de armas nucleares o no convencionales o sus componentes queden supeditados al acuerdo del Gobierno español (artículo 11.2).

Por tanto, existe un uso peculiar, desde el punto de vista de la defensa, de ciertas partes del territorio nacional: su utilización por las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América, con las limitaciones convenidas con España.

Parece claro que la obligación constitucional de defensa de la integridad del territorio nacional se ve afectada por el convenio. Por de pronto, el Gobierno español asume la obligación de adoptar las medidas de seguridad que garanticen el ejercicio de las funciones autorizadas a los Estados Unidos (artículo 9.1). Además, el artículo 12 dispone:

*1. En caso de amenaza o ataque exterior contra cualquiera de las dos Partes que esté actuando conforme a los objetivos mencionados en el párrafo 2 del artículo 2 de este Convenio, el momento y modo de utilización de los apoyos a que se refieren los capítulos II y III de este Convenio serán objeto de consultas urgentes entre ambos Gobiernos y se determinarán por mutuo acuerdo, sin perjuicio del derecho inherente de cada Parte a la directa e inmediata legítima defensa.*

*2. El Gobierno español y el Gobierno de los Estados Unidos de América concluirán acuerdos sobre uso, en tiempo de crisis o guerra, de instalaciones, territorio, mar territorial y espacio aéreo españoles por los Estados Unidos de América en apoyo de los planes de contingencia de la OTAN.*

No ofrece duda que, en uso de su «directa e inmediata legítima defensa», los Estados Unidos protegerían a sus instalaciones de cualquier agresión procedente del exterior que, proyectada sobre el territorio español, las amenazase. Esto constituiría una ayuda para defender aquellas partes del territorio español en las que las dos bases están situadas. Sin embargo, no es menos cierto que la presencia permanente de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos allí añade también vulnerabilidad, procedente de los enemigos de este país, que afecta también a España al estar obligada a defender su territorio y, además, a dar seguridad a las instalaciones estadounidenses.

En cualquier caso, en los términos que se acaban de exponer, el territorio nacional y su defensa, como se ha avanzado, quedan afectados de modo relevante por el Convenio de Cooperación para la Defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América.

#### 4. ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL <sup>91</sup>

En este último capítulo del presente trabajo se pone el foco en determinadas partes del territorio nacional que, por su ubicación, tienen una relación especial con la defensa. Se trata de las zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, reguladas por la Ley 8/1975, de 12 de marzo, y por su Reglamento, aprobado por Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero.

La ya citada Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, permite que se limiten «los derechos sobre los bienes propiedad de nacionales y extranjeros» en zonas de interés para la defensa, zonas de seguridad u otras «en que las exigencias de la defensa o el interés del Estado lo aconsejen», de acuerdo con lo que se determine por ley» (artículo 30). Hoy en días la «ley» es la citada Ley 8/1975, de 12 de marzo.

Esta norma tenía un decidido carácter unificador y una voluntad de elaborar un «cuerpo normativo coherente», que se manifiesta en el preámbulo, en relación con el «cúmulo de disposiciones» hasta entonces existente<sup>92</sup>. Las zonas de interés para la defensa nacional en sentido amplio como es sabido se clasifican en tres, según el artículo 1:

- *De interés para la Defensa Nacional.*
- *De seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar.*
- *De acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros.*

Las tres categorías son compatibles entre sí, como dispone el propio precepto, de modo que pueden concurrir sobre el mismo ámbito territorial.

No es propósito de estas líneas hacer un estudio del régimen jurídico de las zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, que ha sido llevado a cabo por otros autores y que podría llenar un grueso volumen<sup>93</sup>. Simplemente se harán unos apuntes sobre aquellos aspectos más ligados al territorio nacional.

De entrada, por tanto, no se van a tratar las zonas de seguridad de las instalaciones militares o de las instalaciones civiles declaradas de interés militar, que se refieren a las zonas «alrededor» de éstas (artículo 3 de la Ley) y que concretan el artículo 589 del Código Civil<sup>94</sup>. Pese a la extensión del dominio público afecto a la defensa, que en el año 1991 alcanzaba 1.342.858.814 metros cuadrados, distribuidos en 2.778 elementos o instalaciones<sup>95</sup>, las zonas de seguridad no tienen una gran significación territorial<sup>96</sup>. Se ciñen a áreas circundantes a las instalaciones, sobre todo definidas para garantizar su seguridad y, en su caso, la de las propiedades próximas (artículo 3 de la Ley). Por eso tienen más relevancia las «zonas próximas de seguridad», encaminadas a este fin (artículos 7 a 9 de la Ley). En cambio, las «zonas lejanas de seguridad», que «tiene por finalidad asegurar el empleo óptimo de las armas o elementos que constituyen la instalación» (artículo 10 de la Ley) son de menor utilización<sup>97</sup>.

Las «zonas de interés para la defensa nacional», en sentido estricto, constituye la primera de las tres categorías antes enunciadas. Son «extensiones de terreno, mar o espacio aéreo que así se declaren en atención a que constituyan o puedan constituir una base permanente a un apoyo eficaz de las acciones ofensivas o defensivas necesarias para tal fin» (artículo 2 de la Ley). Se ha señalado acertadamente que esta definición legal es «muy amplia»<sup>98</sup>, y además el Reglamento no se ocupa de concretarla. De ahí que haya dado cabida a diversos usos del territorio, como se verá.

La Ley parte de la necesidad de un Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros, que determine la zona afectada y fije las «prohibiciones, limitaciones y condiciones» apropiadas para la utilización de la propiedad y del espacio marítimo y aéreo que se establezca (artículo 5 de la Ley). En caso de afectar a la propiedad privada se exige una «adecuada compensación» y se remite a la Ley de Expropiación Forzosa (artículo 28 de la Ley).

Como es obvio, la relación entre territorio y defensa alcanza su intensidad máxima en estas zonas de interés para la defensa nacional. En los primeros años de vigencia de la Ley y su Reglamento no se utilizó esta figura, y así fue

puesto de manifiesto por algunos autores<sup>99</sup>. Sin embargo, las cosas han cambiado en los últimos años.

Según los datos obtenidos del buscador del *Boletín Oficial del Estado*, en la década de 1980 sólo se aprobaron dos reales decretos declarativos de zona de interés para la defensa nacional, uno que se derogó al cabo de diez años en Anchuras (Ciudad Real)<sup>100</sup> y otro para un terreno propiedad del Estado a través del ICONA, según se decía en el propio texto<sup>101</sup>. En la década de 1990, ninguno. El siglo XXI comenzó con la declaración de zona de interés para la defensa nacional del campo de entrenamiento de las Bardenas Reales (Navarra)<sup>102</sup>, tal vez para defender la prevalencia de usos militares frente a posibles actuaciones públicas. En efecto, mediante Ley Foral 10/1999, de 6 de abril, se acababa de declarar parque natural a la Bardenas Reales<sup>103</sup>. Aunque excluía el polígono de tiro<sup>104</sup>, su propio preámbulo apuntaba a la supresión de este uso<sup>105</sup>. Además, el mes anterior a la aprobación del Real Decreto, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) había declarado «reserva de la biosfera» a las Bardenas<sup>106</sup>. El Parlamento de Navarra y la Comunidad de las Bardenas Reales de Navarra promovieron sendos recursos contencioso-administrativos contra el Real Decreto declarativo de zona de interés para la defensa nacional, pero fueron desestimados por el Tribunal Supremo<sup>107</sup>.

El uso de la declaración de zona de interés para la defensa nacional siguió siendo escaso: tres reales decretos en 2002, los tres para instalaciones futuras que se preveía construir pero que a día de hoy no se han llegado a llevar a cabo<sup>108</sup>. Así las cosas, en el año 2012 se dio un giro y se comenzaron a aprobar reales decretos de declaración de zona de interés para la defensa nacional de numerosas instalaciones existentes, a un gran ritmo. Tras el inicial en 2012<sup>109</sup>, fueron cinco en 2014<sup>110</sup>, trece en 2018<sup>111</sup> y catorce hasta la fecha en 2019<sup>112</sup>.

En general se ha acudido a la declaración de estas zonas para bases y acuartelamientos<sup>113</sup>, así como para campos de maniobras, tiro o entrenamiento<sup>114</sup>, en ocasiones para espacios que comprenden ambas<sup>115</sup>. En muchos casos se trata de propiedades del Estado afectas al Ministerio de Defensa, en las que el sentido de la declaración no es tanto la limitación a los particulares que pudieran tener derechos reales en ellas, que no existen, como la protección frente a actuaciones de las Administraciones públicas.

El texto de los reales decretos es análogo, con pequeñas adaptaciones para la instalación o el inmueble de que se trate. Tras un preámbulo el artículo 1 contiene la declaración formal de la zona de interés y remite al anexo para sus coordenadas, el artículo 2 trata las limitaciones y condicionantes, una disposición final primera prevé que se dicta al amparo de la competencia estatal sobre

defensa y Fuerzas Armadas (artículo 149.1.4.<sup>a</sup> de la Constitución) y una disposición final segunda sobre la entrada en vigor.

Los preceptos con verdadera importancia jurídica son los dos artículos: del primero la fórmula siguiente <sup>116</sup>:

*En las zonas declaradas se considerarán prioritarios los intereses de la Defensa Nacional.*

Y del segundo este texto, también común:

*Las limitaciones y condiciones que, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, se imponen en la zona declarada de interés para la Defensa, son las siguientes:*

a) *Interesar y obtener autorización del Ministerio de Defensa para la determinación de la compatibilidad con los fines de la Defensa Nacional de cualquier regulación, ordenación o actuación administrativa que puedan incidir en la utilización militar de las propiedades denominadas (...).*

b) *Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa la transmisión de la propiedad, así como la constitución, transmisión y modificación de cualquier derecho real sobre la misma, con independencia de la nacionalidad o naturaleza de los otorgantes.*

c) *Someter a la autorización previa del Ministerio de Defensa cualquier obra de edificación o construcción, promovida por entidades públicas o privadas, así como la cesión por cualquier título de los aprovechamientos agrícolas, pecuarios o cinegéticos de los territorios afectados.*

El carácter prioritario de los intereses de la defensa nacional tiene relevancia para la legislación sectorial que pudiera aplicarse a la zona, y sobre todo desde la perspectiva medioambiental. En particular, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, recoge la protección para la Red Natura 2000, aún no completa, pero que ya afecta a una gran parte del territorio nacional español: más del 27 por 100 del territorio terrestre <sup>117</sup>. Cualquier plan, programa o proyecto que incida negativamente en espacios de esa Red sólo puede llevarse a cabo por «razones imperiosas de interés público de primer orden» consignadas en una ley o en un acuerdo motivado y público del Consejo de Ministros (o del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma) (artículo 46.5). Sin duda el real decreto declaratorio de zona de interés para la defensa nacional tiene estas características, con lo que los progra-

mas o proyectos que allí se desarrollen prevalece sobre las medidas de conservación del medio ambiente.

Del artículo 2 antes transcrito, siendo en general propiedad del Estado los inmuebles sobre los que recae la declaración, las letras b) y c) tienen una importancia residual, tan sólo relevantes en caso de que exista cesión de derechos a particulares. El párrafo clave es sin duda el designado con la letra a), pues en el contexto de un Estado descentralizado puede ocurrir que municipios o Comunidades Autónomas, entre otras Administraciones públicas, aprueben planes o adopten actuaciones que perjudiquen el uso militar de la propiedad.

Como se ve, las declaraciones de zona de interés militar tienen un carácter «protector» de la actividad militar allí desarrollada, que de hecho no experimenta variación tras la aprobación del Real Decreto. Dado el número de reales decretos y su ritmo de aprobación cabe entender que ya no obedecen a amenazas concretas en uno u otro lugar, sino que existe una política sistemática de preservar todas las instalaciones militares mayores con esta figura.

Desde el punto de vista de la técnica normativa, el panorama resulta manifiestamente mejorable. En efecto, para proteger el uso militar de los inmuebles afectos a la Defensa no debiera resultar necesario aprobar decenas de reales decretos con igual contenido normativo, uno por cada instalación. Sería preferible que este contenido normativo se llevara a una norma legal, aplicable de modo automático y general a todas las extensiones de terreno, mar o espacio aéreo empleadas por las Fuerzas Armadas o el Ministerio de Defensa. Dada la competencia exclusiva del Estado sobre defensa y Fuerzas Armadas (149.1.4.<sup>a</sup> de la Constitución), esto no debería suscitar problemas de orden constitucional.

Esto es algo que ya se ha hecho parcialmente en ciertas materias, con carácter disperso, como en la medioambiental<sup>119</sup> o el planeamiento urbanístico, en un campo singular: el de los informes vinculantes frente a planes que afecten a inmuebles dedicados a la defensa. Pero la actuación lesiva para los usos militares puede ser distinta de los planes, y además el cumplimiento de estas normas –la exigencia de los informes vinculantes– puede no darse en la práctica.

Un ejemplo es el planeamiento urbanístico. La disposición adicional segunda de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, dispone:

*1. Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, cualquiera que sea su clase y denominación, que incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacio-*

*nal deberán ser sometidos, respecto de esta incidencia, a informe vinculante de la Administración General del Estado con carácter previo a su aprobación.*

*2. No obstante lo dispuesto en esta ley, los bienes afectados al Ministerio de Defensa o al uso de las Fuerzas Armadas y los puestos a disposición de los organismos públicos que dependan de aquél, están vinculados a los fines previstos en su legislación especial.*

Precisamente un defecto relevante de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, fue su desconexión con el planeamiento urbanístico, y así fue puesto de manifiesto por varios autores<sup>119</sup>. Sin embargo, las consecuencias de la infracción del precepto legal no son claras y, sobre todo, el planeamiento urbanístico es tan solo uno de las formas de acción de las Administraciones públicas sobre el territorio que pueden incidir sobre los inmuebles de la defensa. Habría que buscar fórmulas generales de protección, aplicables a todos los campos de la actuación pública. Sin embargo, mientras esto no se realice, la técnica actual de acudir a múltiples declaraciones de zonas de interés para la defensa nacional parece adecuada.

Por último, conviene hacer una mención somera a las zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros. Por de pronto, es preciso tener en cuenta que la noción de «extranjero» fue matizada por una reforma legal del año 1990<sup>120</sup>, de modo que excluye a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea (disposición adicional y artículo 19). Los nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea, por tanto, tienen una serie de limitaciones a la hora de adquirir inmuebles o derechos reales sobre ellos, por sí o por persona jurídica interpuesta (incluso sociedad española, si sobrepasa el porcentaje del 50 por 100 o tienen una «influencia decisiva» sobre su gestión, según el artículo 19), o en caso de realizar construcciones (artículo 37). Para la verificación de estos límites se impone una autorización militar (artículo 18), sin la que no cabe el otorgamiento de escritura notarial ni la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 20)<sup>121</sup>. Obtenida la autorización y otorgada la escritura, la inscripción registral se configura como obligatoria (artículo 21). Esto se aplica a incluso a las sucesiones «mortis causa» si no se han enajenado los bienes adquiridos en un año (artículo 25), y además se prohíbe la adquisición por usucapión por parte de extranjeros (artículo 27).

La parte del territorio nacional en la que la adquisición de bienes inmuebles está sujeta a autorización militar comprende todos los territorios insulares y del Norte de África<sup>122</sup>, así como ciertas extensiones en las zonas de Cartagena, estrecho de Gibraltar, bahía de Cádiz, Galicia y fronteras con Portugal y

Francia (artículo 32.1). En total afecta a 1.393 municipios<sup>123</sup>, un 17 por 100 del total nacional. En algunos lugares no se permite ninguna adquisición de derechos reales por extranjeros: en las islas e islotes de extensión inferior a Formentera (82,8 kilómetros cuadrados) o en el enclave de Llívia (artículo 32.1). En los restantes se admiten ciertos porcentajes de la propiedad inmobiliaria, que oscilan entre el 5 y el 15 por 100, salvo en núcleos urbanos no fronterizos existentes a la promulgación de la Ley o los posteriores cuyo planeamiento haya tenido informe favorable del Ministerio de Defensa (artículo 16)<sup>124</sup>.

Se trata de una peculiar relación de nuevo entre la defensa y ciertas partes del territorio, las extrapeninsulares, las fronterizas y algunas áreas costeras, que se consideran de particular sensibilidad a efectos de su defensa. Sin embargo, en los más de cuarenta años transcurridos desde que este régimen jurídico se reguló de nuevo, el panorama de la defensa del territorio ha cambiado de modo notable. Las posibilidades de un conflicto armado con Portugal o Francia, por ejemplo, que subyacen a la delimitación de las zonas fronterizas con ambos países, parecen fuera de lugar.

En realidad, con la sola excepción tal vez de los territorios españoles del Norte de África, en los que además se exige autorización también para los españoles, podría suprimirse la exigencia legal. Desde el punto de vista procedimental esto resulta sencillo, pues basta un Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros a propuesta del de Defensa y a iniciativa del Consejo de Defensa Nacional [artículo 17 de la Ley, actualizado<sup>125</sup>]. Lo deseable sería una modificación del texto del Reglamento que lo llevase a cabo.

Esta supresión tendrá sin duda beneficiosos efectos para la economía, al simplificar y agilizar las transacciones de inmuebles o las construcciones por parte de extranjeros no comunitarios. Además, dado que gran parte de las zonas afectadas son insulares, costeras o de montaña, afectará positivamente al turismo. Según datos del Centro de Información Estadística del Notariado<sup>126</sup> en el segundo semestre de 2018 se compraron 50.249 viviendas por extranjeros en España, de las cuales un 34,45 por 100 fueron adquiridas por nacionales ajenos a la Unión Europea (17.263)<sup>127</sup>. Las compras por extranjeros se centran en las zonas turísticas: en efecto, del total de compras (tanto de la Unión Europea como de fuera de ella), las Comunidades Autónomas con más peso fueron Baleares (38,5% del total de las operaciones con extranjeros), Comunidad Valenciana (35,4%), Canarias (33,9%) y Murcia (29,6%)<sup>128</sup>. El efecto económico en general y sobre el turismo en particular, por tanto, no parece desdeñable. Y a él hay que sumar el ahorro de recursos públicos por el personal y los recursos materiales que se emplean en la gestión de estas autorizaciones.

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas se ha tratado de dar una visión panorámica de las relaciones entre la defensa y el territorio nacional, dada la enorme amplitud del tema. Al hilo de la exposición del Derecho en la materia se han formulado una serie de aseveraciones que en este momento, a modo de conclusión, se sintetizan.

1. La relación entre defensa y territorio pivota en torno a la misión que la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas de defender su integridad territorial, algo que se lleva a cabo por el Gobierno y especialmente por el Presidente del Gobierno, con el asesoramiento del Consejo de Defensa Nacional.

2. El estado de sitio resulta el más apropiado para un caso de defensa del territorio nacional, aunque no es necesaria su declaración, ni pueden excluirse otros estados excepcionales.

3. La declaración de estado de sitio puede conferir a las Fuerzas Armadas o a alguna autoridad militar, bajo el mando del Gobierno, las facultades extraordinarias que se consideren necesarias, sin limitarse a las previstas específicamente en la Ley Orgánica que la regula. Sólo el Tribunal Constitucional resulta competente para conocer de los recursos frente a la declaración.

4. Aunque la estructura de las Fuerzas Armadas es sobre todo funcional, algunos elementos de su organización mantienen un carácter territorial.

5. Fuera del ámbito de las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil tiene un papel de especial importancia en la defensa del territorio, articulado de modo principal, pero no exclusivo, a través de sus misiones militares.

6. El Cuerpo Nacional de Policía, el sistema nacional de Protección Civil (a través de la declaración de emergencia nacional) y las autoridades y el personal al servicio de la Administración pueden coadyuvar de distintos modos a la defensa del territorio nacional. Cabe por ejemplo otorgar a los funcionarios públicos la consideración militar y subordinarlos a alguna autoridad de las Fuerzas Armadas, como se hizo en la declaración del estado de alarma respecto de los controladores aéreos en 2010.

7. Resulta cuestionable la previsión de objeción de conciencia sin ningún otro trámite de reconocimiento en caso de movilización de reservistas obligatorios.

8. La movilización de recursos materiales para contribuir a la defensa del territorio tiene un régimen jurídico incompleto e insuficiente, que aconseja una norma de rango legal que lo regule.

9. La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, presenta un carácter excesivamente indeterminado y abierto, que ya fue advertido por el Consejo de Estado al dictaminar sobre el anteproyecto de ley, con una ausencia de delimitación con la legislación de defensa nacional y con la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio. Además, hay un solapamiento entre el Consejo de Seguridad Nacional y el Consejo de Defensa Nacional. Todo ello dificulta la aplicación de sus previsiones, también incompletas e insuficientes, en materia de movilización de recursos materiales.

10. La OTAN constituye una garantía fundamental para la defensa del territorio nacional, que presenta algunas peculiaridades en relación con Ceuta y Melilla por su ubicación.

11. En el Tratado de Lisboa se ha consagrado el deber de la Unión Europea ha de respetar las funciones esenciales de los Estados miembros, específicamente para garantizar su integridad territorial. Además se ha introducido una obligación de asistencia mutua en caso de agresión armada en su territorio que se predica de los Estados, no de las instituciones de la UE, y que comprende la totalidad de su territorio nacional, lo cual es relevante en el caso español.

12. La utilización del territorio nacional, el espacio aéreo y el mar territorial español por parte de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos de América, con importantes limitaciones, está consagrada en el Convenio entre España y los Estados Unidos sobre Cooperación para la Defensa. Supone al mismo tiempo una vulnerabilidad y una defensa reforzada de ciertas áreas del territorio nacional, especialmente las instalaciones de apoyo de Rota y de Morón.

13. Las declaraciones de zonas de interés para la defensa nacional mediante real decreto han experimentado un cambio relevante a partir de 2012, con una política sistemática de proteger las instalaciones mayores con declaraciones específicas, para evitar que otras políticas de las Administraciones públicas dificulten o impidan los usos militares.

14. Las zonas del territorio en las que se exige una autorización militar para la adquisición de derechos reales o la realización de construcciones a los extranjeros ajenos a la Unión Europea, que datan de 1978, podrían limitarse en la actualidad a los territorios españoles del Norte de África.

## NOTAS

- (1) Agradezco los comentarios recibidos por la profesora de IE Law School Sonsoles Arias Guedón.
- (2) Cito por la ed. del CSIC, texto latino y traducción, Madrid, 1981, p. 133.
- (3) Las referencias podrían multiplicarse. Por todas, PÉREZ-SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, ed. Civitas, 2.ª ed., 1989, pp. 97-98.

(4) El carácter exclusivo de la soberanía territorial, junto con su plenitud e inviolabilidad, son corrientemente afirmados por el Derecho Internacional: por ejemplo, PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, ed. Tecnos, 1986, pp. 281-282. Son notas del Derecho Internacional Público clásico, en los últimos tiempos afirmadas con algunas matizaciones: sin embargo, su análisis nos alejaría del propósito de este trabajo.

(5) Véase, por ejemplo, LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, II, reimpr. de la 3.ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1983, pp. 104-106.

(6) Por ejemplo, Francisco SUÁREZ señala que la primera causa de una guerra justa es «si princeps res alterius occupet ac nolit restituere» (*Opus de Triplici Virtute Theologica, Fide, Spe et Charitate*, cuyo tercer tratado, *De Charitate*, tiene una última *disputatio* titulada *De bello*, Sectio 4, 3: cito por la edición digital de [www.gutenberg.beic.it](http://www.gutenberg.beic.it)). Análogamente, Cornelius van BYNKERSHOEK indica que «la única razón válida para la guerra es la defensa o la recuperación de lo que es de uno» (*Quaestiones Juris Publici*, I, 1: cito el texto traducido al español de la recopilación de CRUZ PRADOS, Alfredo, *La razón de la fuerza*, Madrid, 2004, p. 223).

(7) Véase, por ejemplo, MARRERO ROCHA, Inmaculada, *La participación de las Fuerzas Armadas españolas en misiones de paz*, ed. Plaza y Valdés, 2007, LIÑÁN NOGUERAS, Diego, y ROLDÁN BARBERO, Javier (eds.), *El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el exterior*, ed. Plaza y Valdés, Madrid, 2008.

(8) Por ejemplo, una misión de las Fuerzas Armadas españolas, según el artículo 15.4 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, consiste en evacuar a «residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses».

(9) Véase al efecto, por ejemplo, la Directiva de Defensa Nacional de 2012:

<http://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/directiva-defensa-nacional-2012.pdf>

Véase también la Revisión Estratégica de la Defensa de 2003:

<http://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/revision-estrategica.pdf>

(10) Un ejemplo, entre muchos: tras los atentados sobre territorio estadounidense del 11 de septiembre de 2001 los Estados Unidos emprendieron la operación «Enduring Freedom», que tenía como finalidad neutralizar el terrorismo que había causado los atentados; sin embargo, se desarrolló principalmente en Afganistán.

(11) Por ejemplo, a través del Combined Air Operations Centre (CAOC) en Torrejón de Ardoz o del Headquarters Rapid Deployable Corps (HQ NRDC-ESP) en Valencia.

(12) Por supuesto, también la ciberseguridad tiene una vertiente territorial, aunque sólo sea por la ubicación de los servidores implicados en posibles ataques.

(13) Véase por ejemplo la Estrategia de Seguridad Nacional de 2017:

[http://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/Estrategia\\_Seguridad\\_Nacional\\_2017.pdf](http://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/Estrategia_Seguridad_Nacional_2017.pdf)

(14) La relación entre defensa y seguridad pública resulta siempre compleja. Algún autor sostiene que ha «quedado superada por la realidad» y cita al respecto la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (TEROL GÓMEZ, Ramón, Comentario al artículo 8, en CAZORLA PRIETO, Luis María (dir.), y PALOMAR OLMEDO, Alberto (coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, ed. Thomson-Aranzadi, 2018, pp. 168-197, en p. 181). En mi libro *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de seguridad ciudadana*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, me ocupé del surgimiento del concepto de seguridad ciudadana y de su progresiva separación de las Fuerzas Armadas (pp. 74-79).

(15) Artículo 168 de la Constitución.

(16) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, Comentario al artículo 8, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo I, ed. Edersa, 1996, pp. 409-465, en p. 420.

(17) «Las Fuerzas Armadas de la Nación, constituidas por los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y las Fuerzas de Orden Público, garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional».

(18) *Ob. cit.*, p. 418.

(19) *Ob. cit.*, p. 421.

(20) Algo parecido ocurre con Austria. Su Constitución contempla en el artículo 9.a).1 que «Austria se compromete con su defensa integral. Tiene por finalidad salvaguardar la independencia respecto del extranjero y la unidad del territorio federal, especialmente para el mantenimiento y la defensa de la

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

neutralidad permanente». Además, su artículo 79.1 comienza: «La defensa militar del país es obligación del Ejército Federal».

(21) «En lo que toca a las misiones de las Fuerzas Armadas, la Constitución refleja las propias de los ejércitos (la garantía de la permanencia incólume del territorio del Estado tanto *ad extra* –preservar la soberanía e independencia de España– como *ad intra* –preservar su integridad territorial–)», AGUADO RENEDO, César, comentario al artículo 8, en RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, y CASAS BAHAMONDE, María Emilia, *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 2018, pp. 136-141, en p. 137.

(22) *Ob. cit.*, pp. 450-451.

(23) Así se hizo, por lo demás, en el único supuesto desde 1975 en el que una parte del territorio nacional, aunque mínima, fue objeto de una agresión exterior: la recuperación del islote del Perejil mediante una acción combinada de las Fuerzas Armadas, con especial participación del Ejército de Tierra, en julio de 2002.

(24) Aplicando esta Ley Orgánica, en el caso ya mencionado de la recuperación del islote del Perejil, la decisión la tomó el Presidente del Gobierno. AZNAR, José María, *Ocho años de gobierno*, ed. Planeta, Barcelona, 2004, p. 167. TRILLO, Federico, *Memoria de entreguerras*, ed. Planeta, Barcelona, 2005, pp. 173, 184 y 187.

(25) Tiene su origen en Derecho francés de la época de la Revolución: CARRO MARTÍNEZ, Antonio, Comentario al artículo 116, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo IX, ed. Edersa, 1998, pp. 210-261, en p. 227.

(26) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «La función de las Fuerzas Armadas en el estado de sitio, en el marco de la Constitución de 1978», en *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 2-24 de febrero de 1984, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, 1985, pp. 203-252, en p. 233.

(27) CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, ed. Tecnos, 1984, p. 108.

(28) En este sentido, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Principios de ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Madrid, ed. Civitas, 1991, pp. 2547-2597, en p. 2586.

(29) LAFUENTE BALLE, J. M., «Los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, 30, 1989, pp. 23-54, y 31, 1990, pp. 27-68, pp. 57 y 58 (del número 31). Esto es algo que han destacado otros autores, como MATEU-ROS CEREZO, Rafael, «Estados de alarma, excepción y sitio», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, tomo I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988, pp. 165-205, en p. 182. También CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, «Estado de sitio y tiempo de guerra», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, tomo I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1988, pp. 423-448, en p. 435.

(30) FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto, «Las Fuerzas Armadas y el estado de sitio», en *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 2-24 de febrero de 1984, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia, 1985, pp. 179-202, en p. 191, indica que de este artículo 169 «se deduce que el constituyente ha intentado deslindar la situación de guerra de la del estado de sitio, aun cuando resulta palmario que durante una confrontación bélica puede decretarse el estado de sitio».

(31) En el artículo 94.4. Pasó a «estado de sitio», sin ninguna enmienda que lo propusiera ni justificación explícita, en el informe de la ponencia de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, t. I, 1980, p. 558).

(32) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *ob. cit.*, 1985, p. 231.

(33) De hecho, como señala el preámbulo del nuevo Código Penal Militar (II, párrafo quinto): *Las referencias que el Código Penal Militar que se deroga realizaba a la locución «tiempos de guerra» se sustituyen por la utilización en determinados tipos penales de la expresión «en situación de conflicto armado», conforme con el concepto y terminología empleados por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sus Protocolos Adicionales y la jurisprudencia consolidada en materia de Derecho Internacional Humanitario.*

(34) El precepto continúa: «Aquellas Autoridades [las civiles] darán a la militar las informaciones que ésta [la autoridad militar] le solicite y cuantas noticias referentes al orden público lleguen a su conocimiento».

(35) El alcance de estos bandos es discutido: incluso algún autor admite que puede llegar a crear ilícitos penales (FERNÁNDEZ RODERA, José Alberto, *ob. cit.*, p. 200), aunque él mismo reconoce que esto no es compartido por la generalidad de los que han tratado esta materia.

(36) *Ob. cit.*, número 31, 1990, p. 62. Y ello pese a que algún autor haya visto en el artículo 33.2 «suspicias mal disimuladas frente la autoridad militar» (FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, «La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio», *Revista de Derecho Político*, 11, 1981, pp. 83-116, en p. 115).

(37) MATEU-ROS CEREZO, Rafael, *ob. cit.*, p. 183: «El elemento tradicional y característico de este estado es la atribución de competencias decisivas a la autoridad militar». Aunque esto no significa que el Gobierno se debilite, al revés, su posición queda reforzada, como señala CRUZ VILLALÓN, Pedro, *ob. cit.*, p. 117.

(38) ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, «Poderes de necesidad y Fuerzas Armadas (II): el Derecho Constitucional de excepción y las autoridades militares», *Revista General de Derecho Administrativo*, 51, 2019, pp. 1-39, en p. 4.

(39) El propio artículo 35 de la citada Ley Orgánica 4/1982, de 1 de junio, prevé: *En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar*. Tiene como base el artículo 117.5 de la Constitución.

(40) Ver artículo 37 de la Orden DEF/708/2020, de 27 de julio, por la que se desarrolla la organización básica del Ejército de Tierra.

(41) Artículo 14 de la Orden DEF/707/2020, de 27 de julio, por la que se desarrolla la organización básica de la Armada.

(42) Orden DEF/499/2019, de 15 de abril, por la que se establecen las Comandancias Militares Aéreas de Aeropuerto y se fijan sus dependencias.

(43) Véase Real Decreto 308/2007, de 2 de marzo, sobre organización y funcionamiento de las Delegaciones de Defensa. El proyecto fue objeto del dictamen del Consejo de Estado de 11 de julio de 2002, número 1865/2002.

(44) Las tratan BLASCO, Emiliano, y DÍAZ ALCANTUD, FRANCISCO, en «La Guardia Civil del siglo XXI», en COSIDÓ, Ignacio (coord.), *La Guardia Civil más allá del año 2000*, Madrid, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, 2000, pp. 205-297, en pp. 219-228.

(45) Dictamen de 28 de octubre de 2010, número 2120/2010.

(46) El Consejo de Estado emitió dictamen respecto del proyecto de real decreto con fecha 20 de septiembre de 2007, número 1574/2007. Advertía de posibles solapamientos entre el Consejo de Defensa Nacional y la Comisión Delegada del Gobierno para situaciones de crisis. Hoy en día esta Comisión Delegada del Gobierno se denomina «para la Seguridad Nacional» y ha pasado a llamarse Consejo de Seguridad Nacional tras la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (artículo 17). Sin embargo, los problemas de solapamiento no se han solucionado, como luego se verá.

(47) Como es sabido, existe una norma específica para esto, sin necesidad de estado de sitio, aunque bastante genérica, la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas. Su Reglamento se aprobó por Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo. El Consejo de Estado emitió dictamen sobre el proyecto de real decreto con fecha 29 de julio de 2010, número 892/2010, que objetó a la imposición de ciertas obligaciones a entidades privadas sin base legal suficiente.

(48) El Ministro del Interior forma parte del Consejo en pleno y también de su Consejo Ejecutivo (artículo 8.6).

(49) Puede verse el resumen de lo acaecido en Álvarez García, Vicente, *ob. cit.*, p. 15-17.

(50) Según su redacción actual, el artículo 4.3.c) de la Ley de Seguridad Aérea prevé que corresponde al Ministerio de Defensa «el control de la circulación aérea general y el establecimiento de las medidas que afecten a la estructuración, gestión y condiciones de uso del espacio cuando así lo determine el Presidente del Gobierno o el Ministro de Defensa por concurrir, respectivamente, circunstancias extraordinarias o situaciones de emergencia que así lo aconsejen».

(51) Ponente Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

(52) Ponente Nicolás Antonio MAurandi Guillén.

(53) Ponente Nicolás Antonio MAurandi Guillén.

(54) Fundamento jurídico 10.º.

(55) Fundamento jurídico 11.º.

(56) Según SAMPEdro BLANCO, Víctor, «Leyes políticas y números de la objeción. Una explicación de la incidencia social de los objetores e insumisos», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

cas, 79, 1997, pp. 143-172, en p. 143, el número total de objetores de conciencia a finales del año 1994 era de 253.924, la cifra más alta de Europa y del mundo, y en el año 1995 los más de 70.000 objetores era más de un 40 por 100 de los incorporados a filas ese año (<https://victorsampedro.com/wp-content/uploads/2019/01/Dialnet-LeyesPoliticasYNumerosDeLaObjecion-760092.pdf>).

(57) Al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, según su disposición final cuarta. Tal publicación tuvo lugar el 29 de septiembre de 2015.

(58) Por Real Decreto 977/2015, de 16 de octubre.

(59) Dictamen de 13 de mayo de 2015, número 405/2015.

(60) CASINO RUBIO, Miguel, «La Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional. La ley ¿de qué?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 177, pp. 27-36, en p. 27. Este autor señala que con una interpretación literal de la Ley «prácticamente toda la acción del Estado acabaría metida en el saco de esta Ley, supuesto que no es fácil encontrar una actividad estatal que nada tenga que ver en rigor con la protección de la libertad, los derechos y el bienestar de los ciudadanos o, en fin, con la defensa de los principios o valores constitucionales» (p. 28).

(61) Fundamento jurídico 3.º Casino (*ob. cit.*, p. 31-35) no comparte el uso exclusivo de estas dos competencias estatales.

(62) La número 63, que era de mejora técnica y simplificación. Este Grupo Parlamentario propuso una disposición adicional nueva, origen de la actual disposición adicional primera, que incluía junto a los estados de alarma y excepción el de sitio (enmienda número 93).

(63) Véase el índice de enmiendas al articulado publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Sección Congreso de los Diputados, serie A, número 158-2, de 22 de julio de 2015, página 55.

(64) *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Sección Congreso de los Diputados, serie A, número 158-4, de 31 de julio de 2015.

(65) CASINO RUBIO, Miguel, *ob. cit.*, p. 30. Se trata de un artículo de *El Mundo* de 30 de septiembre de 2015.

(66) El Consejo de Seguridad Nacional tiene diecisiete miembros y el Consejo de Defensa Nacional trece (si en ambos casos se deslindan en dos los Ministerios de Economía y de Hacienda y existe sólo un Vicepresidente del Gobierno). Pues bien, de los diecisiete componentes del Consejo de Seguridad Nacional diez pertenecen al Consejo de Defensa Nacional. Y además son los más relevantes en materia de seguridad. Pertenecen a ambos Consejos el Presidente del Gobierno, los Vicepresidentes del Gobierno (se ha computado sólo uno), los Ministros de Asuntos Exteriores, Defensa, Interior, Hacienda y Economía, el Director del Gabinete del Presidente del Gobierno, el Jefe del Estado Mayor de la Defensa y el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia.

(67) Agradezco al Embajador Representante Permanente ante la OTAN D. Miguel Fernández Palacios sus interesantes puntos de vista, que tuvo la amabilidad de compartir en una conversación con el autor de estas líneas.

(68) MARQUINA, Antonio, «Los acuerdos sobre bases militares entre España y Estados Unidos: el cambio en la cuestión vertebradora», *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, núm. 23, 2003, pp. 51-64, p. 53. Señala este autor que tras la firma de los convenios de 1953, Francia «se mostró más receptiva» a la adhesión de España a la OTAN, pero que el Reino Unido, Noruega, Holanda y Dinamarca cerraron el paso. La posibilidad (y la oposición) a la adhesión se refleja también en SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis, *Franco: Crónica de un tiempo. Victoria frente al bloqueo. Desde 1945 hasta 1953*, Madrid, ed. Actas, 2001, pp. 510 y 513.

(69) MARQUINA, Antonio, *ob. cit.*, p. 55.

(70) MARQUINA, Antonio, *ob. cit.*, p. 58-59.

(71) Díez de VELASCO, Manuel, *Las organizaciones internacionales*, 11.ª ed., Madrid, ed. Tecnos, p. 500.

(72) MANGAS MARTÍN, Araceli, «Cuestiones jurídicas relativas a la adhesión de España a la OTAN», ponencia en el curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco, Vitoria, 1983, pp. 33-34. Accesible en la web:

<https://www.ehu.eus/documents/10067636/10383944/1983-Araceli-Mangas-Martin.pdf/40b728c7-af4b-8579-4fb6-ef1b6d337b52>.

(73) RUBIO GARCÍA, Dolores, «Las cláusulas de asistencia mutua y solidaridad introducidas por el Tratado de Lisboa: el refuerzo de la seguridad y la defensa en la Unión Europea», *Fundación Alternativas*, documento de trabajo 57/2011, p. 55. También RAMÓN CHORNET, Consuelo, «La Política Europea de Seguridad y Defensa: balance de una década», en ROLDÁN BARBERO, Javier (coord.), *La nueva política de seguridad de la Unión Europea*, Universidad de Granada, Granada, 2012, pp. 3-19, en p. 8.

(74) ARTEAGA MARTÍN, Félix, «La Política Europea de Seguridad y Defensa», en *Cuadernos de Estrategia del Instituto de Estudios Estratégicos*, Ministerio de Defensa, número 145, marzo de 2010, pp. 31-67, en p. 31.

(75) GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, «La Unión Europea y la OTAN en el marco de la nueva estrategia global de la Unión Europea», *Revista UNISCI*, n.º 42, 2016, pp. 217-239, en p. 220.

(76) IBÁÑEZ DOBLÓN, Luciano, «La política de la Unión Europea sobre seguridad y Defensa», *Boletín de Información del CESEDÉN*, n.º 308, 2009, p. 53-73, dice (en p. 56) que «no aparecen cambios significativos para la PESC en el Tratado de Ámsterdam». Sin embargo, la creación del Alto Representante de la PESC, configurado como Secretario General del Consejo, parece significativa, como se ha visto con el paso de los años.

(77) BENEYTO, José María, «Reflexiones sobre el futuro de la Política Europea de Defensa y Seguridad de la Unión Europea», Documento de Trabajo núm. 54/2004, de 7 de octubre de 2004, del Real Instituto Elcano, pp. 1 y 3. También ARTEAGA MARTÍN, Félix, *ob. cit.*, p. 36, y MARSAL MUNTALA, Jordi, «Los fundamentos de las relaciones trasatlánticas», en *Cuadernos de Estrategia del Instituto de Estudios Estratégicos*, Ministerio de Defensa, número 145, marzo de 2010, pp. 175-204, en p. 187.

(78) Como señala GARCÍA GONZÁLEZ, Javier, la institucionalización de la PESC se produjo en el Consejo Europeo de Helsinki de 1999 (*ob. cit.*, p. 221), pero aún sin base en los Tratados.

(79) El relato histórico puede seguirse en MANGAS MARTÍN, Araceli, y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, pp. 680-686 y 703-707.

(80) RUBIO GARCÍA, Dolores, *ob. cit.*, p. 29-30. La Agencia Europea de Defensa fue creada en el año 2004, como ella misma explica: <https://www.eda.europa.eu/Aboutus/our-history/the-birth-of-an-agency>, según CEBADA ROMERO, Alicia, «La Política Común de Seguridad y Defensa, ¿securitización de la acción exterior o humanización de la política de seguridad?», en ROLDÁN BARBERO, Javier (coord.), *La nueva política de seguridad de la Unión Europea*, Universidad de Granada, 2012, pp. 21-51, en pp. 39-48, los principales cambios que trajo el Tratado de Lisboa, además de las cláusula de legítima defensa colectiva y la de solidaridad, fueron el desarrollo de la cooperación estructurada permanente y el pleno desarrollo del enfoque integral en sus vertientes interna y externa.

(81) URREA CORRES, María de la O, «Los nuevos instrumentos jurídicos de la Política Común de Seguridad y Defensa», *Cuadernos de Estrategia del Instituto de Estudios Estratégicos*, Ministerio de Defensa, número 145, marzo de 2010, p.p 71-100, en p. 92.

(82) Véase la Declaración de la Presidencia del Consejo Permanente de 31 de marzo de 2010, accesible en <http://www.weu.int/>

(83) «La cláusula de defensa prevista en la OTAN es de uso preferente», URREA CORRES, María de la O, *ob. cit.*, p. 92.

(84) «Un paso de gigante» es la expresión que usa BERMEJO, Romualdo, «Los retos de la Unión Europea en materia de seguridad y defensa tras el Tratado de Lisboa», en MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, José (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Madrid, ed. Iustel, 2008, pp. 361-371, en p. 366. En igual sentido, RUBIO GARCÍA, Dolores, *ob. cit.*, p. 55.

(85) CEBADA ROMERO, Alicia, pp. 46-47. En igual sentido, BENEYTO, José María, *ob. cit.*, p. 27: «Desde la perspectiva de las obligaciones que los países miembros de la Unión Europea que también son miembros de la OTAN han asumido en el marco de esta organización, es evidente que la cláusula de asistencia mutua no puede tener más que un valor simbólico».

(86) Es el caso de Irlanda, Suecia, Finlandia, Austria, Malta y Chipre.

(87) URREA CORRES, María de la O, *ob. cit.*, p. 93. RUBIO GARCÍA, Dolores, *ob. cit.*, p. 54-55.

(88) Artículo 9.a).1 de la Constitución de Austria.

(89) KOCHENOV, Dimitri, «European Union Territory from a Legal Perspective: A Commentary on Articles 52 TEU, 355, 349 and 198-204 TFEU», University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series No. 05/2017, pp. 2-3: «MS [Member States] retain the competence concerning the geographical demarcation of their borders». Desde luego, nada tiene que ver con esto el que a ciertos territorios de ciertos Estados miembros no les sean de aplicación (o de plena aplicación) los tratados, según el artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(90) RUBIO GARCÍA, Dolores, *ob. cit.*, p. 62. BERMEJO, Romualdo, *ob. cit.*, p. 366. URREA CORRES, María de la O, *ob. cit.*, p. 93, en nota 52.

(91) Agradezco al General Consejero Togado D. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Secretario General Técnico del Ministerio de Defensa, sus valiosos puntos de vista, que tuvo la amabilidad de compartir en una conversación con el autor de estas líneas.

(92) Preámbulo, párrafo segundo. La situación anterior a esa Ley y a su Reglamento fue descrita como una «maraña legislativa», de modo que estas normas recibieron una consideración positiva por su «carácter codificador o aglutinante»: HERRÁEZ GÓMEZ, Fidel, «Comentarios y observaciones sobre la nueva legislación que regula las zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional (Ley 8/75 y Decreto 689/78)», *Revista Española de Derecho Militar*, 36, 1978, p. 43-106, en p. 50.

(93) Con carácter general, y prescindiendo por tanto de estudios más específicos, FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, Emilio, *Régimen jurídico de los bienes inmuebles militares*, ed. Marcial Pons, 1995, HERRÁEZ GÓMEZ, Fidel, *ob. cit.*, GALINDO LIZANCO, Manuel, «Zonas e instalaciones de interés para la defensa. La Ley 8/75», *Ejército*, número 616, mayo de 1991, pp. 58-64. ZAMARRIEGO FERNÁNDEZ, Arturo, «Reflexiones legales sobre la Ley 8/75, de 12 de marzo», *Ejército*, número 616, mayo de 1991, pp. 66-72.

(94) No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia.

(95) GALINDO LIZANCO, Manuel, *ob. cit.*, p. 64. Probablemente la cifra es hoy inferior por las enajenaciones llevadas a cabo por lo que hoy es el organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (INVIED).

(96) Aunque sí numérica: TORRES ROJAS, Miguel, «Zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros en interés de la defensa nacional-legislación-jurisprudencia-reforma», *Revista Española de Derecho Militar*, 52, 1988, pp. 27-54, en p. 36, en contabilizaba en ese momento más de 300 órdenes ministeriales.

(97) En muchas órdenes sólo se define la zona próxima de seguridad y, en su caso, la radioeléctrica, no la lejana. Esto ocurría ya desde el principio: a título de ejemplo Orden de 29 de enero de 1979, por la que se establece la zona próxima de seguridad del edificio del Cuartel General de la Armada. También, Orden de 2 de julio de 1979, por la que se declara zona próxima de seguridad el espacio inmediato a las Instalaciones Radioeléctricas de la Armada (EREMA) ubicadas en San Sebastián de los Reyes (Madrid). En la actualidad se sigue esta práctica: por ejemplo la Orden DEF/1095/2018, de 9 de octubre, por la que se señala la zona de seguridad de la instalación militar denominada Acuartelamiento «Capitán Arenas», en el término municipal de Guadalajara. También, Orden DEF/860/2018, de 25 de julio, por la que se suprime la zona de seguridad vigente y se señala nueva zona de seguridad de la instalación militar del Acuartelamiento «Tentegorra», en Cartagena (Murcia), o la Orden DEF/761/2018, de 6 de julio, por la que se señala la zona de seguridad de la instalación militar denominada Acuartelamiento «Zarco del Valle», en el término municipal de Madrid (Madrid). Los ejemplos podrían multiplicarse, aunque existen algunos casos en que se definen las dos zonas, la próxima y la lejana: Orden DEF/967/2018, de 10 de septiembre, por la que se señala la zona de seguridad de la instalación militar Acuartelamiento «Cortijo de Buenavista», en San Roque, en la provincia de Cádiz.

(98) FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, Emilio, *ob. cit.*, p. 209.

(99) GALINDO LIZANCO, Manuel, *ob. cit.*, p. 60. TORRES ROJAS, Miguel, *ob. cit.*, p. 33.

(100) Real Decreto 811/1988, de 20 de julio, por el que se declara zona de interés para la defensa nacional, el espacio comprendido entre las coordenadas geográficas 4° 49,3'O/39° 26,7'N; 4° 53,1'O/39° 24,2'N; 4° 57,2'O/39° 27,4'N; 4° 53,4'O/39° 30,3'N, derogado por el Real Decreto 863/1998, de 8 de mayo. Antes de su derogación fue impugnado por el Ayuntamiento de Anchuras y por otros recurrentes, pero el Tribunal Supremo declaró la inadmisibilidad o desestimó los recursos contencioso-administrativos acumulados por sentencia de 2 de marzo de 1994, recurso número 722/93, ponente Antonio Martí García. Como quiera que se promovió una iniciativa legislativa popular ante las Cortes de Castilla-La Mancha para declarar parque natural el Rincón de Anchuras, el Ministerio de Defensa solicitó un dictamen al Consejo de Estado sobre las posibilidades impugnatorias, que se emitió con fecha 30 de marzo de 1989, número 53.207.

(101) Real Decreto 446/1983, de 23 de febrero, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional parte de los terrenos pertenecientes a la finca «Quintos de Mora», término municipal de Los Yébenes, provincia de Toledo.

(102) Real Decreto 1943/2000, de 1 de diciembre.

(103) Sin tilde, a diferencia del Real Decreto antes citado.

(104) Información obtenida de la web del sitio: <http://www.bardenasreales.es/acto.php?id=45>.

(105) Párrafo octavo del preámbulo: *Ha de añadirse a lo anterior que el adecuado estado de todo el territorio de Bardenas Reales aconseja la revisión del uso y actividad que viene realizándose en una parte de él: la superficie reservada a polígono de tiro. Este deseo ha sido aprobado por el Parlamento de Navarra en repetidas ocasiones. Por ello, una vez concluidas las relaciones jurídicas vigentes reguladoras*

*del uso indicado y con el fin de alcanzar la plenitud ambiental de Bardenas Reales y de esta Ley Foral, resulta oportuno que las Administraciones Públicas competentes adopten cuantas medidas e iniciativas sean necesarias para la superación del estado actual indicado. Todo ello previo estudio de las posibles afecciones medioambientales relacionadas con dicho espacio.*

(106) Información obtenida de la web del sitio: <http://www.bardenasreales.es/reserva.htm>.

(107) En sentencias de 23 de enero de 2002 y de 13 de febrero de 2002, recursos números 63/2001 y 64/2001, ponente Rodolfo Soto Vázquez. Se aducían, entre otros argumentos, los valores medioambientales objeto de protección.

(108) Real Decreto 193/2002, de 15 de febrero, por el que se declara zona de interés para la defensa nacional terrenos en la denominada zona de Campamento de Madrid para futuras instalaciones. Real Decreto 192/2002, de 15 de febrero, por el que se declara zona de interés para la defensa nacional el asentamiento de la estación de vigilancia aérea número 23 del Ejército del Aire y el acceso a la misma (en la Isla del Hierro), y Real Decreto 191/2002, de 15 de febrero, por el que se declara zona de interés para la defensa nacional el asentamiento de la estación de vigilancia aérea número 14 del Ejército del Aire y el acceso a la misma (en el Pico del Lobo, en Segovia). Este último Real Decreto tiene también su historia posterior, pues por Ley de Castilla-La Mancha 5/2011, de 10 de marzo, se declaró el Parque Natural de la Sierra Norte de Guadalupe, que prohibía los usos de «maniobras y ejercicios militares», con lo que se impedía el paso a la estación. Impugnada por el Estado, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley autonómica en este punto por sentencia 182/2014, de 6 de noviembre.

(109) Real Decreto 600/2012, de 30 de marzo, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional el Campo Nacional de Maniobras y Tiro de Pájara, Fuerteventura. Fue impugnado en vía contencioso-administrativa por el Cabildo de Fuerteventura y por la Comunidad Autónoma de Canarias, pero el Tribunal Supremo desestimó los recursos en sendas sentencias de 11 de febrero de 2014 (recursos números 387/2012 y 384/2012, ponentes Luis María Díez-Picazo Giménez y Segundo Menéndez Pérez, respectivamente).

(110) Reales Decretos 537/2014, de 20 de junio, 538/2014, de 20 de junio, 703/2014, de 1 de agosto, 704/2014, de 1 de agosto, y 885/2014, de 10 de octubre.

(111) Reales Decretos 237, 238, 239, 240 y 241/2018, de 27 de abril, 282, 283, 284, 285 y 286/2018, de 11 de mayo, y 347, 348 y 349/2018, de 25 de mayo.

(112) Reales Decretos 190, 191, 192 y 193/2019, de 22 de marzo, 232, 233, 234 y 235/2019, de 29 de marzo, y 398, 399, 400, 401, 402 y 403/2019, de 21 de junio.

(113) Por ejemplo, base «Coronel Sánchez Bilbao» en Ciudad Real (Real Decreto 403/2019, de 21 de junio), «Cuartel de Santa Ana» en Cáceres (Real Decreto 235/2019, de 29 de marzo), «Base Coronel Maté», en Colmenar Viejo (Real Decreto 193/2019, de 22 de marzo), «Población Militar de San Carlos» en Cádiz (Real Decreto 349/2018, de 25 de mayo), «Base El Coper», en Sevilla (Real Decreto 285/2018, de 11 de mayo), «Cortijo Buenavista o Yeguada Militar», en Cádiz (Real Decreto 286/2018, de 11 de mayo), «Base General Menacho», en Badajoz (Real Decreto 238/2018, de 27 de abril), «Base Naval de Rota», en Cádiz (Real Decreto 239/2018, de 27 de abril).

(114) Por ejemplo, Chinchilla (Real Decreto 401/2019, de 21 de junio), Parga (Real Decreto 348/2018, de 25 de mayo), Sierra del Retín (Real Decreto 885/2014, de 10 de octubre).

(115) Por ejemplo, «Base El Empecinado y Campo de Maniobras y Tiro de Renedo-Cabezón» (Real Decreto 192/2019, de 22 de marzo), «Acuartelamiento Cabo Noval y su Campo de Maniobras y Tiro» (Real Decreto 347/2018, de 25 de mayo), «Base de Araca y su Campo de Maniobras y Tiro» (Real Decreto 284/2018, de 11 de mayo), «Base General Álvarez de Castro y su Campo de Maniobras y Tiro», (Real Decreto 237/2018, de 27 de abril).

(116) Cito el del Real Decreto 398/2019, de 21 de junio, pero es casi idéntico a los restantes.

(117) Son más de 210.000 km<sup>2</sup>, de los que más de 137.000 km<sup>2</sup> y unos 72.500 km<sup>2</sup> a superficie marina, según datos de la web del Ministerio para la Transición Ecológica: [https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/espacios-protegidos/red-natura-2000/rn\\_espana.aspx](https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/espacios-protegidos/red-natura-2000/rn_espana.aspx)

(118) La disposición adicional duodécima de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, dispone: «En los procedimientos de elaboración de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales y en los de declaración y determinación de la fórmula de gestión que la Administración competente determine en cada caso para los Espacios Naturales Protegidos y Espacios protegidos Red Natura 2000, en los que resulten afectados terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional, se recabará informe del Ministerio de Defensa,

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

que tendrá carácter vinculante en lo que afecta a la Defensa Nacional y el cual deberá ser evacuado en el plazo de dos meses».

(119) ZAMARRIEGO FERNÁNDEZ, Arturo, *ob. cit.*, p. 79. MOZO SEOANE, Antonio, «La coordinación de la defensa nacional con las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo», *Revista Española de Derecho Militar*, 64, 1994, pp. 13-40, sobre todo en pp. 28-30. También lo indicó el informe de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 29 de marzo de 1985, que cita TORRES ROJAS, Miguel, «Zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros en interés de la defensa nacional: segunda parte», *Revista Española de Derecho Militar*, 54, 1989, pp. 41-117, en p. 55.

(120) Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que modificó la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional. Sin duda tuvo muy presente la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 30 de mayo de 1989, Comisión sobre contra Grecia, C-305/87, que declaró que Grecia había vulnerado el Derecho comunitario con sus normas que establecían limitaciones y prohibiciones a la adquisición de inmuebles por extranjeros en sus zonas fronterizas, que además alcanzaban el 55 por 100 del territorio nacional.

(121) La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de marzo de 2015 confirmó la denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca de la compraventa de una finca rústica por parte de un extranjero, por ausencia de autorización militar.

(122) Ceuta y Melilla tienen un régimen especial, constituido por la disposición final segunda de la Ley y disposición final primera del Reglamento, que exige autorización administrativa para toda adquisición de derechos reales sobre inmuebles, cualquiera que sea la nacionalidad del adquirente. Se otorga por la Delegación del Gobierno de cada una de las ciudades autónomas, y su ausencia impide la inscripción en el Registro de la Propiedad, tal y como señaló la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 19 de octubre de 2017. Véase FERNÁNDEZ-PIÑEYRO HERNÁNDEZ, Emilio, *ob. cit.*, pp. 227 y 269-276.

(123) Según el listado que proporciona TORRES ROJAS, Miguel, *ob. cit.*, 1989, en pp. 99-117.

(124) Respecto de éstos (y de su delimitación), véase Orden del Ministro de Justicia de 21 de octubre de 1983 (*Boletín Oficial del Estado*, número 263, de 3 de noviembre de 1983), dictada de conformidad con el Ministro de Defensa.

(125) El artículo 17 exige un «Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta de la Junta de Defensa Nacional e iniciativa del Ministerio militar interesado». La Junta de Defensa Nacional estaba regulada en el artículo 9 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, como «el órgano superior asesor y consultivo del Gobierno en materia de defensa nacional». Esta Ley Orgánica ha sido derogada y sustituida por la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que crea el Consejo de Defensa Nacional, el cual sin duda ha sustituido a la Junta. Por su parte, el Ministerio de Defensa es hoy en día el único ministerio «militar», heredero de los del Ejército, la Marina y el Aire. Lo más apropiado es sin duda invertir los términos: que la propuesta al Consejo de Ministros sea del Ministro de Defensa (otra cosa tendría difícil encaje en el artículo 8.4 de la Ley Orgánica de la Defensa Nacional), a iniciativa del Consejo de Defensa Nacional.

(126) [http://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=38e85059-d00a-4538-8493-e5e48101e4f0&groupId=2289837](http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=38e85059-d00a-4538-8493-e5e48101e4f0&groupId=2289837)

(127) Los más numerosos los marroquíes (3.396, un 6,76 % del total), los chinos (2.332, un 4,64%), los rusos (1.505, un 2,99%), los ucranianos (767, un 1,52%) y los argentinos (739, un 1,47%).

(128) [http://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=38e85059-d00a-4538-8493-e5e48101e4f0&groupId=2289837](http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=38e85059-d00a-4538-8493-e5e48101e4f0&groupId=2289837)

# **LOS SERVICIOS EDUCATIVOS COMO UNO DE LOS INSTRUMENTOS DE VERTEBRACIÓN DEL TERRITORIO**

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO  
Letrado Mayor del Consejo de Estado

## **1. ENCUADRAMIENTO**

Muchas gracias a todos; encantado de asistir a estas jornadas y aportar mi punto de visión del tema que se me asigna en estas jornadas relativas a distintas materias sobre el que viene mostrando su parecer el Consejo de Estado.

Se trata de un tema extraordinariamente delicado –la educación en general y la política educativa– que corresponde analizar precisamente lo que el Consejo de Estado ha venido diciendo sobre esas materias. Voy a tratar de ceñirme a esos aspectos y no entrar en tantos otros que la temática en cuestión, la educación, comporta.

Para que me sigan bien les anticipo que voy hacer lo siguiente. En primer lugar, voy hacer una breve referencia a los supuestos en los que el Consejo de Estado interviene y, en particular, a lo que ha supuesto su intervención en materia educativa. En segundo lugar, voy hacer una breve mención a qué dice nuestro texto constitucional sobre esta materia, tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el problema de la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Y, a continuación voy a dividir la exposición en dos partes: la intervención del Consejo de Estado en materia de educación universitaria –que es una de las patas de la materia educativa– y la intervención

que ha tenido en materia de educación en general, es decir educación primaria, secundaria obligatoria y bachillerato, con referencia a los puntos quizá más problemáticos o más polémicos o a los dictámenes que tienen una mayor relevancia, pero sin entrar en la materia en su conjunto –no daría ni tiempo–, lo que no es el objeto de esta ponencia.

Empezaré por decir que en materia educativa la actividad del Consejo de Estado ha venido mostrándose en dictámenes sobre proyectos normativos –con rango de ley o reglamentarios– y que el Consejo de Estado es un órgano cuya misión consiste en analizar la manera en la que el Gobierno, que es quien en principio consulta, puede desarrollar sus decisiones de la mejor forma posible. No es un órgano que tenga por finalidad ni determinar la validez o invalidez de las decisiones, pues emitimos dictámenes antes de que las decisiones se produzcan, ni que tenga que dificultar que esas decisiones adopten sino, todo lo contrario, tratar de conseguir que se adopten de la manera ajustada a Derecho. El Consejo de Estado tiene la posibilidad, al hilo de las consultas que se le formulan, al hilo del análisis de la legalidad de los planteamientos, entrar en aspectos de oportunidad que sugiera o que requiera la contestación a la pregunta formulada, y esta es una opción que el Consejo de Estado ejercita puntualmente, sobre todo cuando se le pide o cuando no tiene más remedio que hacerla. El Consejo de Estado trata de huir siempre de involucrarse en decisiones de alcance político, y simplemente deja puestas de manifiesto sus dudas o la necesidad de que las opciones normativas se fundamenten y motiven de manera adecuada.

Digo esto porque la política educativa tiene una carga política extraordinaria; desde la Constitución hemos asistido, y ahora lo veremos, a modificaciones sucesivas de las normas sobre esa materia que parecen excesivas desde todo punto de vista, debido a que hay dos claras tendencias políticas sobre el tema, una más liberal y otra más intervencionista, lo que se manifiesta en algunos aspectos trataré de resaltar.

El Consejo de Estado emite dictámenes a modo de asesoramiento al Gobierno, aunque también pueden formular consultas las Comunidades Autónomas; todas menos Cantabria tienen en estos momentos sus propios consejos consultivos y es extraño que pidan dictamen al Consejo de Estado, aunque desde luego pueden hacerlo de manera potestativa. En estos días se está anunciando en prensa que parece que la Comunidad de Madrid va a consultar al Consejo de Estado sobre los instrumentos jurídicos que están dentro de su ámbito de competencias para controlar excesos al parecer producidos en algunas Universidades –estoy pensando en la Rey Juan Carlos o en la Camilo José Cela– en cuanto a másteres y doctorados. Pero es inhabitual que una Comunidad

Autónoma consulte al Consejo de Estado, sino que lo normal es que lo haga el Gobierno; y el Gobierno mismo, o sus ministros, consultan normalmente porque no tienen más remedio que hacerlo (en cuanto que la validez de las decisiones depende de la tramitación correcta del expediente el cual debe figurar un dictamen preceptivo del Consejo de Estado), pero también, a veces, de manera potestativa.

Las materias sobre las que el Consejo de Estado dictamina de manera preceptiva en el ámbito educativo han tenido un alcance, sobre todo en los últimos años, limitado porque las competencias sobre educación se han asumido por las Administraciones autonómicas, tanto en cuanto a gestión como incluso normativas, lo que ha hecho que el Consejo de Estado haya intervenido menos.

La gestión de la educación ha dado lugar a pocos dictámenes, si acaso algunos sobre recursos administrativos de revisión en cuanto a becas, o sobre contratación —muy esporádico—, afectantes a la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que es de lo poco que le queda al Estado sobre gestión educativa. Se han emitido asimismo algunos dictámenes sobre reclamaciones de daños y perjuicios singulares; ha habido algunas consultas significativas que se plantearon en el año 2006 por entidades editoriales de libros de texto, en base al principio de confianza legítima, con motivo de las sucesivas reformas de la legislación educativa y subsiguientes alteraciones de los calendarios de implantación de las reformas, lo que hacía inútiles los libros producidos (los dictámenes fueron desfavorables a dichas reclamaciones al haberse considerado que no llegaba a darse el caso de tener que indemnizar por ello).

Pero la función del Consejo de Estado en materia educativa se centra más en el aspecto normativo de la cuestión educativa, es decir, en emitir dictámenes sobre disposiciones con rango de Ley o reglamentarias. En lo referente a disposiciones en rango de Ley es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado cuando se trata de aprobar Decretos Legislativos, pero en materia de educación no ha existido ningún Decreto Legislativo, lo que no quiere decir que no lo vaya a haber en un futuro, pero no se ha dado el caso hasta ahora.

Han sido muchos, sin embargo, los dictámenes que se han emitido en materia de reglamentos de desarrollo normativo tanto en materia universitaria como respecto a la educación en general, pues es preceptivo el dictamen respecto a los reglamentos ejecutivos; han sido muchos los dictámenes, y los reglamentos, estatales en los que el Consejo de Estado ha intervenido, y no solo en los expedientes de elaboración de los mismos, sino también cada vez que se ha producido alguna modificación parcial, y ha habido muchas.

Hay desde luego una motorización normativa extraordinaria en materia reglamentaria en cuanto a legislación educativa, y eso que estamos hablando

sólo de la competencia estatal, que en principio afecta a algunos aspectos, sobre todo a los básicos sobre esa materia. Ni qué decir tiene la multiplicación de normas autonómicas que existen, algunas de las cuales han sido previamente consultadas al Consejo, sobre todo por la Comunidad de Cantabria, que, como decía, no tiene consejo consultivo propio; lo han hecho además puntualmente algunas otras, como Asturias o Madrid.

En cuanto a leyes orgánicas o leyes ordinarias, la consulta al Consejo de Estado no es preceptiva, excepción hecha de que se trate de leyes que desarrollen tratados internacionales o disposiciones de derecho europeo. El Consejo de Estado ha informado así sobre la asignatura de educación para la ciudadanía, pero en general en materia educativa el dictamen no es preceptivo. No obstante, se ha consultado al Consejo sobre alguna ley significativa de educación.

En resumidas cuentas, la intervención del Consejo de Estado en materia educativa a lo largo de estos años se ha centrado en algunos proyectos estatales de ley, o de ley orgánica, y en sus reglamentos de desarrollo.

## 2. PREVISIONES SUSTANTIVAS DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA MATERIA EDUCATIVA

Desde el punto de vista de derecho sustantivo hay tres artículos de la Constitución que son destacables, primero el artículo 3, tan en boga hoy sobre la lengua, lengua castellana, que es, conforme a ese precepto, la lengua oficial en toda España y que todos tenemos el deber de conocer y el derecho a usar, sin perjuicio de la existencia de lenguas oficiales que pueda haber en Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos de Autonomía. Es un artículo que ha dado lugar, como es sabido, a diversas sentencias del Tribunal Constitucional y a diversos problemas –en particular en materia educativa–; después trataré algo sobre ese asunto.

El artículo 27 de la Constitución, que es el artículo clave en la materia, consagra una serie de principios y de derechos fundamentales de primer orden, entre otras cosas porque este artículo está enmarcado en el título primero, capítulo segundo, sección primera de la Constitución, de modo que lo que en él se establece se puede defender incluso ante el Tribunal Constitucional por vía de recurso de amparo. Reconoce varias cosas: el derecho a la educación en general; el derecho a la gratuidad de la educación general básica; el derecho de crear centros docentes (respetando los principios constitucionales y en todo caso bajo reglas de inspección y homologación, porque se reserva al poder

público el derecho de programar la enseñanza); la libertad de enseñanza (bajo controles de inspección y homologación); el derecho a las ayudas públicas según disponga la Ley; el derecho a la formación religiosa y moral de acuerdo con las convicciones de las personas de los padres de los alumnos; la autonomía de las universidades; y, finalmente, el derecho a la participación de los padres, profesores y alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, en los términos en los que la ley lo establezca.

Hay por tanto una diversificación de previsiones; ayer asistimos a unas declaraciones de la Ministra de Educación en el sentido de que en este artículo 27 no estaba previsto el derecho a elegir centro educativo bajo principios de libertad de enseñanza. La Constitución reconoce ciertamente la libertad de enseñanza, que no define en concreto, y el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de referirse al tema en diversas sentencias en las que ha dicho que el derecho a la libertad de enseñanza implica el derecho a crear instituciones educativas e incluye el derecho a enseñar libremente, es decir, sin controles que vayan más allá de lo que es el control de ajuste a principios constitucionales de una convivencia democrática. Dice también el Tribunal Constitucional que existe el derecho a elegir formación religiosa y moral. La Ministra se refirió ayer a una sentencia de dicho Tribunal del año 1981, concretamente a la sentencia 5/1981, relativa a una Ley que ya no está vigente (el Estatuto de Centros Escolares de 1980), y en ella se dijo que el derecho a libertad de enseñanza implicaba al derecho a crear instituciones educativas y que una cosa era ese derecho –como el derecho a una determinada formación religiosa y moral– y otra el derecho a elegir centro educativo. No dijo claramente esa sentencia del Tribunal Constitucional que el derecho a elegir centro no formara parte del derecho a la libertad, sino que lo que dijo es que había dos vertientes dentro de la libertad de enseñanza, una la del derecho a la educación religiosa y moral y a crear instituciones educativas que la impartan y otra la del derecho a la elección de centro educativo. Pero hay que añadir que después el Tribunal Constitucional ha tenido ocasiones para ir aquilatando la materia hasta el punto de que en sentencias posteriores ha dicho con mayor claridad que sí existe el derecho a la elección de centro docente como derecho derivado del artículo 27 de la Constitución. Lo ha dicho concretamente en dos sentencias que cito por su relevancia, la 133/2010 y la 74/2018. En estas dos sentencias se dijo que existía el derecho a la elección de centro educativo.

Es verdad que se puede distinguir entre el derecho a la elección de centro educativo, en el sentido de derecho a acudir o no a la enseñanza pública, y el derecho a la elección entre varios centros educativos públicos. Este tema no se ha resuelto aún claramente. Entiendo que derecho a elegir si un hijo se forma

en un colegio público o privado es un derecho que deriva de lo dicho en esas sentencias del Tribunal Constitucional, y ello es algo connatural a la propia libertad de enseñanza, pues si está claro que el derecho a la libertad de enseñanza implica el derecho a crear instituciones educativas y resulta que la legislación obliga a mandar a los niños a colegios públicos, evidentemente el derecho a la libertad de enseñanza desaparece. El derecho a crear centros educativos es parte del derecho a la libertad de enseñanza, luego también forma parte del derecho de libertad de enseñanza el llevar a los niños a esos colegios, como es de lógica.

En el pacto internacional de derechos económicos de Naciones Unidas de 1976, que España ratificó en 1977, hay un artículo –el 13– que habla claramente del derecho a la elección de centro educativo.

Lo que ya esta por ver, no sé si la Ministra iba por ahí ayer en sus declaraciones, es si existe el derecho a elegir enseñanza cuando hay varios centros educativos públicos a disposición, es decir, si en un barrio en el que hay cinco colegios públicos la Administración podría señalar a cuál de ellos debe ir cada niño.

Si hablamos de elegir entre centro privado puro y centros privado concertado, se debe reconocer claramente el derecho a elegir; en el momento en que existen centros privados, aunque sean concertados, el derecho a la elección de centro me parece que es un derecho inserto en el artículo 27 de la Constitución.

En definitiva, desde el punto de vista de derecho sustantivo la Constitución tiene un artículo sobre la lengua (el 3), un artículo importante sobre educación en general (el 27), y a ellos hay que añadir el artículo 16 sobre la libertad religiosa, que enlaza en alguna manera con el derecho a la elección de formación religiosa o moral.

Esos son los grandes principios sustantivos que hay en la Constitución sobre la materia.

### 3. LAS COMPETENCIAS SOBRE EDUCACIÓN

Desde el punto de vista competencial, el artículo 149 de la Constitución tiene un párrafo, el 1.30, en el que establece qué puede hacer el Estado en materia educativa, y en él se dicen dos cosas: que el Estado tiene la competencia para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, y, por otro lado, que tiene además competencia para elaborar las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha dicho ya en muchas sentencias, y el Consejo de Estado lo había dicho también en sus dictámenes, que una cosa es la primera parte y otra la segunda de ese apartado 30. En la primera parte, sobre regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, la competencia estatal es plena y lo único que tienen las Comunidades Autónomas es la posibilidad de dictar actos de ejecución sobre ello. En cambio, sobre la educación en general el Estado solo tiene competencias básicas, es decir, solo puede aprobar normas básicas.

Ocurre sin embargo, como tantas veces, que los títulos competenciales se rozan: el Estado tiene competencia plena para regular el régimen de obtención de títulos universitarios, académicos o profesionales, pero esos títulos son fruto de una formación que requiere un contenido, y resulta que sobre ese contenido el Estado solo tiene competencia para dictar la normativa básica –pues el desarrollo normativo de los contenidos es competencia de las Administraciones educativas es decir, autonómicas–, de alguna manera las Comunidades Autónomas están también interviniendo en materia de títulos.

Al final los títulos competenciales se interrelacionan, y no cabe hablar de competencia estatal plena para la primera parte del art. 149.1.30 de la Constitución y básica para la segunda.

El Tribunal Constitucional ha dicho que el Estado tiene competencia plena para (1) regular la obtención de títulos, (2) establecer las reglas de homologación de los mismos –aunque se permita a las Comunidades Autónomas dictar los actos de otorgamiento que el Estado homologa o acepta–, (3) decir qué títulos existen, (4) enlazar títulos a profesiones y hacer reserva de ejercicio de ciertas profesiones a determinados titulados, (5) incluso decir si es o no precisa la incorporación a un colegio profesional para poder ejercer una profesión.

En cambio el Estado solo tiene competencia básica en materia general educativa, lo que alcanza al establecimiento de las enseñanzas mínimas, aprobar los currículos básicos de formación (los de desarrollo son competencia autonómica), fijar niveles educativos y ciclos en los que se divida la formación de las personas, la formación mínima exigible y las reglas de acreditación y superación de los estudios –es decir, qué niveles para ello hay que alcanzar–, así como el régimen de acceso a la universidad.

De manera que estamos ante un panorama competencial complejo derivado de la Constitución que ha generado, y previsiblemente lo seguirá haciendo, conflictos.

#### 4. INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA UNIVERSITARIA

Empezando por la parte relativa a educación universitaria, el Consejo de Estado ha dictaminado sobre tres anteproyectos de Ley. En primer lugar, dictaminó sobre el anteproyecto de Ley de lo que es la actual Ley de Ley Orgánica de Universidades (LOU) 6/2001, de 21 de diciembre, el dictamen núm. 1998/2001.

La consulta fue potestativa (lo dice además el dictamen de manera expresa) porque el gobierno quiso someter el anteproyecto a dictamen del Consejo, no porque tuviera necesidad de hacerlo.

Esa Ley Orgánica fue objeto de una reforma importante en el año 2007, mediante Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, que también fue objeto de dictamen cuando era anteproyecto; de trata del dictamen núm. 1326/ 2006.

Finalmente la llamada Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), a la que seguidamente me referiré, aunque no es una ley dedicada a la enseñanza universitaria, modifico algo la LOU 6/2001. Es la Ley Orgánica 8/2013, que también fue objeto de dictamen cuando era un anteproyecto (dictamen núm. 172/2013).

De manera que el Consejo de Estado ha tenido ocasión de dictaminar sobre tres anteproyectos de Ley que han determinado sustancialmente la educación universitaria.

Ha habido sin embargo muchas otras modificaciones de estas Leyes Orgánicas, concretamente de la Ley Orgánica Universitaria, que no han sido objeto de dictamen previo por el Consejo de Estado, y voy a citar algunas de ellas: la Ley 14/2011, de la Ciencia, no se sometió a dictamen del Consejo de Estado, como tampoco el Real Decreto-ley 14/2012; el Real Decreto-ley 10/2015; la Ley 3/2017, de presupuestos para el año 2017; la Ley 6/2018, de presupuestos para el año 2018; la Ley 15/2014, sobre Racionalización del sector público (que modificó el tema de la ANECA), y Ley Orgánica 3/2018 (que modificó el artículo 46.2 de la LOU).

Ha habido así un panel de modificaciones puntuales –insertas muchas veces en otras leyes parciales universitarias– que no han sido sometidas a dictamen previo del Consejo de Estado.

Por otra parte, como ya dije, los reglamentos en materia universitaria ejecutivos de la LOU sí han sido dictaminados –preceptivamente– por el Consejo de Estado, y todos esos reglamentos se han aprobado de acuerdo con el Consejo de Estado. Saben ustedes que cuando se adopta una resolución, sea normativa o no, en cuyo expediente haya emitido dictamen el Consejo, hay que indicar si la reso-

lución o la norma que se aprueba se adecúa o no al dictamen del Consejo de Estado, a cuyo efecto en los dictámenes se especifica qué consideraciones se consideren esenciales a tal efecto; si no se sigue el criterio del Consejo el acuerdo final se adoptará «oído» el mismo y «de acuerdo» en otro caso; eso no significa que se haga siempre bien, pues en algunas ocasiones nos encontramos unas normas aprobadas «de acuerdo» con el Consejo de Estado cuando realmente no es cierto; tal infracción no determina la invalidez de la norma, por más que se transmita al ciudadano una idea equivocada. Recuerdo una norma de este mismo año 2019 sobre retribuciones de los investigadores respecto de la cual se dijo que no se podía establecer un doble complemento de productividad, no obstante lo cual se añadió que si se aprobaba así deberían introducirse algunas previsiones de mejorar del proyecto, y lo que al final hizo el Gobierno fue introducir esas modificaciones y aprobar el reglamento de acuerdo con el Consejo, pese a desatender la observación esencial previa que el dictamen había manifestado.

No voy hacer una relación de todos los dictámenes y de reglamentos habidos en materia de enseñanza universitaria, sino a estructurar las materias y citar los mas relevantes, pues se ha dictaminado sobre organización, sobre creación de centros universitarios, sobre derecho de acceso a los propios centros, sobre profesorado, sobre estudiantes, sobre estudios y contenidos, y sobre equivalencias de estudios.

En materia de organización, hemos dictaminado en 2009 el Reglamento que aprobó el Consejo de Universidades y su estructura el año 2009. En cuanto a creación de centros hemos dictaminado las dos normas que regulan la materia, que son el Reglamento de Creación, reconocimiento y autorización de universidades y centros, del año 2015, y el Reglamento que crea el Registro de Universidades, centros y títulos, del año 2008. Sobre acceso a Universidades y centros la regulación hemos dictaminado los Reglamentos actuales –más los anteriores derogados–, en particular el actual Reglamento de 2014. En materia de profesorado se ha dictaminado toda la normativa relativa a las acreditaciones (en su día homologaciones) a través de la ANECA. También los diversos reglamentos aprobados sobre ordenación de las enseñanzas universitarias y su profesorado, cuerpos docentes universitarios, concursos de acceso, contrataciones –excepcionales o no– de profesores. El Estatuto del Estudiante Universitario de 2010 fue también dictaminado por el Consejo de Estado. Y en materia de estudios se dictaminó la regulación general sobre estudios universitarios de grado (actual Real Decreto 1393/2007) y el Reglamento de 2011 sobre estudios de doctorado, además de un reglamento sobre prácticas externas. Y asimismo la normativa sobre equivalencias, sea de títulos de la Iglesia, de otras instituciones o sobre reconocimientos u homologaciones de títulos extranjeros.

De manera que el Consejo de Estado ha tenido una intervención muy amplia sobre la materia, siempre bajo el paraguas de los principios constitucionales a los que hice referencia y de la LOU 6 /2001.

Voy solo a destacar algunos aspectos de esos reglamentos.

Por ejemplo, en materia de creación de centros universitarios, el Consejo de Estado tuvo ocasión de emitir en 2018 dictámenes, el número 226/2018 y el número 227/2018, sobre dos proyectos de universidades privadas de Extremadura, las proyectadas Universidad Abierta de Europa Extremadura y Universidad Internacional Augusta Emérita. La creación de universidades privadas requiere Ley de la Comunidad Autónoma correspondiente, y la Comunidad de Extremadura solicitó dictamen al Consejo de Estado sobre sendos proyectos de ley relativos a esas dos universidades. En esos dos dictámenes se reconoce que existe el derecho, conforme al artículo 27 de la Constitución, a crear centros docentes, y por tanto, a crear universidades, aunque es un derecho sometido a principios constitucionales y a reglas de control, homologación etc. Pero ambos dictámenes fueron desfavorables a la creación de esas universidades por entender que no había una coherencia, una cohesión y rigor, una suficiencia, en los proyectos; se trataba de universidades que se iban físicamente a ubicar en Madrid, ocupando medio piso en una casa, para impartir ocho o diez graduaciones, con un profesorado en el que solo eran doctores el 17% de los profesores. Lo relevante es que, reconociendo el Consejo de Estado el derecho a la creación de universidades, se dijo que la creación de una universidad requiere una hechura, una suficiencia, una seriedad, un rigor en el proyecto educativo que obligaba a informar en contra, y lo cierto es que estas dos universidades, pese a que los dictámenes no eran vinculantes, no se han creado.

Otro tema destacable de la intervención nuestra en relación con un proyecto de reglamento afectante a la materia de educación universitaria se produjo respecto a un tema que afecta en general a la modificabilidad de los proyectos reglamentarios sometidos a dictamen. Nos hemos encontrado alguna vez, en materia de educación concretamente, con que se somete a dictamen del Consejo de Estado un proyecto de reglamento; el dictamen del Consejo de Estado –por previsión legal– es el último trámite que se debe producir en un procedimiento, lo que quiere decir que después que se haya emitido el dictamen lo único que procede es aprobar o no el texto, o aprobarlo con las modificaciones que resulten de las propias observaciones del dictamen; pero lo que no se puede hacer es cambiar el texto a base de introducir en él variantes que no vienen derivadas del propio dictamen, pues en ese caso se puede entender que el reglamento es inválido por razones formales, concretamente porque se ha omitido el dictamen –preceptivo en el caso de reglamentos ejecutivos, como ya he dicho–.

El determinar cuándo una modificación introducida después de un dictamen deriva de las observaciones del propio dictamen o es una novedad impropcedente en ese momento (salvo que se solicite nuevo dictamen), incluso el valorar el alcance de la infracción, es un tema de análisis caso a caso, sobre todo cuando se trata de modificaciones que no afectan al reglamento entero, sino que suponen el suprimir o añadir algún párrafo o artículo.

En materia educativa hemos tenido la experiencia de que por Real Decreto 1707/2011 se reguló el régimen de prácticas externas en la formación de los estudiantes universitarios, es decir, el régimen de formación mediante trabajo –retribuido– en empresas. Ese Real Decreto fue objeto del dictamen número 1830/2011, y después del mismo se introdujo por el Gobierno una nueva disposición adicional, que no derivaba del propio dictamen, para decir que esos estudiantes no causarían alta en el régimen general de la Seguridad Social.

Pues bien, el Tribunal Supremo dictó sentencia en la que entendió que ese Reglamento era nulo porque esa adición era lo suficientemente grave como para «manchar» al reglamento entero, que no había sido por tanto objeto del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Eso originó que se elaborara de nuevo un proyecto, donde ya sí se incluía esa disposición, proyecto que se sometió a dictamen (número 323/2014) que se aprobó por Real Decreto 592/2014, que es el que actualmente regula la materia.

Otra de las intervenciones destacables del Consejo en materia de educación universitaria se produjo con motivo del dictamen emitido respecto al que fue anteproyecto de la Ley Orgánica de Universidades, sobre el que, como ya he dicho, se emitió el dictamen 1998/2001 en el cual, como se pueden imaginar ustedes, tratamos muchas cosas.

Algunas significativas fueron el análisis que se hizo sobre la compatibilidad entre el control sobre el régimen organizativo para las universidades privadas y el derecho a la creación de centros docentes (porque siempre se ha generado una tensión en este punto, en el sentido que si yo tengo derecho, como particular, a crear un centro universitario, pues tendré derecho a establecer la organización que yo quiera para ese centro, y cuáles son los límites de ello). La Ley Orgánica de Universidades establece que tiene que haber al menos un claustro de profesores y un consejo escolar con una serie de funciones; ahí se planteó el debate sobre si se podía, por la legislación, encorsetar de alguna manera el régimen organizativo de los centros privados, y dio lugar a que se analizara el problema y se concluyera que en principio sí se puede regular la materia, pero debiendo en todo caso respetarse el ideario y los principios del propietario creador, como es su derecho.

El Consejo de Estado ha dictaminado también sobre la posibilidad de desarrollo reglamentario en materia universitaria, porque los temas relativos a derechos fundamentales, por derivación del artículo 81 de la Constitución, y el derecho a la educación lo es, se deben regular por Ley Orgánica.

El problema que siempre se plantea es hasta donde llega la regulación necesaria por ley orgánica y dónde puede empezar la regulación reglamentaria, y a ese respecto, concretamente sobre la legislación universitaria, se ha consultado varias veces al Consejo de Estado. Ya en el año 2007 se emitió el dictamen número 51.277, al que se añade el ya mencionado número 1998/2001.

En este dictamen el Consejo de Estado entendió, y luego el Constitucional lo ha respaldado, que los aspectos esenciales de la regulación de la materia tienen que contenerse en Ley Orgánica, pero que es posible el desarrollo incluso de aspectos básicos en normas con carácter reglamentario, y son muchas las normas reglamentarias –ya he citado las materias– que se han aprobado al respecto.

Y otro de los temas que el Consejo de Estado también destacó en el dictamen de 1998/2001 (y ahora se va a plantear porque, como ya dije, parece que la Comunidad de Madrid va a consultar al Consejo de Estado sobre el tema) es el de los mecanismos de control y regulación de excesos que se puedan cometer con las universidades, públicas o privadas, en el cumplimiento de sus fines.

En este dictamen 1998/2001 el Consejo de Estado dijo que se echaba en falta una regulación sobre la materia y, pese a ello, en la Ley Orgánica de Educación hay una regulación mínima, muy parca, sobre la materia, prácticamente solo una disposición (la adicional novena) que permite la posibilidad de revocar las autorizaciones a los centros o los programas de enseñanza por parte de las Comunidades autónomas por decisión de su asamblea cuando las universidades privadas no cumplan con las reglas o condiciones que sirvieron de base para la creación de la propia universidad. Y solo está previsto, además, para las universidades privadas, pues para las públicas no hay realmente una regulación, de modo que habrá que ver si esta normativa se debe completar. Pero es significativo que ya en el año 2001 el Consejo de Estado llamó la atención sobre esto que ahora se vuelve a poner de manifiesto.

## 5. INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA EDUCATIVA EN GENERAL

A la educación general le pasa algo parecido a lo que ya hemos visto que le sucede a la legislación universitaria. Hay una normativa con carácter de ley

Orgánica (en parte no orgánica porque cuando hablamos de leyes orgánicas, sobre todo en materia educativa, buena parte del articulado de esas leyes no es orgánico, sino que tiene rango de Ley ordinaria, lo que hace que algunos artículos se modifiquen después por Leyes ordinarias) y toda una regulación reglamentaria de desarrollo –además, mucho más numerosa y compleja que la universitaria–.

El Consejo de Estado sólo ha dictaminado dos anteproyectos de Ley, aunque no son desde luego poco importantes, el anteproyecto de la actual Ley Orgánica de Educación (dictamen número 1125/2005) y en anteproyecto de ley de su reforma por Ley Orgánica 8/2013 (dictamen 172/ 2013).

Fuera de esto (y de algún tema muy puntual en el anteproyecto de ley de economía sostenible, donde no se entró en el tema educativo aunque modifique algo la citada legislación docente), el Consejo de Estado no ha tenido intervención.

Hay que empezar por exponer cuál es el esquema de leyes que han regulado la materia porque es complejo.

Partimos de la Ley de Educación del año 1970, la ley de Villar Palasí, que es una ley cuyo anteproyecto no se sometió a dictamen del Consejo de Estado. Tal Ley fue derogándose por trozos, y no ha terminado de derogarse al completo hasta el año 2006. Es decir, hasta 2006 ha estado vigente en buena parte.

En el año 1980, ya después de la Constitución, se aprobó la primera ley en materia educativa, que fue la Ley 5/1980, llamado Estatuto de Centros Escolares. No está vigente.

En el año 1985 se aprobó la llamada Ley Orgánica de Derecho a la Educación (LODE). Esa está vigente en parte.

En el año 1990 se aprobó la Ley Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE). No está vigente.

En el año 1994 se aprobó una ley sobre concursos de provisión de puestos de funcionarios docentes. Está derogada.

La Ley Orgánica 9/2015, de la Participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes, esta también derogada.

Ley Orgánica del año 2002, sobre la Calidad de la educación (LOCE). No está vigente.

Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación (LOE). Es la norma actualmente en vigor.

Para hacernos idea, hoy en día, en materia educativa general desde el punto de vista legislativo hay dos leyes en vigor, la LODE de 1985 (en parte) y la LOE de 2006, de Educación. Solo ésta fue dictaminada en fase de anteproyecto por el Consejo de Estado (en el ya mencionado dictamen núm. 1125/2005).

Pero la LOE ha sufrido importantes modificaciones, en especial la aprobada por Ley Orgánica 8/2013, de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), cuyo anteproyecto se dictaminó bajo número 172/2013.

Pues bien, las sucesivas reformas se deben sustancialmente a la inspiración política del legislador de turno. La LOE vigente del 2006 se aprobó gobernando el Partido Socialista OE; cuando pasó a gobernar el Partido Popular se modificó mediante la citada LOMCE.

Ha habido además algunas modificaciones más o menos puntuales de la LOE, mediante la Ley de Economía sostenible, la ley complementaria de la ley de economía sostenible, la ley de Protección a la infancia o a la adolescencia, o la Ley de Protección de datos personales.

Hemos dictaminado, por tanto, dos anteproyectos de ley destacables, la vigente LOE de 2006 y su reforma mediante la LOMCE de 2013. Recientemente se ha modificado por Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (LOMLOE), cuyo anteproyecto no fue sometido a dictamen del Consejo de Estado.

Y hemos además dictaminado como ya dije, multitud de reglamentos que se han dictado sobre la materia, en concreto sobre organización, centros superiores de enseñanza deportiva, centro superior de enseñanzas artísticas, profesorado –toda la regulación de los ingresos, especialidades, formación, concursos de traslados, equivalencias de títulos de profesorado, etc.–, enseñanzas mínimas, pruebas de evaluación, educación primaria, educación infantil, educación secundaria, bachillerato. Hemos dictaminado todos los reglamentos estatales sobre currículos básicos (que, como ya hemos visto, es lo único que corresponde al Estado al respecto), también la regulación de la educación especial, que es muy variada, y las equivalencias de títulos.

Esa doble visión, política, más liberal y más intervencionista, a la que me he referido se aprecia claramente en materia educativa en algunos aspectos puestos de momento de manifiesto y que paso a destacar: lengua, educación separada por sexos, la asignatura de religión, la asignatura de educación para la ciudadanía, el gobierno de los centros docentes, las exigencias educativas mínimas, la educación especial y los conciertos. Estos son los puntos donde se puede ver la visión del legislador correspondiente de la ley.

En cuanto a la «Lengua», una visión tiende a proteger más la posibilidad de emplear las lenguas cooficiales, mientras que la otra visión trata de proteger más el castellano. Sobre «Separación por sexos», una visión intenta evitar que haya separación por sexos y la otra trata de defenderla. Sobre las asignaturas de «Religión», por unos se trata de orillar más que por otros, a la inversa que sucede con «Educación para la ciudadanía». En cuanto al «Gobierno de los centros», una postura pretende que manden los Consejos escolares en detrimento de los

directores de los centros, al contrario que la otra. Sobre «Exigencias educativas», hay una visión que quiere que haya reválidas, que quiere que para pasar de curso se establezcan exigencias sólidas, mientras que hay otra visión que considera que no debe haber reválidas, o que para pasar de curso se debe ser menos exigente, en general que se pueda pasar de curso con tres asignaturas suspendidas. Estas visiones del problema se aprecian claramente en las leyes educativas de cada distinto signo político, lo que enlaza además con el tema de las becas, pues unos pretenden que las becas se asignen en función –preponderantemente– de las necesidades económicas del estudiante mientras que otros consideran que deben valorarse más los resultados académicos. En cuanto a «Educación especial», está en pleno debate si deben desaparecer los centros de educación especial, de alumnos con necesidades especiales, con integración de los alumnos en alguno de los centros de educación ordinaria. Y, por supuesto, es un tema en permanente discusión el de los «Conciertos» educativos (en qué condiciones y exigencias que puede imponer la Administración), con lo que enlaza el tema del derecho a la elección de centro al que al principio hice alguna referencia.

El Consejo de Estado no es un órgano político. El someter a dictamen del Consejo de Estado anteproyectos de ley que desarrollan derecho europeo o tratados internacionales tiene lógica porque se trata de analizar si hay colisión con esas normas de obligado acatamiento. La tiene también el dictamen preceptivo de los reglamentos, pues el Consejo de Estado tiene que si se ajustan a las normas de superior rango.

El someter, sin embargo, de manera potestativa al Consejo de Estado leyes completas sobre las que no hay una normativa concreta por encima de ellas pone sobre la mesa del Consejo de Estado una problemática relativamente política que acaso no debiera informarse por él. Ya sabemos que puede seguir criterios de oportunidad, pero solo cuando se le pregunte o al hilo de problemas concretos. En cambio, ante la eventualidad de tener que dictaminar sobre un completo anteproyecto de ley de educación lleva al Consejo de Estado a limitarse a llamar la atención sobre la necesidad de motivar las decisiones, fundamentarlas, o para que las memorias estén completas y sean adecuadas; pero es que dentro del ámbito de la regulación educativa –y con respecto a la Constitución– hay muchas maneras de afrontar los temas, pues, por ejemplo, si para pasar de curso solo se pueden tener como máximo dos suspensos o tres, resulta igualmente válida una opción y otra, y poco puede decir sobre ello el Consejo salvo, insisto, advertir de la necesidad de valorar la situación y razonar la decisión que finalmente se adopte.

De hecho, los dictámenes que el Consejo de Estado ha emitido sobre anteproyectos de ley en materia educativa van muy en esa línea, pues hemos

dictaminado a favor textos completamente opuestos, como la LOE de 2006 y la LOMCE de 2013.

Concretemos algo (casi telegráficamente) sobre esos aspectos de opción que he mencionado como más significativos.

– Lengua.

Partimos del artículo 3 de la Constitución y de que el Tribunal Constitucional tiene dicho que no establece el derecho al uso de una determinada lengua como vehicular en la enseñanza, ni el castellano ni la autonómica correspondiente. Partiendo de ello (insisto que dicho por el Tribunal Constitucional con claridad), nadie que estudie, por ejemplo en Galicia, tiene derecho a que su hijo estudie –en la enseñanza pública me refiero– en castellano, sino que tiene que haber una coordinación de las dos lenguas, el castellano, que es la lengua de todos, y la lengua autonómica.

Y para ello se barajan en principio dos sistemas, el de integración y el de separación.

El sistema de separación consiste en que habrá colegios públicos con enseñanza en castellano y habrá colegios públicos con enseñanza en la lengua cooficial. De manera que si yo quiero llevar a mi hijo a un colegio público y quiero que hable castellano lo llevaré al colegio donde hablan castellano porque la oferta pública de la enseñanza pública me permite esa posibilidad.

El sistema de integración supone que no habrá separación de colegios por lenguas, sino que todos los colegios emplearán ambas.

Y aquí viene el problema, pues, como también ha dicho el Tribunal Constitucional, este sistema obliga a una «proporción razonable», estas son las palabras clave, de las dos lenguas para que las dos lenguas puedan ser vehiculares.

El problema que se plantea aquí ya no es de normativa, que sobre el papel es tan sencillo de explicar como lo estoy explicando, sino de materialización y de control. Porque ¿cómo se controla si hay proporción razonable o no, no ya sobre el papel, en la normativa, sino en la materialización de la enseñanza? Se trataría de establecer un sistema de inspección eficaz con mecanismos de reacción efectivos ante las infracciones.

Saben ustedes que en la reforma educativa de 2013 que se hizo bajo el gobierno del Partido Popular, la LOMCE (la llamada Ley reforma Wert) se preveía en una de las disposiciones adicionales una especie de mecanismo de ejecución subsidiaria, al establecerse que cuando no existiera esa proporción razonable a juicio de la alta inspección, y tanto a iniciativa de la propia inspección como por denuncia de los padres, éstos podrían llevar a sus hijos a cole-

gios privados y el Estado les pagaría el coste y se lo descontaría –en sus cuentas– a la Comunidad Autónoma.

En el dictamen emitido sobre el anteproyecto de LOMCE el Consejo de Estado vino a decir que tal y como estaba regulada la materia en ese anteproyecto, quizá se requeriría una precisión mayor. Leo el párrafo clave sobre el tema. Dice el dictamen: *«puesto que no existe un pretendido derecho a recibir las enseñanzas única y exclusivamente en castellano, la regla de que las administraciones educativas deberán sufragar los gastos de escolarización cuando los padres o tutores decidan escolarizar a sus hijos o pupilos en centros privados que utilicen el castellano como vehicular, más allá de las dificultades técnico jurídicas que podría conllevar su aplicación, no debería figurar en la ley por afectar al ámbito de decisión de las Comunidades Autónomas con lengua propia debiendo quedar en el marco de las medidas que en su caso se adopten por las administraciones educativas cuando éstas así lo decidan en el supuesto de no disponer de otros medios o recursos para garantizar en la red pública para utilizar el castellano como lengua vehicular».*

Es decir, que el Consejo de Estado aconsejó que no se introdujera esa regulación en la Ley, sino que se llevara a una regulación general sobre control e inspección en materia educativa.

Sin embargo, la LOMCE se aprobó así y el Tribunal Constitucional acabó declarando la invalidez de una parte de esa reforma en la sentencia 14/2018. Sobre ese concreto particular el Tribunal Constitucional vino a decir que, sin perjuicio de que existe obligación de respetar los principios constitucionales y de mantener la obligada «proporción razonable» entre las lenguas, no se podía considerar ajustado a Derecho un sistema que no era suficientemente claro en esa norma; dice en concreto la sentencia que *«no hay certidumbre suficiente en el momento de constatación de la infracción»* y que, además, debe arbitrarse algún mecanismo previo de intento de acuerdo con la Comunidad Autónoma presuntamente incumplidora.

Esto, unido a una serie de manifestaciones hechas en la propia sentencia sobre la alta inspección estatal (relevantes, porque se dijo que no permite colocar a la Comunidad Autónoma en una posición jerárquicamente dependiente del Estado, sino que tiene únicamente por finalidad constatar datos y formular denuncias o efectuar avisos o advertencias y que deberá haber un mecanismo de regulación independiente que canalice el resultado de la inspección), deja de nuevo sin clarificar un tema ciertamente complicado.

En conclusión, en materia de «Lengua» el tema está por resolver y regular: operativa de las dos lenguas, lengua vehicular, proporción razonable y, sobre todo, control.

– Separación por sexos.

Desde la Ley de 1857 siempre existió en España la separación. Fue en el año 1970, mediante la Ley Villar Palasí, cuando se estableció la educación mixta, por cierto, mucho antes de que lo hicieran muchos países europeos.

El tema de la separación lleva a tratar dos temas: si el hecho de que exista educación separada por sexos vulnera el derecho a la igualdad, punto uno; y si se pueden adoptar medidas de ayuda constreñidas solamente a la educación mixta, punto dos.

El primer aspecto está hoy resuelto en el sentido de que no se vulnera el derecho a la igualdad por el hecho de que haya educación separada. Es decir, yo puedo crear un colegio privado sólo para niños o sólo para niñas. Eso es válido. A la vista de la Constitución, la Administración podría crear colegios públicos para niños o para niñas, pues ello no sería inválido.

La problemática persiste (y desde el punto de vista legislativo, no constitucional) en cuanto al tema de las ayudas. ¿puede haber conciertos o ayudas a colegios que separan por sexos?

En la LOE vigente no se planteaba el problema, sino que se planteó con motivo de que una Comunidad Autónoma denegó algún tipo de ayudas a un centro que separaba niños y niñas, lo que terminó ante el Tribunal Supremo, que dictó dos sentencias en 2012 en las que dijo que no era inválido el denegar ayudas cuando el régimen de ayudas se supedita legalmente a la existencia de educación mixta.

Ello puso sobre la mesa el tema de la regulación del tema a nivel Ley, y, gobernando el Partido Socialista OE, en el año 2011 se elaboró un anteproyecto de ley sobre igualdad integral en materia de género. En el anteproyecto de ley –que no llegó a aprobarse, pues se disolvieron las Cortes– había un artículo 16 que expresamente decía que no habría ayudas públicas a los centros privados que mantuvieran separación por sexos, sino que las ayudas se constreñirían a centros mixtos.

Como no se aprobó, la reacción fue que, en el año 2013, en la LOMCE, gobernando el Partido Popular, se introdujo una modificación en la LOE de 2006 (concretamente en su art. 84) para decir expresamente que se permitirían las ayudas a centros que separaran por sexos.

En el dictamen número 172/2013 que el Consejo de Estado emitió sobre el anteproyecto de LOMCE se dijo que ello era válido pero que debía recogerse en el articulado la exigencia de que para recibir ayudas a centros que separasen por sexos debería haber una justificación objetiva y razonable de esa separación, que se consideraba la excepción a la regla, debiendo además con-

cretar dichos centros un programa y medidas académicas a implementar para favorecer la igualdad. Y efectivamente, en el anteproyecto se introdujo, y así es como se aprobó la LOMCE, una previsión diciendo que: *«caben ayudas a centros que sí separen por sexos, pero en todo caso, para que esto sea así, los proyectos educativos de estos centros deberán exponer las razones de esa separación y deberán explicar qué medidas accesorias adoptan para favorecer una educación igualitaria»*.

Por tanto, si los colegios cumplen con esa exigencia, recibirán ayudas.

Pero el tema, vuelvo a repetir, es de polémica política, y en un momento determinado puede llegar otro legislador que decida prohibir las ayudas a centros que no separen por sexos en la educación. Ya he dicho que el Supremo ha dicho que no sería inválido exigir educación mixta para otorgar ayudas.

– Asignatura de religión.

Ha habido muchos sistemas una vez pasada la obligatoriedad de la enseñanza de religión (por derivación del art. 27 de la Constitución).

La LOGSE (de 1990) estableció que existiría una asignatura de religión optativa y que quien no la eligiera tendría tiempo libre para el estudio. Eso dio lugar a una sentencia de 1994 en la que el Tribunal Supremo consideró inválida esa previsión en la medida en que los Acuerdos de España con la Santa Sede del año 1979 dicen que existirá el derecho a la asignatura de religión en condiciones equiparables al resto de las asignaturas.

Se modificó entonces la Ley en el sentido de crear una asignatura de religión y otra de cultura religiosa. Sólo se evaluaba la de religión, y esa puntuación no valdría a efectos de concursos o acceso a la universidad, pues habría alumnos que no habrían cursado esa asignatura. Esto se consideró válido por el Constitucional.

En el año 2002 se aprobó una reforma que no llegó a ponerse en marcha porque se acabó a su vez modificando de nuevo. Consistía en que habría una asignatura que se llamaría Sociedad, Cultura y Religión que se subdividiría en dos partes, la parte confesional y la parte no confesional; las dos serían evaluables.

El actual sistema, el de la LOE de 2006, establece una separación entre la asignatura de religión y una asignatura que se llama Valores culturales y éticos o Valores culturales y sociales, de modo que los podrán escoger una u otra. Se evaluará solo la religión, pero la puntuación que se obtenga en ella no valdrá a efectos de concurrencia ni de admisión a la universidad.

La reforma introducida por la LOMCE en 2013 potenció el número de horas de estudio de la asignatura de Religión, no más.

– Gobierno de los centros.

En materia de gobierno de los centros la LOE estableció que existiría un consejo escolar (arts. 119 y 127) al que se atribuían funciones relevantes, concretamente funciones sobre contratación, intervención en materia de despidos, aprobación del proyecto educativo, normas educativas, incluso aprobación de determinados gastos.

En la LOMCE de 2013 se restringió de manera muy sustancial la función de dicho consejo escolar, que en la actualidad tiene una función más de control de gestión que gestión propiamente dicha. Se ha incrementado, a cambio, la función de los directores de los centros. En el dictamen que el Consejo de Estado emitió sobre el tema no se formuló oposición a esa posibilidad; es más, se dijo que era una opción legítima el potenciar la función del director del centro.

– Calificaciones.

El régimen actual (LOE + LOMCE) impone una serie de reválidas, una en segundo o en tercero de enseñanza primaria, otra al terminar primaria, otra al terminar la ESO, y la última al acabar el Bachillerato.

Estas reválidas se caracterizan porque las realizan profesores externos a los centros (como existieron en otros tiempos, cuando yo estudiaba).

Sabemos que es un tema políticamente discutido, por lo que si no se alcanza el deseado acuerdo sobre educación, pronto veremos la supresión de las reválidas.

– Asignaturas.

Actualmente el currículo separa asignaturas troncales, específicas y de libre configuración autonómica, que no voy a explicar ahora.

¿Qué puede decir el Consejo de Estado a ese respecto? ¿Qué ha dicho en los dictámenes emitidos? Los dictámenes no han hecho objeciones a ello más allá de llamar la atención sobre la pertinencia justificar debidamente el modo en que se trata alguna asignatura, pues estamos de nuevo ante una diversidad de opciones legítimas para el legislador.

En cuanto a la temática concreta de las exigencias para poder pasar de curso, depende de la fase docente de que se trate, pero en materia de enseñanza obligatoria el régimen general actual es que para pasar de curso no se pueden tener más de dos asignaturas suspendidas, aunque excepcionalmente se admite no cumplir esa regla.

Sobre esta cuestión el Consejo de Estado dictaminó en su día a favor del hoy ya no vigente Real Decreto 1467/ 2007. Allí se hizo una interpretación un

poco alambicada de la Ley para admitir que cuando un alumno no pudiera pasar de curso por tener más de dos suspensos, en vez de repetir ese curso pudiera sin embargo matricularse del curso siguiente y de las asignaturas suspendidas del anterior. El Tribunal Supremo dijo que esto era inválido, lo que dio lugar a que se reformara ese reglamento.

– Educación para la ciudadanía.

Esa asignatura obedece a un acuerdo adoptado por el Consejo de Europa en el año 2002.

El problema no está en la asignatura sino en la tendenciosidad política que se ha apreciado en su configuración.

Bajo la LOE (2006) existe esta asignatura al final de la educación primaria, en la ESO y en el Bachillerato.

En la LOMCE (2013) se suprimió en primaria, y en Bachillerato se cambió por la asignatura de Filosofía y Ciudadanía, de manera que en la ESO se estudia actualmente Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos y en Bachillerato se estudia Filosofía y Ciudadanía.

El Consejo de Estado ha dictaminado los reglamentos en los que se ha desarrollado esta cuestión, que se han informado a favor. Lo más relevante es quizá el dictamen favorable emitido sobre el que fue Real Decreto 1190/2012, en el que, manteniéndose la asignatura, se reguló su contenido para tratar de eliminar de ella perfiles que se consideraba que podían implicar adoctrinamiento político.

O sea, sobre la materia de educación para la ciudadanía no hay en realidad polémica en cuanto que es imperativa; el problema está en su exacto contenido.

– Educación especial.

Ya he dicho antes que está en pleno debate el tema de la efectiva supresión de los centros docentes especiales.

El problema está en que existen unas directrices de la UNESCO –del año 2009– en las que se dice que se tratará siempre de que la educación sea inclusiva. Por tanto, el mantener a niños con necesidades educativas especiales en colegios independientes podría suponer que esos centros sean una especie de guetos que hay que evitar.

La desaparición de esos colegios se haría a base de incorporar a los alumnos a los colegios ordinarios, en los que tendrán que implantarse mecanismos especiales de atender a alumnos que lo requieran.

En los artículos 74 y 87 de la LOE se establece actualmente que caben colegios especiales (se dictaminó a favor por el Consejo de Estado) siempre que, agotados todos los esfuerzos de integración, las necesidades de los alumnos no permitan su debida atención en los colegios ordinarios, es decir, ni siquiera adaptando para una atención especializada, o creando unidades especiales dentro del propio colegio ordinario. Esto es algo que ha recordado el Consejo de Estado muy recientemente con motivo de un Reglamento de Cantabria que regula la cuestión (dictamen 410/2019); tal reglamento admite los colegios especiales pero siempre, insisto, que se hayan agotado todos los esfuerzos de integración en los ordinarios.

Creo que con lo expuesto doy una visión general del tema educativo desde el punto de vista de la intervención que el Consejo de Estado ha tenido sobre la materia y a la espera de que, por lo visto, se nos siga consultando sobre futuras leyes o reformas legislativas y reglamentarias.

Nada más, reitero mi agradecimiento a todos Vdes., a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, que ha organizado muy brillantemente estas jornadas, y en especial a su Presidente y compañero en el Consejo de Estado D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón.

# **EL MEDIO AMBIENTE Y EL TERRITORIO NACIONAL EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO**

RAQUEL HURTADO  
Letrada del Consejo de Estado

## **1. INTRODUCCIÓN**

En los últimos tiempos el medio ambiente se ha convertido en una de las grandes preocupaciones del ser humano y su protección y mejora se han configurado como uno de los más importantes retos a abordar en el siglo XXI. Esta preocupación se asienta sobre la base de un generalizado consenso relativo a la existencia de un importante deterioro medioambiental causado por la actividad humana que es susceptible de provocar serios problemas al planeta y a la humanidad, tales como pérdida de biodiversidad, aumento de la temperatura de la tierra, incremento del nivel del mar, riesgo de fenómenos atmosféricos extremos o enfermedades vinculadas con la contaminación.

No puede obviarse, sin embargo, que frente a esta postura mayoritaria, en los últimos años ha surgido y adquirido mayor relevancia un grupo minoritario de negacionistas o escépticos, en el que, no obstante, se integran importantes voces como las de los premios Nobel Robert Laughlin o Ivor Giaever. Este grupo afirma que la acción humana no ha tenido jamás ni tiene una influencia relevante sobre la evolución del clima, con lo que rechazan la existencia de muchos de los problemas medioambientales que actualmente preocupan a la sociedad, alegando que bajo la apariencia de buscar proteger el medio ambiente reside únicamente la voluntad de los gobiernos de justificar una mayor intervención del Estado en la vida de los ciudadanos.

Cualquiera que sea la tendencia correcta desde el punto de vista científico, resulta posible afirmar que la preocupación por el medio ambiente va a jugar un papel fundamental en las agendas políticas y legislativas de las próximas décadas.

## 2. EL SURGIMIENTO DE LA PREOCUPACIÓN POR EL MEDIO AMBIENTE

La toma de conciencia general sobre los problemas ambientales se produce a mediados del siglo xx, aunque sus antecedentes se remontan mucho tiempo atrás.

Ya en el Derecho romano es posible encontrar precedentes de la protección de los elementos que actualmente integran el núcleo fundamental del medio ambiente. Esta protección, no obstante, se brindaba en el estricto marco de las relaciones de vecindad, con el fin de proteger los derechos o intereses patrimoniales de terceros (por ejemplo, la Lex Aquilia castigaba la tala de árboles sin autorización de su propietario), o en la medida en que por acciones de los particulares se podían producir daños a la salud pública (existía, por ejemplo, una importante normativa destinada a mantener la pureza de las aguas destinadas al consumo en las ciudades). Esta concepción de la protección medioambiental, como medio para lograr la tutela de otros bienes jurídicos distintos, se mantuvo en los siglos siguientes, como ha quedado plasmado en nuestro Derecho histórico, en las Partidas o en la Novísima Recopilación.

El progreso derivado de la Revolución industrial a mediados del siglo xviii produjo un cambio en la anterior concepción del medio ambiente, que empezó a considerarse un valor en sí mismo. Esta tendencia se intensificó tras la Segunda Guerra Mundial a resultas del incremento de la demanda sobre los recursos naturales provocada por el crecimiento económico y demográfico experimentado en esos años. Esta toma de conciencia sobre la importancia del medio ambiente se plasmó ya en las publicaciones de algunos autores en los años 60, como Rachel Carson con su obra *La primavera silenciosa* o Hardin con su artículo sobre la *Tragedia de lo Común*, así como en movimientos de protesta como el Mayo de 1968 o en los informes Meadows y Mesarovic-Pestel elaborados en los años 70 por el Club de Roma.

Así pues, a partir de los años 60 y 70 del siglo xx el medio ambiente, cuya noción se ha ampliado, pasando a comprender, no sólo los recursos naturales, sino todos los bienes y recursos que conforman el ecosistema humano y condicionan la calidad de vida del hombre<sup>1</sup>, se ha ido configurando (i) como

un bien jurídico a proteger en sí mismo mediante normas jurídicas y políticas públicas destinadas específicamente a ese fin; (ii) como un derecho fundamental, que forma parte de los denominados derechos de solidaridad o de tercera generación, según la clasificación establecida en su día por René Cassin; (iii) como uno de los más intensos títulos de intervención de los poderes públicos en la esfera de libertad de los ciudadanos y, finalmente, (iv) la protección del medio ambiente se ha configurado como una auténtica función pública asumida por los poderes públicos.

Como consecuencia, hemos asistido en menos de 100 años a un incremento espectacular de las iniciativas y la regulación ambiental. Representativo de ello es que, según el primer informe global de la ONU sobre el Estado de Derecho Ambiental, publicado a principios del 2019, desde 1972 el volumen de legislación ambiental en el conjunto del mundo ha aumentado en más de un 38% y se ha incluido la protección del medio ambiente a nivel constitucional en más de 150 países.

### 3. EL MEDIO AMBIENTE Y EL TERRITORIO: PLANTEAMIENTO GENERAL

En este contexto de preocupación por las cuestiones ambientales, cabe preguntarse cuál es la vinculación existente entre el medio ambiente y el territorio.

En la medida en que los principales vectores ambientales (el agua, el aire y el suelo) constituyen asimismo elementos que integran la noción tradicional de territorio, que podría definirse como el espacio físico que incluye suelo, subsuelo, vuelo, aguas interiores y mar territorial en el que los poderes públicos pueden ejercer su poder, resulta indudable que existe una estrecha relación entre ambos elementos.

Esta relación entre medio ambiente y territorio se va a manifestar de manera clara en dos ámbitos: en la distribución y el ejercicio de competencias en materia ambiental por las diferentes instancias públicas territoriales y en las implicaciones territoriales que necesariamente van a tener las técnicas de protección del medio ambiente.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la vinculación entre el medio ambiente y el territorio va mucho más allá y puede manifestarse en otros muchos ámbitos. Especialmente relevante en este sentido es la posibilidad de que los problemas ambientales afecten a la noción tradicional de territorio como uno de los elementos constitutivos del Estado. Por ejemplo, el aumento del

nivel del mar como consecuencia del cambio climático puede provocar la desaparición del territorio de algunos Estados, como los Estados archipelágicos, lo que abre la puerta a plantearse si es posible que dichos Estados puedan seguir considerándose como tales pese a haber perdido su base territorial.

#### 4. LA DISTRIBUCIÓN Y EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS EN MATERIA AMBIENTAL

El Consejo de Estado ha subrayado en numerosos dictámenes<sup>2</sup>, siguiendo la doctrina establecida por el TC, el carácter complejo y polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente que, por traspasar de ordinario los límites geográficos de la organización territorial del Estado y afectar a los más variados sectores del ordenamiento jurídico, hacen muy difícil en la práctica la pacífica y funcional distribución de competencias.

Los espacios ambientales no coinciden habitualmente con los límites territoriales de los Estados. Los efectos de los daños ocasionados a los recursos naturales presentes en el territorio de un Estado no se limitan con frecuencia al ámbito de dicho Estado, sino que lo exceden para afectar a Estados limítrofes o incluso a otros más alejados. Lo anterior exige que las medidas tendentes a prevenir y corregir los daños ambientales, para que sean eficaces, deban adoptarse a escalas más amplias que las estatales, regionales o internacionales. Además, en la medida en que existen recursos naturales que no se encuentran situados en el territorio de ningún Estado, como son la atmósfera, el alta mar, los fondos oceánicos o la Antártida, resulta inevitable la intervención de los poderes públicos supraestatales para su adecuada protección.

En otras ocasiones, en cambio, los Estados constituyen jurisdicciones demasiado grandes para la adopción de medidas eficaces para la protección del medio ambiente, lo que obliga a descentralizar algunas funciones públicas medioambientales en niveles territoriales inferiores más próximos al foco del problema, en un proceso que se ha denominado «devolución de cuotas de poder en materia ambiental», ya que suele considerarse que dichas instancias se encuentran en mejor situación para poder atajar los problemas porque cuentan con más información, conocen mejor las preferencias de los ciudadanos directamente afectados y pueden actuar con mayor flexibilidad.

Por otro lado, la transversalidad creciente del medio ambiente hace que no exista prácticamente ningún sector del ordenamiento jurídico que resulte ajeno en la actualidad a las exigencias de la protección ambiental<sup>3</sup>. Esto introduce aun mayor complejidad a la distribución de competencias en la materia,

ya que sobre un mismo ámbito físico, recurso natural o actividad pueden coexistir títulos competenciales diversos.

Así pues, las competencias en materia de medio ambiente deben repartirse necesariamente entre diversas instancias territoriales, lo que obliga, a su vez, a arbitrar mecanismos de cooperación y coordinación, de tal manera que la acción medioambiental sea efectiva y no genere diferencias territoriales injustificadas ni afecte a la cohesión territorial de un Estado.

#### 4.1 Nivel internacional

El origen de la preocupación por el medio ambiente en un sentido moderno y su plasmación en instrumentos jurídicos se produce fundamentalmente a nivel internacional.

Con precedentes desde finales del siglo XIX con la adopción de algunos convenios bilaterales de pesca, será en el seno de Naciones Unidas, en la segunda mitad del siglo XX, donde se produzca la eclosión del Derecho ambiental, especialmente a partir de la celebración en 1972 y en 1992 en Estocolmo y Río de Janeiro respectivamente de la I y II Cumbre de la Tierra. De estas Cumbres surgieron importantes declaraciones e instrumentos convencionales, como la Convención sobre Diversidad Biológica y la Convención sobre el Cambio Climático, a la que en 1997 se le añadió el Protocolo de Kioto sobre emisiones de gases con efecto invernadero, que está llamado a ser sustituido a partir del año 2020 por el acuerdo alcanzado en la Cumbre del Clima de París en 2015.

La regulación ambiental internacional se asienta sobre un doble postulado, establecido en el laudo arbitral dictado en el asunto de la *Fundición de Trail* de 1941 y posteriormente reconocido por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto del *Estrecho de Corfú* de 1949 y por las Declaraciones surgidas de la I y II Cumbre de la Tierra: el derecho soberano de los Estados sobre los recursos situados en su territorio y la obligación de todo Estado de no dañar el medio ambiente de otros Estados o los espacios comunes del planeta. El equilibrio entre estos dos principios hace que muchos de los instrumentos de Derecho internacional sean convenios marco o normas de *soft law*, que tienen por objeto el desarrollo y la armonización del Derecho interno de los Estados.

Junto con el anterior postulado básico, el Derecho internacional también se ha encargado de fijar otros principios del Derecho ambiental sobre los que hoy se asientan los restantes ordenamientos jurídicos en la materia, como los principios de desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, responsabilidad

común pero diferenciada, prevención y precaución, deber de cooperación y deber de reparación, corrección *in situ* de los atentados al medio ambiente, transparencia y participación de los ciudadanos o principio de no regresión.

La intervención del Consejo de Estado en relación con los instrumentos internacionales de protección del medio ambiente consiste, en primer lugar, en determinar los supuestos en los que debe recabarse la autorización de las Cortes Generales para que el Estado preste su consentimiento para obligarse por medio de los mismos. En muchos de los acuerdos internacionales relacionados con el medio ambiente se ha estimado que dicha intervención resulta necesaria por incardinarse en los supuestos previstos en los apartados d) y e) del artículo 94.1 de la Constitución, esto es, por implicar obligaciones financieras para la Hacienda Pública o por suponer modificación o derogación de alguna ley o exigir medidas legislativas para su ejecución<sup>4</sup>.

No obstante, también se ha señalado en algunos casos, por ejemplo, en el dictamen 536/2016, de 14 de julio, relativo al Acuerdo de París de 12 de diciembre de 2015, que la previa autorización de las Cortes Generales venía exigida, además de por implicar nuevas obligaciones financieras, por tratarse de un tratado de carácter político [(art. 94.1.a) Constitución)]. Recuerda dicho dictamen que un tratado internacional puede quedar comprendido en tal supuesto tanto por la importancia que tenga para la comunidad internacional como por razones de relevancia interna, aspectos ambos que concurrían en el Acuerdo de París, dada la importancia internacional de las conquistas que ha ido alcanzando el cumplimiento de los objetivos adoptados en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y la relevancia de los compromisos derivados de dicho Acuerdo para la consecución de los objetivos de política medioambiental y energética asumidos a nivel interno.

Asimismo, el Consejo de Estado, en el desarrollo de su función consultiva vela por que las normas internas ambientales tengan en cuenta lo dispuesto en las normas internacionales dictadas al respecto y las desarrollen debidamente. Por ejemplo, en el dictamen 760/2013, de 24 de julio, relativo a la que posteriormente sería la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación de Impacto Ambiental se advertía que el Convenio Europeo del Paisaje, hecho en Florencia el 20 de octubre de 2000, era plenamente aplicable en España, que lo había ratificado en 2007, debiendo tenerlo en cuenta en las evaluaciones ambientales. Y es que la falta de aplicación del Convenio en dichas evaluaciones había dado lugar a algunos supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, produciendo indirectamente un encarecimiento del coste de los proyectos. Uno de estos casos se examinó en el dictamen 608/2013, de 4 de julio, en el que se concluía que procedía estimar una reclamación de responsabilidad patrimonial

de la Administración por el demérito patrimonial sufrido en una masía como consecuencia del impacto visual y paisajístico que sobre la misma había ocasionaba la instalación de una torre de alta tensión a menos de 50 metros de la fachada de la vivienda. De haberse tenido en cuenta debidamente los efectos que el proyecto de instalación de la línea eléctrica podía generar en el paisaje en la evaluación de impacto ambiental, hubiera sido posible, seguramente, adoptar medidas para evitar o limitar dichos efectos negativos.

Del mismo modo, en relación con el Derecho internacional ambiental, el dictamen 913/2007, de 17 de mayo, sobre la que sería la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad hacía una importante observación. En él se indicaba que en muchas ocasiones el Derecho internacional se remite al Derecho interno de los Estados para regular o gestionar directamente la biodiversidad global o para imponer conductas basadas en la jurisdicción personal, es decir, sobre los ciudadanos y personas jurídicas españolas con independencia del lugar en el que se encuentren. Por ejemplo, la protección de la biodiversidad en alta mar se atribuye con carácter general a los Estados del pabellón según la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, o el Protocolo de Madrid al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente de 1991 delega en España la realización de las evaluaciones ambientales y el seguimiento de todas las actividades de súbditos españoles en la Antártida. Así pues, el dictamen observaba que el anteproyecto de Ley guardaba silencio total sobre estas obligaciones internacionales con lo que un aspecto esencial de la contribución del Reino de España a la conservación de la biodiversidad global quedaba en el olvido.

En general puede decirse que el Consejo de Estado, al dictaminar sobre los proyectos normativos que le son sometidos a consulta, tiene siempre en cuenta que los mismos se adecúen y desarrollen correctamente las previsiones recogidas en la normativa internacional, siendo muy consciente del especial papel, innovador en muchos casos, que ésta juega en relación con el medio ambiente.

## 4.2 Nivel europeo

Junto con Naciones Unidas, han ido adquiriendo un papel cada vez más destacado en materia de medio ambiente las organizaciones internacionales regionales que adaptan las reglas internacionales a su ámbito geopolítico y, en especial, la Unión Europea.

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no contenían ninguna disposición relativa al medio ambiente. No obstante, a través de la aplicación de la doctrina de los poderes implícitos, sobre la base de la incidencia del medio ambiente en otras políticas comunitarias, y con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se viene desarrollando desde los años 70 una importante acción normativa ambiental, que quedó formalmente incorporada a las políticas y objetivos de la Unión con la aprobación del Acta Única Europea en 1986. Posteriormente, los Tratados de Maastricht (1992), Ámsterdam (1997) y Lisboa (2007) han reforzado esta competencia, reconociéndose también la protección del medio ambiente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 como uno de los derechos de solidaridad.

El medio ambiente se configura en el artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros, cuyo ejercicio debe sujetarse a los principios de proporcionalidad y subsidiaridad. Este último, nacido precisamente en el seno de la política ambiental, no suele plantear dificultades de justificación en este ámbito, dado el carácter supranacional que presentan la mayoría de problemas ambientales, aunque en los últimos tiempos es posible apreciar cómo la Unión Europea ha intervenido incluso en ámbitos tradicionalmente reservados a los Estados por considerar que se trataba de problemas esencialmente locales, como la contaminación acústica o el medio ambiente urbano.

Hay que tener en cuenta, asimismo, que la intervención europea en materia ambiental también puede basarse en otras disposiciones de los Tratados y, en particular, en las relativas al mercado interior. En relación con esta cuestión, no obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la base de lo establecido en el asunto *Cassis de Dijon* de 1979, ha permitido excepcionalmente que se introduzcan restricciones a la libertad de circulación de mercancías por razones de protección del medio ambiente<sup>5</sup>.

Además, la intervención de la Unión Europea en materia ambiental no se ciñe estrictamente a las fronteras comunitarias. Los Tratados establecen que uno de los objetivos de la Unión será el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas ambientales regionales o mundiales, lo que ha llevado a la Unión Europea a celebrar numerosos convenios internacionales en la materia.

La intervención del Consejo de Estado en relación con el Derecho ambiental europeo consiste fundamentalmente en informar todos los anteproyectos de leyes o proyectos de disposiciones reglamentarias que se dicen en su ejecución, cumplimiento o desarrollo, velando por que la transposición de las

normas europeas se haga correctamente. Esta función tiene especial relevancia ya que la mayoría de las normas ambientales españolas encuentran su origen en la normativa de la Unión Europea.

El Consejo de Estado se ha preocupado en numerosos dictámenes de que los principios en los que se basa la legislación europea estén correctamente plasmados en las leyes internas, de tal manera que se mantenga un enfoque unitario en el tratamiento de los problemas ambientales. Y ello no solo en relación con los principios más clásicos del Derecho ambiental, como el principio de precaución, que en ocasiones se ha omitido en algunos anteproyectos normativos por confundirlo con el principio de prevención, o el principio de corrección de los daños ambientales en la fuente<sup>6</sup>, sino también en relación con otros más novedosos, como el principio en materia de conservación de la biodiversidad «ecosystem approach» o «enfoque por ecosistemas»<sup>7</sup>, ya que la no inclusión de estos principios es susceptible de generar problemas a la hora de desarrollar en el futuro actuaciones consensuadas a nivel internacional y europeo y que sean derivaciones de ellos.

Además de la plasmación en la normativa española de los principios que informan la normativa ambiental europea, el Consejo de Estado vela también por la correcta transposición de las restantes previsiones contenidas en ésta, todo ello teniendo en cuenta que el medio ambiente ha sido uno de los ámbitos en los que ha recaído mayor número de sanciones a España por incumplimiento del Derecho europeo, lo que obliga al Consejo de Estado a extremar la precaución en el desarrollo de su labor consultiva con el fin de evitar, en la medida de lo posible, dichos conflictos.

Así, por ejemplo, en el dictamen ya mencionado relativo a la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, se examinaba en detalle si la norma proyectada daba cumplimiento a determinados aspectos de la conocida como Directiva Aves<sup>8</sup>, que constantemente habían provocado conflictos con la Comisión Europea. Especial atención se prestaba a los requisitos que el TJUE había impuesto a la transposición del artículo 9 de la citada Directiva, referido a la posibilidad de excepcionar las reglas generales de protección de las aves silvestres en ella dispuestas. Dichos requisitos implicaban: (i) que los cupos máximos de captura de las aves fueran cuantitativos y establecidos para el conjunto del territorio nacional, (ii) que el nivel máximo global de capturas se determinase con base en datos científicos rigurosos y (iii) que los sistemas de control fueran efectivos, entendiéndose por tal que fueran de aplicación preventiva. El Consejo de Estado consideraba que el sistema previsto en el anteproyecto, en el que las excepciones se autorizaban por las Comunidades Autónomas, no garantizaba el cumplimiento del requisito del estable-

cimiento del cupo cuantitativo para el conjunto del territorio nacional, por lo que proponía diversas alternativas, optándose finalmente en el artículo 61 de la Ley 42/2007 por que el cupo fuera establecido por la Comisión Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad.

Asimismo, en relación con el debido cumplimiento de la normativa europea, el Consejo de Estado ha establecido en el Informe sobre las garantías de cumplimiento del Derecho europeo de 2010, que en los casos en los que las Comunidades Autónomas hubieran incumplido la transposición del Derecho de la Unión Europea, podía hacerlo el Estado con base en la competencia en materia de relaciones internacionales prevista en el artículo 149.1.3.<sup>a</sup> de la Constitución. Una aplicación de esta doctrina puede encontrarse en el dictamen 1219/2014, de 22 de enero de 2015 relativo a un proyecto de Real Decreto que modificaba el Reglamento de Planificación Hidrológica, aprobado por Real Decreto 907/2007, para cumplir con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de octubre de 2013. El Consejo de Estado consideraba en ese caso que el proceder del Estado era correcto aunque hubiera sido conveniente requerir formalmente a las Comunidades Autónomas que todavía no habían adaptado su normativa a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que incorporasen correctamente el Derecho europeo antes de utilizar esa vía extraordinaria.

### 4.3 Nivel estatal y autonómico

Por lo que respecta a España, la protección del medio ambiente se ha visto impulsada por dos factores. En primer lugar, por su inclusión como un principio rector de la política social y económica en el artículo 45 de la Constitución española de 1978, con lo que se configurado al máximo nivel posible como un fin constitucionalmente legítimo para que la Administración pueda introducir limitaciones en la esfera de libertad de los particulares, al tiempo que avala la integración de las consideraciones ambientales en las restantes políticas sectoriales, especialmente en las vinculadas al desarrollo socioeconómico. Y en segundo lugar por la incorporación de España en 1986 a la Comunidad Europea, lo que obligó a los poderes públicos nacionales a incorporar el acervo comunitario en materia ambiental, que se encontraba mucho más desarrollado que las medidas de protección entonces existentes en nuestro país.

Sobre estas bases, debe tenerse en cuenta que el proceso de establecimiento de la política medioambiental española presentó una especial complejidad, ya que coincidió con la implantación del modelo de descentralización

territorial previsto en la Constitución, lo que explica en gran medida la enorme dificultad y conflictividad que ha generado.

Así, por lo que respecta a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el artículo 149.1.23.<sup>a</sup> de la Constitución reconoce competencia exclusiva al Estado para dictar la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando, no sin dificultad, las atribuciones del Estado y las Comunidades Autónomas en este campo a través de la resolución de los numerosos conflictos de competencias y recursos de inconstitucionalidad planteados entre ambos a medida que se intensificaban sus intervenciones en materia medioambiental.

En cuanto a la competencia para legislar en materia ambiental, en un primer momento, el Tribunal Constitucional reconoció al Estado, en sus sentencias relativas a los recursos interpuestos contra Ley de Aguas de 1985 y la Ley de Costas de 1988<sup>9</sup>, la posibilidad de dictar una legislación sumamente minuciosa en aras a garantizar el debido respeto al medio ambiente en todas las Comunidades Autónomas, llegando a afirmar que el Estado debía dejar el menor margen de desarrollo posible a la normativa autonómica en este ámbito.

Esta doctrina fue superada en los años 90, a partir de la sentencia 102/1995, de 26 de junio<sup>10</sup>, que resolvía varios recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia promovidos contra la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre. En esta sentencia y en las que siguieron se afirmaba que al Estado le correspondía la legislación básica en esta materia como patrón mínimo indispensable para la protección del medio ambiente, que debía ser suficientemente homogéneo pero mejorable para permitir su adaptación a las circunstancias existentes en el territorio de cada Comunidad Autónoma. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la noción de legislación básica del Estado debe interpretarse restrictivamente cuando se trate de cuestiones ambientales que incidan sobre una materia de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, como la ordenación del territorio, la caza y pesca fluvial o la protección de espacios naturales, para permitirles un amplio margen de maniobra en estos ámbitos<sup>11</sup>.

En cuanto a las competencias ejecutivas, se ha seguido una línea similar a la expuesta, con una progresiva restricción de la posibilidad del Estado de asumir funciones de gestión en materia ambiental. El Estado solo puede ejercer funciones ejecutivas como solución excepcional limitada a los casos en que no puede establecerse ningún punto de conexión que permita el ejercicio

de competencias autonómicas o cuando el fenómeno objeto de la competencia tenga carácter supraautonómico<sup>12</sup>.

Este esquema de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA diseñado por el Tribunal Constitucional, aunque ha hecho avanzar a la política ambiental, ha dejado al Estado despojado de la práctica totalidad de sus posibilidades de intervención en materia ambiental, con lo que en ocasiones se ha desconocido la dimensión territorial de muchos de los problemas ambientales que exigen para poder ser abordados eficazmente que las decisiones se adopten a un nivel superior al de las Comunidades Autónomas. Al mismo tiempo, el anterior esquema ha dificultado, tal y como el Consejo de Estado ha podido apreciar con ocasión del despacho de numerosos asuntos, el cumplimiento de los compromisos asumidos por España a nivel europeo e internacional, así como el mantenimiento de una necesaria cohesión territorial.

El Tribunal Constitucional parece haber tomado conciencia de este hecho en los últimos tiempos y a partir de su sentencia 69/2013, de 14 de marzo, cuya doctrina ha sido confirmada posteriormente en otros pronunciamientos<sup>13</sup>, ha flexibilizado un poco la rigidez de su planteamiento. Entre otras cosas, ha indicado que la competencia estatal para dictar la legislación ambiental básica permite, de acuerdo con la tendencia general actual, que el Estado fije normas para establecer una política global en materia de medio ambiente y para introducir dosis mínimas de coherencia y cohesión territorial en el sistema ambiental, lo que puede hacer que la intervención estatal sea singularmente intensa.

Dada la complejidad en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia ambiental, el Consejo de Estado juega un papel fundamental como filtro para evitar, en la medida de lo posible, los conflictos que pueden plantearse al respecto. En tal sentido, vela por el respeto al reparto constitucional de competencias, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, en los anteproyectos legislativos o proyectos de disposiciones reglamentarios dictados por el Estado o por las Comunidades Autónomas que no cuenten con órgano consultivo propio de los que conozca.

Se pueden poner decenas de ejemplos de dictámenes del Consejo de Estado sobre esta cuestión, pero de entre todos ellos merece la pena destacar el dictamen 1367/2013, de 19 de diciembre, relativo a la que sería la Ley 30/2014, de 3 de diciembre, de Parques Nacionales, y es que a esta figura, por sorprendente que pueda parecer, poco le queda de nacional más allá de su nombre. El Consejo de Estado comenzaba señalando en dicho dictamen que la Red de Parques Nacionales de España integra un conjunto de espacios que recogen las mejores muestras del patrimonio natural de nuestro país y conforman un sistema representativo de nuestra forma de entender la relación del hombre con el

territorio. Pese a lo anterior, el constituyente de 1978 no hizo reserva de atribución al Estado de competencias específicas relacionadas con los Parques Nacionales y el intento posterior del legislador ordinario de recordarlo como símbolo identitario de España mediante la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, que reservó al Estado en exclusiva la declaración y gestión de los Parques Nacionales, se vio frustrado por la ya mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio. Esta sentencia declaró la inconstitucionalidad de la exclusividad del Estado en la gestión de los Parques Nacionales, otorgando participación en ella a las Comunidades Autónomas, lo que dio lugar a una modificación de la Ley 4/1989 por la que se creó un modelo de cogestión basado en Comisiones Mixtas Estado-Comunidades Autónomas. Este modelo, no obstante, fue nuevamente declarado inconstitucional por la sentencia 194/2004, de 4 de noviembre, que indicó que la gestión ordinaria de los Parques Nacionales era competencia de las Comunidades Autónomas, lo que ha dado lugar a situaciones como la planteada en el Parque Nacional de los Picos de Europa, gestionado por un consorcio del que forman parte tres Comunidades Autónomas (Asturias, Cantabria y Castilla y León) y que cuenta con tres co-directores que se turnan en el ejercicio de las funciones de Director-Conservador.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las competencias estatales y autonómicas en materia de Parques Nacionales fue detallada todavía más en otros pronunciamientos<sup>14</sup>, lográndose finalmente un cierto equilibrio en la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales. A la vista de toda esta tribulación, al dictaminar sobre un anteproyecto de Ley que sustituiría a la de 2007, con la intención de subsanar deficiencias apreciadas en la coordinación entre las distintas instancias territoriales y maximizar la potencialidad que supone operar en red, el Consejo de Estado, pese a valorar muy positivamente esta finalidad, se vio en la necesidad de examinar con detalle si los nuevos aspectos en ella contemplados se ajustaban a los parámetros de constitucionalidad establecidos en este ámbito. En particular planteaban dificultad los siguientes aspectos:

- El procedimiento para la declaración de los Parques Nacionales, que exigía una propuesta conjunta del Estado y de la Comunidad Autónoma y planteaba el problema de qué ocurría si el Estado se mostraba contrario a la voluntad autonómica de constituir parte de su territorio en Parque Nacional.

- La declaración del estado de emergencia por catástrofe medioambiental e intervención en caso de conservación desfavorable del Parque. El Consejo recordaba, en relación con esta cuestión, que el Tribunal Constitucional solo permite al Estado ejercer funciones ejecutivas en supuestos verdaderamente

excepcionales y previo agotamiento de las fórmulas de coordinación y colaboración con las Comunidades Autónomas. En consecuencia, sugería que la Ley definiese claramente lo que debía entenderse por emergencia para evitar dudas de interpretación y consideraba imprescindible que se introdujese, como así se hizo, un trámite de requerimiento formal último a la Comunidades Autónomas antes de que el Estado interviniese en los supuestos de conservación desfavorable.

– La regulación de las Comisiones de Coordinación, en relación con las cuales sugería que debía aclararse que no eran órganos de gestión, ya que la terminología utilizada, cercana a la utilizada para las antiguas Comisiones Mixtas, podía suscitar dudas.

Debe tenerse en cuenta que actualmente gran parte de la legislación ambiental se dicta por las Comunidades Autónomas, que cuentan la mayoría de ellas con sus propios órganos consultivos, que son los que deben velar por que se respete el reparto constitucional de competencias. Este control preventivo no siempre funciona, conociendo en estos casos el Consejo de Estado del planteamiento de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencias. Un ejemplo de ello puede verse en el dictamen 740/2015, de 23 de julio, que consideró que existían fundamentos para interponer recurso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón, que limitaban el ámbito de aplicación de las evaluaciones ambientales establecido en la legislación estatal básica.

#### 4.4 Nivel local

El fenómeno de devolución de cuotas de poder en materia ambiental al que antes se hacía alusión continúa en los entes locales, ya que, pese al declive de su protagonismo en este ámbito, siguen teniendo responsabilidades en materia ambiental como poderes públicos a los que afecta el mandato del artículo 45 de la Constitución, dotados de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, según lo dispuesto en el artículo 137 del texto constitucional.

Dentro de las entidades locales, son los municipios los que ostentan las principales competencias ambientales, ya que, según la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, les corresponde ejercer competencias en ese ámbito como competencias propias, pudiendo también hacerlo en virtud de una delegación del Estado o de las Comunidades Autónomas.

Además, la Ley 7/1985 establece en su artículo 26 algunos servicios ambientales que obligatoriamente deben prestar los municipios, en función del número de habitantes, como recogida y tratamiento de residuos, limpieza viaria o abastecimiento de agua potable. Estas competencias ambientales municipales se han visto potenciadas con la implantación de la Agenda 21 local.

Por lo demás, debido al coste y la dificultad que en ocasiones supone el desarrollo de las actuaciones ambientales, constituye un ámbito especialmente relevante para el ejercicio por las provincias de sus funciones de asistencia y coordinación, así como para la búsqueda de formas de cooperación interadministrativa entre municipios, a través de mancomunidades o consorcios. En relación con esta cuestión, el Consejo de Estado conoció en el año 1994<sup>15</sup> varios expedientes denominados de «metropolitanización» de algunos servicios ambientales municipales, como los de tratamiento de residuos sólidos o de aguas residuales, en los que se planteaba la duda de si era necesario seguir los trámites previstos para la municipalización de dichos servicios en aras de atribuir al Área metropolitana su prestación en régimen de monopolio. El Consejo de Estado explicaba que la titularidad de los servicios mencionados ya correspondía a los municipios por Ley por lo que no cabía municipalizarlos, pudiendo asignar su gestión o explotación al Área metropolitana siempre que el acuerdo fuera adoptado por todos los municipios que integraban dicho Área.

Además de conocer cuestiones como la mencionada, el Consejo de Estado, en ejercicio de su función, vela por que las normas ambientales estatales y, en su caso, autonómicas de las que conozca atribuyan a los entes municipales competencias en los casos en los que sus intereses puedan verse afectados. Por ejemplo, en el dictamen 913/2007, de 17 de mayo, de relativo al anteproyecto de Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad se advertía que no se reservaba prácticamente ninguna competencia sobre protección de espacios naturales y biodiversidad a las Corporaciones Locales, pese a que, como se puso de relieve en la Estrategia Española de Conservación y Uso Sostenible de la Diversidad Biológica, incluso la fauna silvestre urbana podía ser de gran relevancia. En consecuencia, se sugirió que se les permitiese, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica y más allá de la posibilidad de que los instrumentos de planificación urbanística pudieran establecer suelos no urbanizables de protección especial por estas razones, establecer programas y aprobar Ordenanzas sobre conservación del patrimonio natural y la biodiversidad en el término municipal, siempre que su función fuera la de aumentar la protección y que con ello no se creasen disfunciones en los instrumentos de conservación y uso sostenible del patrimonio natural y la biodiversidad de la legislación estatal básica y autonómica.

Finalmente, el Consejo de Estado conoce también del planteamiento de conflictos en defensa de la autonomía local en el caso de municipios pertenecientes a Comunidades Autónomas que no cuenten con consejo consultivo propio. Un ejemplo de ello es el dictamen 16/2005, de 3 de febrero, relativo a un conflicto planteado por varios municipios de Cantabria respecto de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación del Litoral, que afectaba a cuestiones ambientales.

## 5. LAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: ESPECIAL REFERENCIA A SUS IMPLICACIONES TERRITORIALES

Se suelen dividir las técnicas de protección del medio ambiente en dos grandes categorías: (i) técnicas de carácter horizontal o transversal, que son instrumentos de protección ambiental aplicables en diversos sectores o ámbitos de actividad, y (ii) técnicas sectoriales, dirigidas a la protección de los distintos medios o a la regulación de los agentes contaminantes y problemas ambientales concretos.

A continuación se estudiarán algunas de estas técnicas, haciendo especial referencia a sus implicaciones territoriales.

### 5.1 Técnicas horizontales

#### A. DEMANIALIZACIÓN RECURSOS NATURALES

La atribución a algunos recursos naturales de la condición de bienes integrantes del dominio público natural, como a las aguas continentales, al dominio público marítimo-terrestre o a algunas categorías de montes, como los incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, constituye la técnica más intensa de intervención de la Administración sobre el medio ambiente, ya que excluye al bien afectado del tráfico jurídico privado y lo protege mediante una serie de reglas exorbitantes que tienen, entre otras, una finalidad ambiental consistente en garantizar la utilización equilibrada de dichos recursos<sup>16</sup>.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha señalado que la titularidad del dominio público natural no es un título de atribución de competencias de tal manera que se plantea el problema de que sobre unos mismos bienes concurrirán las facultades dominicales de protección y las facultades de protección

ambiental, que suelen pertenecer a entes territoriales distintos (Estado y Comunidades Autónomas, respectivamente), lo que exige una estrecha cooperación entre ambos para garantizar la adecuada utilización de dichos recursos.

En relación con los bienes integrantes del dominio público natural, el Consejo de Estado ha examinado numerosas reclamaciones de responsabilidad patrimonial en las que se solicitaba una indemnización por los daños ocasionados en una propiedad atribuidos al incumplimiento de los deberes de la Administración como titular del demanio natural<sup>17</sup>. El Consejo de Estado ha negado en estos casos que la titularidad del dominio público natural sea un título específico de imputación a los efectos de la responsabilidad patrimonial, ya que dicha titularidad no impone a la Administración un deber idéntico al que se impone a cualquier propietario en relación con la seguridad y salubridad de los inmuebles, de manera que no se configura como un servicio público, por ejemplo, el mantenimiento de la larga costa española en su configuración actual o la conservación de un monte o río de tal manera que no se produzcan desprendimientos o inundaciones pese a los fenómenos meteorológicos y geológicos que puedan darse. En estos casos, el ordenamiento jurídico arbitra habitualmente regímenes de resarcimiento propios, al margen del mecanismo de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Cuestión distinta es que la Administración haya construido una infraestructura (por ejemplo, un cauce artificial de un río) y que los daños se produzcan como consecuencia de la inadecuada conservación de dicha infraestructura. En estos casos, el Consejo de Estado ha reconocido el derecho a indemnización<sup>18</sup>.

## B. EVALUACIÓN Y AUTORIZACIÓN AMBIENTAL

El principio de prevención que rige en el Derecho ambiental exige conocer los efectos que sobre el medio ambiente pueden tener las actividades humanas y adoptar medidas para paliar, corregir y compensar sus posible efectos adversos sobre el medio ambiente.

Las más relevantes técnicas preventivas son las evaluaciones y autorizaciones ambientales.

### Evaluación ambiental

Las evaluaciones ambientales tienen su origen en la *National Environmental Policy Act* aprobada en 1969 en Estados Unidos. Actualmente están previstas a nivel internacional en el Convenio de Espoo de 1991<sup>19</sup>, a nivel

europeo en dos Directivas de los años 2001 y 2011 que se refieren respectivamente a la evaluación de las repercusiones ambientales de planes y programas y de proyectos<sup>20</sup>, y a nivel nacional en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, que ha unificado la regulación de la evaluación ambiental estratégica de planes y programas y de la evaluación de impacto ambiental de proyectos.

Como señala la exposición de motivos de dicha Ley, la eficacia de la evaluación ambiental exige establecer un procedimiento que sea común en todo el territorio nacional, sin perjuicio de la posibilidad de las Comunidades Autónomas para establecer normas adicionales de protección. Y es que varios informes, entre los que destaca el Informe del Consejo Económico y Social de 2012 sobre *Desarrollo autonómico, competitividad y cohesión social. Medio ambiente* y el Informe de la OCDE *Sustainability in impact assessments*, habían puesto de manifiesto la necesidad de una coordinación vertical efectiva entre los diferentes niveles de gobierno en esta materia.

Para ello la Ley reguló de manera exhaustiva los procedimientos de evaluación, haciendo prescindible su desarrollo reglamentario y declarando el carácter básico de la práctica totalidad de la norma. También estableció una serie de principios a los que debía someterse toda evaluación ambiental, haciendo especial hincapié en la necesidad de cooperación y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas a través de consultas en caso de que los planes, programas o proyectos sometidos a evaluación ambiental pudieran afectarles y por medio de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente, que se encarga de garantizar la existencia de un procedimiento de evaluación ambiental homogéneo en todo el territorio nacional.

Así pues, la Ley 21/2013 ha limitado en gran medida el margen de actuación de las Comunidades Autónomas para regular la evaluación ambiental en su ámbito de competencias, aunque todavía es posible apreciar en sus normas algunas especialidades, como por ejemplo la regulación de otros procedimientos de evaluación (evaluación ambiental en zonas ambientalmente sensibles en Aragón, evaluación ambiental de actividades en Madrid o evaluación ambiental por acreditación en Canarias), la exigencia de informes no previstos en la legislación estatal (informe del departamento con competencias en ordenación del territorio y urbanismo en Extremadura) o la figura del coordinador ambiental con funciones en la ejecución del proyecto. Lo que las Comunidades Autónomas no pueden hacer es someter los planes, programas o proyectos que corresponde aprobar al Estado a evaluación ambiental, dada la naturaleza instrumental de la evaluación ambiental respecto de la competencia sustantiva<sup>21</sup>.

La Ley 21/2013 también regula las consultas transfronterizas, previstas para los casos en los que un plan, programa o proyecto pueda tener efectos significativos sobre el medio ambiente de otro Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado al que España tenga la obligación de consultar en virtud de instrumentos internacionales. En relación con esta cuestión, el Consejo de Estado recordó con ocasión de una modificación de la Ley 21/2013<sup>22</sup> que sería conveniente incluir, como así se ha hecho, una alusión a la posibilidad recogida en las normas internacionales y europeas de constituir a través de acuerdos internacionales específicos un organismo común sobre la base de una representación equitativa para facilitar la cooperación necesaria en proyectos con potencial impacto transfronterizo.

Además, en los dictámenes del Consejo de Estado relativos a la Ley 21/2013 se estudiaban dos relevantes cuestiones relacionadas con esta técnica preventiva.

En primer lugar, el Consejo de Estado expresaba su preocupación por que los plazos para emitir los informes previstos en los procedimientos de evaluación ambiental fueran suficientemente amplios para permitir que las evaluaciones ambientales se hicieran con la suficiente base científica para permitir mitigar los posibles impactos que pudieran derivarse de ellos. Y ello porque el Consejo de Estado había conocido varias reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados en manantiales para abastecimiento de agua en Galicia que se habían secado como consecuencia de las obras del Eje Atlántico de Alta Velocidad<sup>23</sup>.

En segundo lugar, la disposición adicional sexta de la Ley 21/2013 introdujo una serie de mecanismos para la ejecución de sentencias que declarasen que un proyecto ya aprobado y parcial o totalmente ejecutado debía someterse a evaluación de impacto ambiental, lo que mereció el juicio favorable del Consejo de Estado al limitar la enorme discrecionalidad que las Administraciones tienen en esos casos y proporcionar mayor seguridad jurídica, aunque consideraba que debían vincular también a jueces y tribunales. En relación con esta cuestión, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de plantearse si la falta de sometimiento de un proyecto a evaluación de impacto ambiental permite su revisión de oficio por omisión del procedimiento legalmente establecido. En el dictamen 166/2010, de 22 de abril, relativo a la revisión de oficio de un acuerdo de una Autoridad Portuaria por el que se autorizaba la revisión de las condiciones de una concesión para la construcción y explotación de un puerto deportivo, la opinión mayoritaria consideró que la omisión de la evaluación de impacto ambiental en dicho caso no constituía una causa de nulidad de pleno derecho. No obstante, dejaba la puerta abierta a que en casos diferentes sí pu-

diera entenderse así, como defendieron, asimismo, los tres consejeros que formularon votos particulares al dictamen mayoritario.

### Autorizaciones ambientales

Las autorizaciones ambientales, que son generalmente autorizaciones operativas o de funcionamiento, son otra de las principales técnicas preventivas de protección del medio ambiente. En nuestro ordenamiento jurídico se prevén fundamentalmente 2:

#### *a)* Autorización ambiental integrada (AAI).

Está regulada a nivel europeo en la Directiva IPPC<sup>24</sup> y en España en el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre. Su finalidad es evitar, reducir y controlar de forma integrada la contaminación de la atmósfera, el agua y el suelo producida por determinadas actividades industriales, y disminuir las trabas administrativas, al establecer, conforme al sistema de ventanilla única, un permiso ambiental único.

El Consejo de Estado<sup>25</sup> ha valorado muy favorablemente al establecimiento de un procedimiento integrado que evite la duplicación de trámites, las pugnas entre Administraciones y las prolongadas demoras en la resolución, como ocurría anteriormente, por ejemplo, con la autorización de vertidos a las aguas continentales.

El órgano competente para otorgar la AAI es el órgano ambiental autonómico, pero en el procedimiento participan también otros órganos y entidades conforme al principio de cooperación administrativa. Por ejemplo, los organismos de cuenca, los Ayuntamientos que deberán emitir un informe sobre compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico y otro sobre la adecuación de la instalación a todos los aspectos que sean de su competencia o los órganos de otras Comunidades Autónomas u otros Estados en caso de actividades con efectos negativos intercomunitarios o transfronterizos.

#### *b)* Licencia de actividades clasificadas o licencia ambiental.

Está regulada, a nivel estatal, en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Real Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, el cual, no obstante, sólo se encuentra vigente para aquellas Comunidades Autónomas que no hayan dictado sus propias normas en la materia (básicamente Asturias, así como las ciudades autónomas de Ceuta y Me-

lilla). Esto ha introducido una indeseada dispersión normativa, que ha sido criticada por el Consejo Económico y Social en su informe de 2012 antes citado, ya que la derogación del Reglamento de 1961 no ha ido acompañada de la elaboración de una ley básica que hubiera sido recomendable para lograr cierta homogeneidad en el sistema.

Así, en función de la Comunidad Autónoma varía el ámbito de aplicación de estas licencias y el procedimiento para su otorgamiento, ya que en algunos casos se ha insertado este control ambiental como un trámite dentro del procedimiento de autorización municipal de apertura o actividad.

El órgano competente para otorgar la autorización es siempre el Alcalde, ya que la finalidad tradicional de estas licencias es la protección del medio ambiente urbano, pero está condicionada por el órgano responsable de realizar la clasificación de la actividad o emitir el informe previo, normalmente de carácter autonómico, ya que dichos informes son vinculantes cuando denieguen la licencia o impongan medidas para reducir el impacto ambiental de la actividad.

El silencio en el procedimiento tiene diferente sentido en función de las Comunidades Autónomas, aunque la regla general es que sea positivo. En relación con esta cuestión, el Consejo de Estado ha conocido numerosos expedientes de revisión de oficio de licencias para la realización de actividades clasificadas (por ejemplo, instalaciones para la explotación de ganado bovino) otorgadas por silencio positivo en los que se concluía que procedía la revisión de oficio por concurrir la causa de nulidad prevista en la actualidad en el artículo 47.1.f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, esto es, por tratarse de actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquirieron facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para ello, y ello porque incumplían los presupuestos básicos relativos a su ubicación, dimensión y ejecución de medidas correctoras en la medida en que estaban situadas en pleno casco urbano<sup>26</sup>.

### C. PLANIFICACIÓN

Otra técnica transversal de protección ambiental que tiene una enorme incidencia territorial es la planificación, que consiste, según Blanca Lozano Cutanda, en un proceso mediante el cual los poderes públicos, partiendo de un análisis de los problemas y situaciones existentes, determinan los objetivos que se pretenden conseguir en un determinado ámbito y fijan los medios para su consecución.

A través de la planificación se logra coordinar la actuación de los diferentes poderes públicos, dotar de cierta estabilidad a las políticas ambientales y conjugar la protección del medio ambiente con otras políticas que también se desarrollan sobre el territorio y los recursos naturales, especialmente con las políticas urbanísticas y de ordenación del territorio.

Ha sido una cuestión discutida si el Estado tiene competencia para adoptar planes en materia ambiental. El Consejo de Estado ha indicado a este respecto<sup>27</sup> que la asunción por el Estado de competencias de naturaleza estratégica está en línea con lo que la legislación básica del Estado debe precisamente tender a ser en este ámbito. Y es que la planificación estratégica, que no es gestión sino normación, si limita sus efectos, bien a tener fuerza orientadora, bien a ser jurídicamente vinculante pero sólo en cuanto a sus objetivos, puede y debe tener carácter básico, lo que, además, viene exigido por su función ad extra, hacia el resto de la comunidad internacional.

Aunque se pueden citar muchos ejemplos de planificación en materia ambiental, cabe hacer especial mención a la planificación hidrológica y ecológica.

Por lo que respecta a la primera de ellas, se lleva a cabo a través del Plan Hidrológico Nacional y los planes hidrológicos de cuenca, que existirán en cada demarcación hidrográfica y se acompañarán de un programa de medidas para alcanzar los objetivos medioambientales, que podrá incluir la fijación de caudales ambientales y la creación de zonas protegidas (reservas hidrológicas), y un programa de seguimiento del estado de las aguas. Como ha resaltado el Consejo de Estado en los dictámenes emitidos sobre los planes hidrológicos de cuenca de primera y segunda generación<sup>28</sup>, el Estado español ha optado por aprobar planes limitados a la parte española de las cuencas transfronterizas (como las del Duero y el Tajo) dentro del margen permitido por la Directiva Marco del Agua, que pese a fomentar la creación de demarcaciones internacionales respeta los sistemas tradicionales de cooperación bilateral.

En cuanto a la llamada planificación ecológica, su objetivo es la protección de espacios naturales, lo que se hace a través de instrumentos como el Plan Estratégico Estatal del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales o las Estrategias de conservación y restauración de hábitats en peligro de desaparición. Dentro de este ámbito deben mencionarse las Estrategias marinas, reguladas en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino, que son los instrumentos de planificación de cada demarcación marina, cuya determinación no está exenta de dificultad dada la indeterminación de las fronteras marinas españolas. De

ahí que las estrategias marinas no se publiquen oficialmente o que en la versión final de la Ley 41/2010 se suprimiera el mapa que originariamente figuraba en un anexo, aunque, como hizo notar el Consejo de Estado, en algún momento será necesario dicho mapa<sup>29</sup>.

Para poder llevar a cabo correctamente la planificación en materia ambiental resulta imprescindible contar con información adecuada, lo que se consigue por medio de registros, catálogos e inventarios, cuyo carácter básico ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional y tenido en cuenta por el Consejo de Estado en sus dictámenes<sup>30</sup>. En este ámbito será esencial el papel que las nuevas tecnologías y el big data están llamados a jugar (como puede apreciarse en algunos programas impulsados recientemente por la Unión Europea, como Copernicus o LifeWatch).

#### D. OTRAS TÉCNICAS HORIZONTALES DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Junto con las anteriores, cabe aludir, finalmente, a otras dos técnicas horizontales de protección ambiental: los tributos ecológicos o ambientales y la participación ambiental.

Según el informe *Análisis de los resultados medioambientales de la OCDE: España 2015*, los ingresos fiscales procedentes de tributos ambientales en nuestro país están por debajo de la media de la OCDE, aunque cada vez son más utilizados por las Comunidades Autónomas, que han encontrado en el medio ambiente un ámbito idóneo para ejercer su poder tributario y potenciar su autonomía financiera. Esto ha provocado, sin embargo, la existencia de una gran fragmentación en el sistema de fiscalidad ambiental, que limita en gran medida su potencialidad como incentivo fiscal y afecta a la justicia tributaria y a la cohesión territorial. De ahí la necesidad, puesta ya de manifiesto por el Comité de Expertos sobre la reforma del sistema tributario español, de que el legislador estatal acometa una reforma fiscal de carácter global que armonice y dote de coherencia al sistema de imposición ecológica.

El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los tributos ecológicos con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a las normas autonómicas que los crean<sup>31</sup>. En estos casos el análisis de constitucionalidad se suele centrar, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, en verificar que no se produzca una dualidad impositiva entre las Comunidades Autónomas y el Estado o las entidades locales. No obstante, sería conveniente analizar también si concurren los elementos que permiten calificar como ambiental a un tributo (esto es, que actúe como

incentivo para la protección del medio ambiente, con independencia de la afectación de los recursos obtenidos con su recaudación o de lo que señale la exposición de motivos de la norma) y reconocer que los falsos tributos ambientales, aunque no incurran en doble imposición, afectan a los principios de capacidad económica e igualdad.

En cuanto a la participación en materia ambiental, ha sido impulsada a través del Convenio de Aarhus de 1998<sup>32</sup> y de la aprobación de varios Reglamentos y Directivas a nivel europeo<sup>33</sup>. En España la adaptación a las previsiones contenidas en las anteriores normas supraestatales se ha hecho mediante la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora de los derechos de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente<sup>34</sup>.

Esta norma prevé que las Administraciones Públicas colaboren entre sí para evitar duplicidades e ineficiencias y regula una serie de mecanismos de difusión de información, que incluyen la publicación por el Ministerio de Transición Ecológica anualmente del perfil ambiental de España, que incorpora información de las Comunidades Autónomas, aunque éstas también pueden publicar sus propios perfiles, al igual que algunas entidades locales (Madrid).

En relación con la participación ambiental, el dictamen 655/2015, de 16 de julio, examinó un caso en el que una asociación ecologista solicitaba la revisión de oficio de varios Reales Decretos que otorgaban permisos de investigación de hidrocarburos alegando, entre otras cosas, vulneración de derechos fundamentales por no haber permitido la participación ciudadana en el procedimiento de aprobación de tales Reales Decretos. El Consejo de Estado consideró que no concurría dicha causa de nulidad, ya que el derecho de participación ambiental no se proyecta sobre todas las cuestiones con incidencia en el medio ambiente, sino que se ciñe a la elaboración, modificación y revisión de planes y programas o disposiciones de carácter general que versen sobre las materias que se citan en la normativa internacional o en la Ley 27/2006 y que no incluyen los permisos de investigación de hidrocarburos. Añadía el dictamen que la participación tendría lugar con ocasión de los procedimientos de evaluación ambiental a los que eventualmente se someterían los proyectos o trabajos que se desarrollasen al amparo del correspondiente permiso de investigación.

Otras muchas normas, además de la Ley 27/2006, prevén mecanismos de participación de la ciudadanía en materia ambiental, como, por ejemplo, la figura de la custodia del territorio, prevista en la Ley 42/2007, que constituye una fórmula para que la sociedad civil contribuya a la conservación de la bio-

diversidad y el patrimonio natural. El Consejo de Estado en ejercicio de su función vela por que las normas ambientales mantengan e impulsen estos mecanismos<sup>35</sup>.

## 5.2 Técnicas sectoriales

Dentro de las técnicas sectoriales, debe destacarse, dada su particular incidencia sobre el territorio, la regulación de los espacios naturales protegidos.

La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad clasifica los espacios naturales protegidos en Parques, Reservas Naturales, Áreas Marinas Protegidas, Monumentos Naturales y Paisajes Protegidos.

Conforme a la distribución de competencias establecida por el Tribunal Constitucional<sup>36</sup> y tal y como dispuso el Informe de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado sobre Protección de Hábitats y Especies Marinas de 2006 y se recuerda en el dictamen 91/2010, de 25 de febrero, relativo al anteproyecto de Ley de protección del medio marino, corresponde a la Administración General del Estado la declaración y gestión de los espacios naturales protegidos en el medio marino, excepto en los casos en que exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente, en cuyo caso esas funciones corresponderán a las Comunidades Autónomas, que son las que ostentan dichas competencias de forma ordinaria sobre los espacios que se sitúen en su ámbito territorial. El Consejo de Estado ha sugerido en alguna ocasión<sup>37</sup> la conveniencia de disponer expresamente que corresponde también al Estado el ejercicio de las potestades administrativas cuando, de conformidad con el Derecho internacional, España tuviera que gestionar espacios situados en los estrechos sometidos a Derecho internacional o en alta mar, que sería una situación parecida a la que existe para los espacios marinos de las plazas de soberanía, como, por ejemplo, la reserva de las Islas Chafarinas, sin que esta sugerencia haya sido atendida.

La Ley 42/2007 prevé la posibilidad de establecer espacios naturales protegidos de carácter transfronterizo, formados por áreas adyacentes, terrestres o marinas, protegidas por España y otro Estado vecino, mediante la suscripción de los correspondientes acuerdos internacionales, para garantizar una adecuada coordinación de la protección de dichas áreas. Asimismo, regula los espacios protegidos de la Red Natura 2000, que constituye la mayor red ecológica coherente de espacios protegidos del mundo y forma parte de la Red Global de

áreas protegidas prevista en la Convención de Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica, así como las áreas protegidas por instrumentos internacionales, como los humedales de importancia internacional del Convenio Ramsar o las Zonas Especialmente Protegidas de Importancia para el Mediterráneo (ZEPIM).

La Ley 42/2007 también se refiere al acceso a los recursos genéticos, materia esta que ha adquirido una gran importancia en los últimos tiempos y que mantiene una fuerte vinculación con el territorio, tanto por lo que respecta a la autoridad a la que corresponde otorgar la autorización para acceder a dichos recursos, como por el destino de los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos.

Finalmente, en relación con los espacios naturales protegidos, debe mencionarse el establecimiento de corredores para lograr la conectividad ecológica del territorio, para lo que ostentan un papel prioritario los cursos fluviales, las áreas de montaña, las vías pecuarias y otros elementos del territorio que actúan como puntos de enlace. Asimismo, para fomentar la conectividad ecológica se ha creado, por impulso de la Unión Europea, la figura de la infraestructura verde, que es una red estratégicamente planificada de espacios naturales y otros elementos ambientales destinada a ofrecer una amplia gama de servicios ecosistémicos. Es decir, busca apoyarse en la naturaleza para generar beneficios ecológicos, económicos y sociales. El Consejo de Estado ha recordado en varias ocasiones la necesidad de tener en cuenta esta nueva figura y dotarla de efectividad<sup>38</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

A la vista de todo lo anterior debe concluirse afirmando la estrecha vinculación existente entre el medio ambiente y el territorio, que hace necesario seguir profundizando en los mecanismos de cooperación y coordinación entre las distintas instancias públicas territoriales con competencias en la materia, de manera que sea posible abordar con éxito los retos a los que la política y legislación ambiental deberá hacer frente en los próximos años. Entre estos retos destaca la necesidad de reforzar el efectivo cumplimiento de la normativa ambiental, para lo cual podría ser conveniente, dada la enorme producción normativa en este ámbito, llevar a cabo una armonización o codificación de las normas ambientales que facilite su conocimiento y aplicación, así como la involucración de los particulares y empresas en la tarea de protección del medio ambiente, para lo que deberán fomentarse los sistemas de autorregulación empresarial y los instrumentos de normalización y certificación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, E., y LOPERENA ROTA, D., voz «Medio ambiente local», en *Diccionario de Derecho Ambiental*, Madrid, 2006.
- AZNAR GÓMEZ M. J., «El Estado sin territorio: la desaparición del territorio debido al cambio climático», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 26, 2013.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Informe «Desarrollo autonómico, competitividad y cohesión social. Medio ambiente», 2012.
- DE LA VARGA PASTOR, A., «Análisis jurídico de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental y de las competencias autonómicas en materia de EIA de proyectos», en *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 25, 2017.
- FERNÁNDEZ DE GATTA, D., Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente, Salamanca, 2014.
- «La estrategia estatal de infraestructura verde y de la conectividad y restauración ecológicas: un nuevo instrumento para proteger la biodiversidad», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 81, 2018.
- LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, Madrid, 2009.
- «Eclósión y crisis del Derecho ambiental», en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007.
- «Derecho ambiental. Algunas reflexiones desde el Derecho administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016.
- «A propósito del despropósito del canon eólico: una llamada de atención sobre la necesidad de mejorar la ordenación y el control de los tributos ambientales», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 38, 2017.
- MUÑOZ MACHADO, S., «La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales en materia de medio ambiente», en *Documentación Administrativa*, núm. 190, 1981.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE, «Estado de Derecho Ambiental: Primer informe global», 2019.

## NOTAS

- (1) STC 102/1995.
- (2) Por ejemplo, dictámenes 2199/1995, de 21 de diciembre, y 1781/2001, de 20 de septiembre.
- (3) STC 64/1982.
- (4) Por ejemplo: dictámenes 1087/1992 y 1088/1992 relativos, respectivamente, al Convenio sobre Diversidad Biológica y a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático; dictamen 1797/1998 sobre el Protocolo sobre zonas especialmente protegidas y la diversidad biológica en el Mediterráneo de 1995; o dictamen 879/2001 sobre el Protocolo de Cartagena de Seguridad en la Biotecnología.
- (5) Así se señaló en los asuntos de los envases retornables daneses de 1988, del tratamiento y eliminación de residuos por la región de Valona de 1992 o de la prohibición alemana de importación de cangrejos de río de 1994.

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

- (6) Dictámenes 760/2013, de 24 de julio, y 91/2010, de 25 de febrero.
- (7) Dictamen 913/2007, de 17 de mayo.
- (8) Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres.
- (9) SSTC 227/1988 y 149/1991.
- (10) Seguida por las SSTC 156/1995, 196/1996, 16/1997 y 166/2002.
- (11) STC 194/2004.
- (12) SSTC 194/2004, 33/2005, 32/2006.
- (13) SSTC 141/2014, 45/2015, 5/2016 y 53/201.
- (14) Como la STC 101/2005 relativa al Real Decreto 1803/1999 por el que se aprobaba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales o las SSTC 32/2006, 35/2005, 81/2005, 100/2005, 331/2005 o 65/2010.
- (15) Dictámenes 498/1994 y 499/1994, de 9 de junio, y 2165/1994, de 2 de marzo de 1995.
- (16) SSTC 227/1988, 233/2015 y 149/1991.
- (17) Dictámenes 368/2016, de 23 de junio; 5/2015, de 4 de marzo; 1048/2009, de 22 de octubre, o 534/2004, de 6 de mayo, y los que en él se citan.
- (18) Dictamen 351/2016, de 9 de junio.
- (19) Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, hecho en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991.
- (20) Directiva 2011/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2011, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.
- (21) Así lo ha señalado, entre otras, la STC 113/2019, de 3 de octubre, relativa a la Ley 9/2018, de 31 de julio, por la que se modifica la Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears, en línea con lo señalado por el Consejo de Estado en su dictamen 342/2019, de 25 de abril.
- (22) Dictamen 1191/2017, de 22 de febrero de 2018.
- (23) Dictámenes 544/2011, de 19 de mayo; 2600/2010, de 3 de febrero, o 1855/2008, de 23 de diciembre.
- (24) Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales.
- (25) Dictamen 1781/2001, de 20 de septiembre.
- (26) Dictámenes 1952/2004, de 23 de septiembre; 76/2003, de 30 de enero; 3305/2000, de 5 de diciembre, o 53.523 de 26 de abril de 1999.
- (27) Dictamen 913/2007, de 17 de mayo.
- (28) Dictámenes 1151/2015, de 26 de noviembre; 156/2014, de 20 de febrero, o 219/2014, de 6 de marzo.
- (29) Dictamen 91/2010, de 25 de febrero.
- (30) Dictamen 913/2007, de 17 de mayo.
- (31) Dictámenes 629/2019, de 24 de julio; 1016/2017, de 14 de diciembre; 408/2006, de 23 de marzo, o 548/1992, de 29 de octubre.
- (32) Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998.
- (33) Reglamento CE 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación a las instituciones y organismos comunitarios de las disposiciones del Convenio de Aarhus o Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental.
- (34) Dictamen 1883/2005, de 24 de noviembre.
- (35) Dictámenes 913/2007, de 17 de mayo, o 998/2015, de 17 de diciembre.
- (36) STC 38/2002.
- (37) Dictamen 913/2007, de 17 de mayo.
- (38) Por ejemplo, en el dictamen 861/2016, de 19 de enero de 2017, relativo a un proyecto de real decreto que regulaba la Red de Caminos Naturales, que finalmente no fue aprobado, se recordaba el valor ambiental de los caminos naturales y se considera que debían incorporarse a la infraestructura verde.

# **LA VERTEBRACIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO: LA SANIDAD**

NOEMÍ GÁMEZ MOLL  
Letrada del Consejo de Estado

El territorio, en tanto que elemento constitutivo del Estado, es, en palabras de Carré de Malberg<sup>1</sup>, el espacio físico en el que éste puede imponer su potestad y rechazar la intervención de toda potestad ajena; el ámbito espacial, diría Kelsen<sup>2</sup>, en el que tiene validez el orden jurídico del Estado.

El territorio se erige, por lo tanto, en marco de referencia para el ejercicio de las competencias estatales, entre las que ocupa una posición de singular relevancia, por razón de su incidencia sobre el bienestar de los ciudadanos, la competencia en materia sanitaria.

En este sentido, desde un punto de vista histórico, la intervención de los poderes públicos en el sector sanitario ha sido objeto de una compleja evolución que ha estado presidida y condicionada por la propia evolución del Estado y sus relaciones con la sociedad que le sirve de sustento o base personal.

Originariamente, en el Antiguo Régimen, la asistencia a pobres y enfermos era ofrecida por los agentes privados, bien con fundamento en la idea de solidaridad que inspiraba la constitución de organizaciones mutualistas como los gremios, las hermandades y las cofradías, bien con apoyo en la idea de caridad cristiana que imbuía la actuación de la población en el plano individual –en el que se promovía la limosna como medio de purificación del alma– y en el plano colectivo –en el que muchas Iglesias contaban con instituciones hospitalarias–.

El advenimiento del Estado constitucional, que en un primer momento revistió la forma de Estado liberal abstencionista<sup>3</sup>, determinó la prohibición de todo cuerpo intermedio –es decir, de toda organización que se interpusiese entre el individuo y el Estado– y la subsiguiente asunción de la prestación de los servicios asistenciales por parte de los poderes públicos, en régimen de concurrencia competitiva con los particulares.

La intervención administrativa en el sector sanitario se desgajó entonces en dos grandes bloques<sup>4</sup>: la protección de la salud pública, esto es, de la dimensión supraindividual o colectiva de la salud de los ciudadanos, a través de medidas de policía adoptadas a nivel municipal y por la Dirección General de Sanidad –creada en 1855–; y el ofrecimiento, con carácter graciable, de prestaciones encaminadas a garantizar la subsistencia de los más desfavorecidos a través de las casas de socorro y demás instituciones de beneficencia de los Ayuntamientos.

La transformación del Estado liberal en Estado social<sup>5</sup> dio lugar, en primer término, a la implantación de una red de seguros sociales obligatorios que trataba de dar una cobertura adecuada a los riesgos sociales especialmente graves a los que estaba expuesta la clase obrera –entre ellos, la enfermedad, común y profesional, y los accidentes de trabajo–, operaba sobre la base de la contribución o previa colaboración económica de sus beneficiarios, fue reorganizada en torno al Instituto Nacional de Previsión tras la creación de esta institución en el año 1908 y finalmente sustituida por un sistema de Seguridad Social cuyas líneas maestras fueron diseñadas por la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963.

Tanto el texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, como el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, se referían a las prestaciones sanitarias como parte integrante de la acción protectora de la Seguridad Social. Lo que, en el campo institucional, se tradujo en la creación del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) como Entidad Gestora de la Seguridad Social adscrita al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social *ex* artículo 1.1.2 del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo.

En segundo término, la beneficencia dio paso a la asistencia social, que es la actividad por medio de la cual los poderes públicos brindan servicios que se consideran esenciales en un momento determinado –como puede ser la asistencia sanitaria– a quienes acreditan insuficiencia de recursos económicos para acceder a ellos en condiciones de mercado, sin perjuicio del proceso de progresiva ampliación del que ha sido objeto la asistencia social en las últimas décadas.

En tercer y último término, la acción administrativa encaminada a la protección de la salud pública experimentó un significativo desarrollo cualitativo y cuantitativo, acompañado de una extraordinaria dispersión de las entidades y órganos gubernativos con competencia en la materia, que a la postre hizo necesaria una ardua tarea de unificación y sistematización, acometida por la Ley de Bases de Sanidad de 25 de noviembre de 1944.

En este contexto, la Constitución de 1978 optó por tratar separadamente, en los planos dogmático (Título I) y competencial (Título VIII), la Sanidad y la Seguridad Social:

(A) En el plano dogmático, el artículo 43 de nuestra Norma Fundamental –ubicado en el Capítulo III del Título I, relativo a los principios rectores de la política social y económica<sup>6</sup>– reconoce el derecho a la protección de la salud<sup>7</sup> (apartado primero) y encomienda a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, remitiéndose a la ley para el establecimiento de los derechos y deberes de los ciudadanos en este ámbito (apartado segundo), así como el fomento de la educación sanitaria (apartado tercero).

Como ha destacado la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio, en su FJ 8, este precepto consagra un derecho de configuración legal, esto es, un derecho cuyo contenido será concretado por el legislador ordinario de acuerdo con lo establecido en el mandato constitucional, atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento y a la legítima libertad gubernamental de elección de políticas públicas.

Al amparo de este amplio margen de discrecionalidad, el legislador ha articulado la protección de la salud –concebida en un sentido amplio como «estado de completo bienestar físico, mental y social»<sup>8</sup>–, mediante los tres tipos de acción administrativa de los que hablara Jordana de Pozas<sup>9</sup>:

- la actividad prestacional ofrecida por el Sistema Nacional de Salud;
- la actividad de policía encaminada a garantizar que la atención sanitaria proporcionada por los agentes privados y que la asistencia farmacéutica que la complementa reúnen unas condiciones de calidad y seguridad adecuadas, así como a mantener y, en su caso, restablecer la normalidad en situaciones de riesgo sanitario;
- y el fomento de ciertas actividades privadas que contribuyen a la tutela de la salud, como la investigación sanitaria.

(B) En el plano competencial, el artículo 149 de la Constitución –precepto que, como ha señalado el Consejo de Estado<sup>10</sup>, constituye a día de hoy, una vez transcurrido el plazo de cinco años contemplado en el artículo 148.2 de nuestra Norma Fundamental, el único criterio ordenador del proceso de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas– reserva al Estado, en su apartado 1.16.<sup>a</sup>, competencias exclusivas en materia de «*sanidad exterior, bases y coordinación de la sanidad [y] legislación sobre productos farmacéuticos*».

En un ámbito territorialmente inferior, el artículo 25.2.j) de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local ordena a la legislación sectorial estatal y autonómica atribuir a los municipios competencias en materia de «*protección de la salubridad pública*». Mientras que, en un ámbito territorialmente superior, el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea declara que la acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales de los Estados miembros, se encaminará a «*mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica*», luchando contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación y educación sanitarias, vigilando las amenazas transfronterizas graves para la salud, fomentando la cooperación entre Estados miembros, con terceros países y con organismos internacionales sanitarios, y asegurando elevados niveles de calidad y seguridad de las sustancias de origen humano, animal y vegetal y de los medicamentos y productos sanitarios.

La distinción entre los tres títulos competenciales previstos en el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución no es una cuestión baladí en la medida en que las facultades que las Comunidades Autónomas pueden ostentar en estos sectores –sanidad exterior, sanidad interior y productos farmacéuticos– presentan un alcance variable. De ahí la conveniencia de estudiar la jurisprudencia constitucional recaída en relación con cada uno de ellos, su trascendencia territorial y el corpus doctrinal que el Consejo de Estado ha ido sentando al dictaminar sobre estas materias.

(B.1) La «*sanidad exterior*», en primer lugar, «*tiene por objetivo la vigilancia, prevención y eliminación de riesgos para la salud con ocasión del tráfico internacional de personas, mercancías, animales y especies vegetales*» a través de las medidas preventivas, prestacionales y asistenciales a las que alude el artículo 43 de nuestra Carta Magna; medidas que se proyectarán, no solo sobre las personas y bienes que entren y salgan del territorio nacional, sino también sobre «*las propias instalaciones y sobre su entorno inmediato en puertos, aeropuertos y puestos fronterizos afectos al tráfico*

*internacional*» (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 329/1994, de 15 de diciembre, FJ 2).

Este título competencial obliga, pues, al Estado a proteger el territorio nacional –la población que se asienta en él– frente a las epidemias y calamidades que puedan originarse en el extranjero. La porosidad que las fronteras han demostrado poseer ante enfermedades epidémicas como la malaria, la fiebre amarilla o, más recientemente, los virus del ébola y del zika<sup>11</sup>, ha favorecido una intensa colaboración entre autoridades nacionales y con organismos sanitarios internacionales: la Organización Mundial de la Salud y el Reglamento Sanitario Internacional aprobado en su seno el año 2005 para «*prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada*» se han convertido, de este modo, en la clave de bóveda de la tutela de la salud pública frente a los riesgos procedentes del exterior.

En ejercicio de la competencia que el artículo 22.13 de su Ley Orgánica<sup>12</sup> le atribuye para dictaminar sobre las «*[r]eclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes*» –a saber, cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros–, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar la normativa española sobre control sanitario en frontera y las consecuencias que pueden derivar de su aplicación administrativa.

En los dictámenes de los expedientes número 983/2009, 2.090/2009, 534/2010, 1.956/2010, 2.720/2010, 234/2011, 2.034/2011, 216/2013, 628/2015, 112/2019 y 189/2019, entre otros, este Alto Cuerpo Consultivo ha destacado que el Reglamento (CE) núm. 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril<sup>13</sup>, y el Real Decreto 1977/1999, de 23 de diciembre<sup>14</sup>, sujetan la importación de los productos de origen animal procedentes de terceros países a un triple control documental –de comprobación de los documentos exigidos por la normativa aplicable–, identificativo –de inspección visual de las mercancías para constatar su concordancia con los documentos que las acompañan– y físico –de comprobación de las características de los productos importados–; y disponen que, en el caso de que tales controles pongan de manifiesto que la partida que se quiere introducir en el territorio nacional incumple la legislación alimentaria, la autoridad competente rechazará las mercancías y acordará, bien su reexpedición a un Estado no miembro de la Unión Europea, bien su destrucción, bien su sometimiento a un tratamiento especial.

Los gastos derivados de estas operaciones y los daños que las mercaderías eventualmente puedan sufrir durante dichos controles tendrán que ser so-

portados por los importadores a menos que la inmovilización de la partida carezca de justificación, se prolongue más tiempo del debido o se haya producido cualquier otro funcionamiento anormal del servicio de sanidad exterior, en cuyo caso existirá un título de imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración General del Estado que dará derecho a la percepción de una indemnización siempre que concurren los demás presupuestos legalmente exigidos para ello<sup>15</sup>, esto es, que exista un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas y que entre el hecho imputado y el daño efectivamente producido medie una relación de causalidad directa e inmediata.

(B.2) En segundo lugar, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, las «bases» constituyen los «*principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia (...), el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional*»; encarnan «*lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto*».

Por ello, «*ni la fijación de las bases [de la sanidad interior] ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16.<sup>a</sup> del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según TC SS 32/1983, de 28 de abril, FJ 2; 42/1983, de 20 de mayo, FJ 3; 80/1985, de 4 de julio, FJ 2), deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2)*» (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 98/2004, de 25 de mayo, FJ 6).

Este título competencial obliga, pues, al Estado a establecer y garantizar unas medidas mínimas de protección de la salud que beneficiarán a todos los miembros de su población por igual, cualquiera que sea su lugar de residencia dentro del territorio nacional: no en vano el artículo 139.1 de la Constitución declara que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado y el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> de nuestra Norma Fundamental reserva al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Una vez cubierto ese mínimo común denominador, en ejercicio de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución asumidas estatutariamente en materia sanitaria, las Comunidades Autónomas podrán introducir –y, de hecho, han introducido– elementos diferenciales entre los ciudadanos en función de su vecindad administrativa, es decir, del municipio en el que estén empadronados. Ello ha generado un delicado equilibrio entre los principios de igualdad y autonomía, inherente a nuestro Estado de las Autonomías, que ha sido estudiado por el Consejo de Estado en el desempeño de su labor consultiva, fundamentalmente al dictaminar sobre aspectos relacionados con la vertiente prestacional del derecho a la protección de la salud.

A título preliminar, hay que tener en cuenta que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad configura un sistema descentralizado, territorialmente organizado en tres niveles:

- 1) las zonas básicas de salud, en las que los centros de salud prestan atención primaria a sus habitantes;
- 2) las áreas de salud, en las que los hospitales generales ofrecen internamiento clínico y asistencia especializada a los residentes de las zonas básicas que se hallan bajo su órbita funcional;
- 3) y los servicios de salud, que agrupan todos los centros y establecimientos sanitarios existentes en el territorio autonómico.

Las Comunidades Autónomas son, por consiguiente, las responsables del adecuado funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, las Administraciones a las que los usuarios del Sistema Nacional de Salud pueden dirigirse en solicitud de una indemnización cuando sufran daños antijurídicos, causalmente conectados con el funcionamiento del servicio<sup>16</sup>.

El Consejo de Estado<sup>17</sup> ha señalado, en este sentido, en una doctrina plenamente consolidada (por todos, los dictámenes de los expedientes número 90/2016, 385/2016, 915/2016, 585/2017, 1.168/2017, 737/2018, 1.077/2018, 1.078/2018, 575/2019, 576/2019 y 780/2019) que en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por mala praxis médica hay que acudir al criterio de la *lex artis ad hoc* para evaluar si el particular tenía (o no) el deber jurídico de soportar el daño invocado y, por lo tanto, si existe (o no) un título de imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración, desde el momento en que el artículo 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público advierte que «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de [su] produc-

*ción (...) sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».*

Ello supone, según una reiterada jurisprudencia (por todas, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 y de 15 de marzo de 2018), que *«la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo»*, de suerte que únicamente resulta *«exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales»*.

En la práctica, esta doctrina conduce al análisis pormenorizado del historial clínico del paciente, la bibliografía médica especializada y los protocolos de actuación existentes en el establecimiento sanitario en el que ha tenido lugar el suceso del que trae causa la reclamación: si de ellos se desprende que el personal que atendió al interesado le ofreció un servicio ajustado a los estándares habituales, no habrá responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria; si, por el contrario, cabe deducir que no se pusieron a disposición del perjudicado todos los medios que la ciencia del momento brindaba para la curación de la patología que sufría –por ejemplo, porque no se le informó de manera suficiente acerca de los riesgos inherentes a la intervención propuesta (que es el cometido de la firma del documento de consentimiento informado al que se refieren los artículos 8 y siguientes de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre<sup>18</sup>), se le pautó un tratamiento completamente inadecuado o se cometieron errores graves durante su ejecución–, existirá un funcionamiento anormal del servicio que dará derecho a la percepción de una indemnización si concurren los demás presupuestos legalmente exigidos para ello.

En el análisis de esta documentación, el Consejo de Estado se halla en cierto modo condicionado por la opinión profesional expresada por la Inspección médica autonómica y, eventualmente, por los peritos contratados por la compañía aseguradora de la Administración y, en su caso, por los reclamantes, en la medida en que no dispone de los conocimientos técnicos necesarios para poder cuestionar estos pareceres. Por esta razón, cuando los informes que obran en el expediente no le permiten llegar a la convicción de que la actuación médica se adecuó en todo momento a la *lex artis ad hoc*, este Alto Cuerpo Consultivo suele devolver el expediente a la autoridad consultante, pidiéndole, como antecedente, un informe complementario de la Inspección que valore aquellos aspectos técnico-sanitarios que le hayan generado dudas acerca del

correcto funcionamiento del servicio de salud y, en consecuencia, le hayan impedido evacuar la consulta solicitada con el rigor que merece.

Junto con la doctrina de la *lex artis ad hoc*, además, el Consejo de Estado (por todos, el dictamen del expediente número 227/2019) y el Tribunal Supremo (por todas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012) aplican la doctrina de la pérdida de la oportunidad, que posibilita *«una respuesta indemnizatoria en los casos en que (...) no se ha producido [una quiebra de la lex artis ad hoc] y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio (...) [que] no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación –por ejemplo, de haberse practicado ciertas pruebas diagnósticas o no haberse demorado en exceso la consulta a un médico especialista– (...) [En estos supuestos] es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente»*.

Finalmente, no deben confundirse las indemnizaciones en las que se concreta la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria con los resarcimientos públicos que, en este ámbito, han previsto algunas disposiciones generales<sup>19</sup>: mientras que la indemnización implica la obligación del sujeto imputable de reparar íntegramente el daño causado al lesionado, en el resarcimiento o ayuda pública la Administración asume, en virtud de una previsión normativa específica, atendiendo al principio de solidaridad social, el deber genérico de compensar los perjuicios sufridos por los particulares por actividades que en modo alguno le son causalmente imputables.

Por ello, en el dictamen del expediente número 1159/2010, el Consejo de Estado recomendó a la autoridad consultante que sustituyese la expresión *«indemnizaciones»* utilizada por el entonces proyecto de Real Decreto por el que se regulaba el procedimiento de concesión de una indemnización a las personas afectadas por la talidomida en España, nacidas durante el periodo 1960-1965<sup>20</sup>, por el término *«ayudas»*, que en buena técnica jurídica denominaba el compromiso asumido por el Estado en este campo.

Por otra parte, como contrapunto a la descentralización de la asistencia sanitaria, la Ley General de Sanidad y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud establecen las siguientes

garantías de la igualdad básica de todos los usuarios del Sistema y del funcionamiento coordinado de los servicios públicos que lo integran<sup>21</sup>:

1) En primer término, una regulación homogénea de los aspectos subjetivos –quiénes pueden acceder al Sistema Nacional de Salud– y objetivos –a qué prestaciones tienen derecho en su seno– de la asistencia sanitaria.

Ha de tenerse en cuenta, a este respecto, que Ley General de Sanidad se fijó como objetivo la universalización progresiva del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con gastos públicos, pero que, como ha razonado la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio, en su FJ 8, ello nunca se tradujo en la consagración del derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se encontrara en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias. Al contrario, tradicionalmente se ha exigido la concurrencia de un título jurídico específico, bien la vinculación previa del administrado con la Seguridad Social, bien la existencia de una norma que reconozca expresamente tal derecho a ciertos colectivos –como los menores de edad, los nacionales sin recursos económicos suficientes o los trabajadores por cuenta ajena–.

El derecho a la protección de la salud sancionado en el artículo 43 de la Constitución obliga, en suma, a los poderes públicos a organizar las prestaciones y servicios que la tutela de la salud de los ciudadanos precisa y a permitir que «*todos*» puedan beneficiarse de ellos si así lo desean, mas no requiere que tales prestaciones sean gratuitas o bonificadas con cargo a fondos públicos para todos sus potenciales destinatarios. Por esta razón, el Tribunal Constitucional concluyó que la delimitación de las personas con derecho a disfrutar de asistencia sanitaria pública y gratuita en España operada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril<sup>22</sup>, era constitucional, excepto en un breve inciso que vulneraba el principio de reserva de ley.

En este contexto, en el ejercicio de la competencia que el artículo 22.6 de su Ley Orgánica le atribuye para dictaminar sobre la «*[i]mpugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional, con carácter previo a la interposición del recurso*», el Consejo de Estado se ha planteado si las Comunidades pueden modificar la dimensión subjetiva del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias de manera gratuita o bonificada, ampliando la cobertura de quienes han sido excluidos de la misma por la legislación estatal. En los dictámenes de los expedientes número 796/2012, 1.045/2013, 1.060/2015 y 176/2018, este Alto Cuerpo Consultivo ha apuntado que tal ampliación no supone un desarrollo legislativo de las bases sentadas por el Estado, sino una disciplina

divergente con la estatal e incompatible con ella que no tiene cabida en la competencia que en materia de sanidad interior pueden asumir estatutariamente las Comunidades Autónomas. Así lo ha confirmado el Pleno del Tribunal Constitucional en las Sentencias 134/2017, de 16 de noviembre, 145/2017, de 14 de diciembre, y 17/2018, de 22 de febrero.

En todo caso, en la actualidad, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio<sup>23</sup>, los artículos 3, 3 *bis* y 3 *ter* de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud consideran titulares del derecho a la protección de la salud a todas las personas de nacionalidad española y a los extranjeros que tengan su residencia habitual en el territorio nacional, sin perjuicio de la atención que se deba dispensar a las personas que tengan derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos de la Unión Europea sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales sobre la materia, mientras residan o estén desplazados temporalmente en el territorio nacional, y de la atención que igualmente deba dispensarse a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España.

Todos estos sujetos pueden acceder, en las condiciones fijadas en la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, al Catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que, con arreglo al artículo 7 de dicho cuerpo normativo, comprende el conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud que garantizan las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y de calidad de los ciudadanos a los que va dirigido, y se hace efectivo a través de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud.

Dicha cartera engloba todas las técnicas, tecnologías o procedimientos, es decir, todos los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y la experimentación científica, que posibilitan el acceso a las prestaciones de atención sanitaria del Sistema. Se estructura en tres niveles, definidos en los artículos 8 a 8 *quarter* de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, a saber, la cartera común básica, íntegramente financiada con cargo a fondos públicos, la cartera común suplementaria, sujeta a aportación del usuario, y la cartera común de servicios accesorios, sujeta a aportación y/o reembolso por parte del interesado.

Fue establecida mediante Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre<sup>24</sup>, y ha sido actualizada y concretada, con posterioridad, al amparo de lo dispuesto en los artículos 21.1 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y 6 y 7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por diversas órdenes ministeriales<sup>25</sup>. En los dictámenes de los expedientes número 580/2014, 786/2014, 397/2015, 766/2018, 323/2019 y 696/2019, evacuados en virtud de

la competencia que el artículo 22.3 de su Ley Orgánica le atribuye para dictaminar sobre la «[r]eglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones», el Consejo de Estado ha analizado las últimas modificaciones de la cartera de servicios comunes, que por el carácter eminentemente técnico de su contenido y el amplio consenso de la comunidad científica que las respaldan, no han sugerido prácticamente observación alguna a su articulado.

Resulta interesante destacar, no obstante, que la falta de inclusión de una técnica, tecnología o procedimiento en la cartera de servicios comunes impide calificar su no aplicación o aplicación incorrecta como un funcionamiento anormal del servicio público de salud que pueda dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración. Así lo recordó, haciéndose eco de una abundante jurisprudencia (representada, entre todas, por las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 de febrero, 26 de junio y 9 de octubre de 2012), el dictamen del expediente número 965/2018, en el que un particular reclamaba una indemnización por los daños que decía padecer como consecuencia de la ausencia de campañas de vacunación masiva contra la poliomielitis en la época de su nacimiento (década de los sesenta del siglo pasado).

En este marco, adquiere una especial trascendencia la facultad que el artículo 8 quinquies de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud reconoce a las Comunidades Autónomas para aprobar sus propias carteras básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, siempre que cuenten con los recursos financieros adicionales que la incorporación de esas nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos requieran, lo que será valorado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de acuerdo con el principio de lealtad institucional sancionado en el artículo 2.1.g) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. Es decir, la cartera de servicios comunes fijada a nivel estatal constituye ese «*mínimo común denominador*» del que habla nuestra jurisprudencia constitucional, a partir del cual las Comunidades pueden mejorar –nunca empeorar– las prestaciones ofrecidas a sus ciudadanos en ejercicio de la competencia de desarrollo legislativo que hayan asumido estatutariamente en el ámbito sanitario.

2) En segundo término, en garantía del funcionamiento cohesionado del Sistema Nacional de Salud, la legislación básica estatal contempla una serie de instrumentos de cooperación y coordinación que, tal y como ha señalado la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 99/2017, de 20 julio, en su FJ 3, pretenden hacer posible «*la información recíproca, la homogenei-*

*dad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias».*

Entre dichos instrumentos ocupan una posición de singular relevancia:

i. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que es el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios autonómicos de salud, entre ellos y con la Administración General del Estado, para la promoción de la cohesión del Sistema a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado<sup>26</sup>.

ii. Y la Alta Inspección, que verifica el correcto ejercicio de las competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas ostentan en el sector<sup>27</sup>.

3) Por último, la legislación básica estatal recoge un conjunto de fórmulas de financiación tendentes a lograr la equidad dentro del territorio nacional: si en los primeros años de nuestra democracia constitucional la financiación del Sistema Nacional de Salud permaneció vinculada a los fondos de la Seguridad Social, una vez culminado el proceso de transferencia a las Comunidades Autónomas y restringido el ámbito competencial de la Entidad Gestora INSALUD, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre<sup>28</sup>, dio nueva redacción a los artículos 82 de la Ley General de Sanidad y 86 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio<sup>29</sup>, con el fin de aclarar que, en adelante, la financiación de los servicios de asistencia sanitaria transferidos se efectuaría de conformidad con el sistema de financiación autonómico vigente en cada momento.

En el mismo sentido, el artículo 10 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud indica que las prestaciones sanitarias a las que pueden acceder los titulares del derecho a la protección de la salud y el sistema de garantías de accesibilidad, calidad y seguridad que dicho texto legislativo diseña *«son responsabilidad financiera de las comunidades autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, sin perjuicio de la [eventual] existencia de un tercero obligado al pago».*

Como ello podría ocasionar graves desequilibrios regionales, este nuevo modelo de financiación ha sido complementado con una serie de mecanismos niveladores entre los que cabe destacar los siguientes:

i. El Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales<sup>30</sup>, que viene a asegurar que cada Comunidad Autónoma recibe los mismos recursos por habitante para financiar los servicios públicos fundamentales que se estiman esenciales en un Estado de Bienestar —entre ellos, la sanidad—.

ii. El Fondo de Garantía Asistencial<sup>31</sup>, que viene a compensar a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla por las actuaciones que sus servicios de salud realicen en el marco de las carteras común básica de servicios asistenciales y suplementaria, a favor de las personas que puedan beneficiarse de ellas en sus desplazamientos temporales.

iii. Y el Fondo de Cohesión Sanitaria<sup>32</sup>, que viene a compensar a las Comunidades Autónomas por la asistencia sanitaria prestada a los pacientes residentes en España derivados entre Comunidades para ser sometidos al proceso asistencial que el servicio de origen no pueda proporcionarles por falta de medios personales o materiales; a los pacientes residentes en España derivados entre Comunidades para ser atendidos en centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud; a los pacientes residentes en España a los que se hayan aplicado las técnicas, tecnologías y procedimientos cuyo uso tutelado haya sido autorizado; y a los ciudadanos que se hayan desplazado al territorio nacional en estancia temporal y tengan derecho de asistencia a cargo de otro Estado que pertenezca a la Unión Europea o haya suscrito un acuerdo bilateral sobre la materia con España, sin perjuicio de los instrumentos de repetición que el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero<sup>33</sup>, o el correspondiente convenio internacional prevean.

La situación actual de este Fondo es, sin embargo, muy delicada. En el dictamen del expediente número 765/2018, el Consejo de Estado<sup>34</sup> llamó la atención de la autoridad consultante acerca de las graves disfuncionalidades a las que podía verse abocada su gestión en un futuro próximo: *«La Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 –explicaba el Consejo– ha modificado parcialmente [el escenario vigente] puesto que no ha decretado la suspensión temporal del artículo 2.1 del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, ni ha otorgado, a tal efecto, naturaleza extrapresupuestaria al Fondo de Cohesión Sanitaria, como hicieran sus predecesoras [desde el año 2013]. Pero, paradójicamente, ha mantenido la cuantía de la dotación presupuestaria que los Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 consignasen a su favor, aun cuando esta suma –3.760.000.000 de euros– sea probablemente insuficiente para compensar todos los gastos financiables con cargo a este Fondo.*

*De ahí que, si se quiere consolidar la naturaleza extrapresupuestaria del Fondo de cohesión sanitaria, equiparándolo al Fondo de Garantía Asistencial (...), sea necesario acometer una reforma normativa que especifique su naturaleza jurídica y sus principales fuentes de financiación, ajustando la parte dispositiva del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, a esta nueva realidad. Precisamente ésta parece ser la finalidad del Real Decreto por el que se*

*regula la gestión del Fondo de Garantía Asistencial y se modifica el Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, (...) al que se refiere el Plan Anual Normativo del año 2018. Dadas las circunstancias descritas, –concluía el dictamen– su aprobación debería ser prioritaria».*

No cabe duda, en este sentido, de que la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud ha constituido una de las principales preocupaciones de la agenda política de las últimas décadas, especialmente en aquellas épocas en las que la inestabilidad económica ha motivado la adopción de medidas de racionalización del gasto público sanitario tendentes a garantizar una distribución equitativa de los recursos económicos disponibles entre las necesidades existentes.

El Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que *«la definición del sistema de financiación de la sanidad, que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (...) pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o “copago”) (...) tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, (...) [constituye] un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias que (...) debe ser regulado de manera uniforme»* en todo el territorio nacional (Sentencias 71/2014, de 6 de mayo, FJ 7, y 64/2017, de 25 de mayo, FJ 6, entre otras). Lo que, por ejemplo, ha determinado la anulación de las tasas autonómicas popularmente conocidas como *«euro por receta»*<sup>35</sup> y la declaración de constitucionalidad del llamado *«copago farmacéutico para jubilados»*, introducido por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril.

El ejercicio de sus competencias, el Estado y las Comunidades Autónomas han de respetar, además, las limitaciones derivadas del Derecho de la Unión Europea. Así, en una sentencia de 27 de febrero de 2014, el Tribunal de Justicia de la Unión señaló que el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos –popularmente conocido como *«céntimo sanitario»*– era contrario a la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992<sup>36</sup>, desde el momento en que no perseguía una finalidad específica –como podía ser la protección de la salud y el medioambiente a través de la afectación de sus rendimientos a la reducción de los costes sociales y medioambientales específicamente vinculados al consumo de hidrocarburos–, sino que, por el contrario, la cesión de la recaudación del tributo para atender los gastos en los que las Comunidades Autónomas tenían que incurrir al ejercer las competencias transferidas en materia sanitaria constituía una modalidad de organización presupuestaria.

(B.3) En tercer y último lugar, la *«legislación sobre productos farmacéuticos»* a la que alude el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución comprende la *«ordenación de los medicamentos en cuanto “sustancias” cuya fabricación y comercialización está sometida –a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia– al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen»* (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5).

Representa, según la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 152/2003, de 17 de julio, FJ 9, *«una competencia de regulación completa que se extiende, incluso, al ámbito reglamentario»*, lo que, ha aclarado la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 181/2014, de 6 de noviembre, en su FJ 7, no se opone a la aprobación de reglamentos autonómicos de carácter estrictamente organizativo siempre que los mismos no incidan en modo alguno en los aspectos materiales de la regulación de tales productos.

Este título competencial obliga, pues, al Estado a ofrecer una disciplina completa de la cadena de suministro de los medicamentos de uso humano y productos sanitarios, su investigación y publicidad, el estatuto jurídico de los agentes que participan en estas actividades y las formas en las que la Administración podrá intervenir en el sector. Una disciplina que es idéntica en todo el territorio nacional y ha sido objeto, a nivel europeo, de un proceso de progresiva armonización en el que las Directivas de la Unión han brindado una ordenación tan pormenorizada de la materia que, en numerosas ocasiones, el margen de discrecionalidad del que han disfrutado los Estados miembros durante su transposición –o incorporación al ordenamiento jurídico nacional– ha sido muy pequeño.

En la cadena de suministro legal de medicamentos, en concreto, el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, y las disposiciones reglamentarias que lo han desarrollado<sup>37</sup>, distinguen varias actividades que son ejecutadas por diversos agentes:

– La fabricación engloba las operaciones de adquisición de materiales y productos, producción, control de calidad, liberación, almacenamiento, distribución de medicamentos y controles aplicables a las mismas; y requiere la autorización previa de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la cual será igualmente necesaria para la importación y comercialización de medicamentos e incluso en los supuestos en los que éstos se fabriquen exclusivamente para su exportación.

– La distribución abarca las actividades de obtención, almacenamiento, conservación, suministro y/o exportación de medicamentos, excluida su dispensación al público; y puede ser realizada a través de entidades de distribución debidamente autorizadas o directamente por el laboratorio titular de la correspondiente autorización de comercialización.

– La comercialización es la puesta en el mercado de un medicamento y precisa el otorgamiento, con carácter previo, de la correspondiente autorización de comercialización por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios o la Comisión Europea, así como la ulterior inscripción de dicha autorización en el Registro de Medicamentos.

– La dispensación, en fin, consiste en el suministro de medicamentos a los consumidores finales; corresponde, en exclusiva, a las oficinas de farmacia legalmente autorizadas<sup>38</sup> y a los servicios de farmacia de los hospitales, centros de salud y estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud; y puede ser financiada de manera íntegramente privada o con cargo al Sistema Nacional de Salud, previa inclusión del medicamento en la prestación farmacéutica del Sistema y subsiguiente fijación de su precio de venta por parte de la Administración a través del sistema de precios de referencia o, eventualmente, del sistema de precios seleccionados.

La labor del Consejo de Estado en este ámbito se ha proyectado, fundamentalmente, en dos tipos de asuntos:

1) En primer término, este Alto Cuerpo Consultivo ha dictaminado sobre las reclamaciones que algunas empresas farmacéuticas han presentado ante la inclusión –indebida en tanto que posteriormente anulada en sede judicial– de ciertos medicamentos –cuya autorización de comercialización les correspondía– en las Órdenes de Precios de Referencia aprobadas con carácter anual por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.

En los dictámenes de los expedientes número 521/2010, 294/2016, 925/2016, 956/2016, 773/2018, 360/2019, 448/2019 y 449/2019, entre otros, el Consejo de Estado ha destacado que estas órdenes ministeriales no tienen naturaleza propiamente normativa, innovadora del ordenamiento jurídico, sino que son actos administrativos que afectan a una pluralidad –en todo caso concreta y determinada– de medicamentos y, por ende, de titulares de los mismos. Lo que conlleva los siguientes efectos:

i. Por una parte, en aquellos supuestos en los que las mercantiles interesadas no hayan recurrido la validez de las resoluciones cuestionadas, tal falta de impugnación constituirá una ruptura de la relación de causalidad que

impedirá imputar a la Administración General del Estado los perjuicios sufridos como consecuencia de su aplicación.

ii. Por otra parte, en aquellos supuestos en los que las sociedades perjudicadas sí hayan obtenido un pronunciamiento jurisdiccional que declare la nulidad de los apartados de las Órdenes de Precios de Referencia que les afecten, habrá que aplicar la jurisprudencia sobre la razonabilidad de la actuación administrativa –sentada, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 y puesta por el Consejo de Estado en relación con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la violación suficientemente caracterizada– para dilucidar, caso por caso, si las reclamantes tenían el deber jurídico de soportar los daños invocados: si la inclusión del medicamento se basó en una interpretación razonada y razonable de la legislación sobre productos farmacéuticos, no existirá responsabilidad patrimonial; si, por el contrario, se ha producido una violación manifiesta y grave de la normativa aplicable, concurrirá un título de imputación que dará lugar al nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado, siempre que los daños alegados estén debidamente acreditados y sean consecuencia directa e inmediata de la inclusión del medicamento en la Orden de Precios de Referencia.

2) En segundo término, el Consejo de Estado ha dictaminado sobre las reclamaciones formuladas por los particulares que han conectado el deterioro de su estado de salud con la administración de fármacos que, a su juicio, nunca deberían haber sido puestos en circulación, como ha ocurrido con el medicamento *Agreal* (dictámenes de los expedientes número 252/2010, 1.541/2010 y 2.416/2010, entre otros), con las vacunas con el componente mercurial *Thiomersal* (dictámenes de los expedientes número 161/2010, 2.567/2010, 863/2011 y 1.643/2011, entre otros), con las prótesis mamarias de la marca *Poly Implant* (dictámenes de los expedientes número 435/2013, 1.343/2013 y 177/2014, entre otros) y con la vacuna contra el virus del papiloma humano (dictámenes de los expedientes número 496/2014, 1.181/2015 y 666/2016, entre otros).

En estos asuntos, este Alto Cuerpo Consultivo ha resaltado que, en principio, los titulares de la autorización de comercialización de un medicamento o producto sanitario son los únicos responsables de los efectos adversos que eventualmente puedan derivarse de su ingesta o uso, en aplicación del principio general *cuius commoda, eius et incommoda*; y que, en este contexto, la Administración General del Estado solamente tendría que responder ante los perjudicados si se acreditase que el fármaco no debería haber sido autorizado o verificado favorablemente o que, con posterioridad, no han funcionado correc-

tamente los mecanismos de farmacovigilancia que están a cargo de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, e igualmente se probase que los daños soportados están causalmente vinculados con el mal funcionamiento del servicio público.

Pues bien, sentado lo anterior, a modo de síntesis y conclusión cabe apuntar lo siguiente:

A) En primer lugar, que desde la aprobación de la Constitución de 1978 y, sobre todo, de la Ley General de Sanidad, se ha producido un proceso de progresiva desconexión entre la asistencia sanitaria prestada por las Administraciones Públicas y el sistema de la Seguridad Social con el que aquélla ha estado tradicionalmente vinculada.

Así, se ha creado un Sistema Nacional de Salud cuyas prestaciones son ofrecidas por los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, ora directamente, ora por medio de los hospitales y centros privados con los que las Administraciones responsables hayan firmado conciertos sanitarios. Y cuya financiación no se basa en la contribución o previa colaboración económica del administrado, sino que se nutre de las partidas presupuestarias que las Comunidades Autónomas y, en las Ciudades de Ceuta y Melilla, el Estado destinen a tal fin, así como de los recursos que los poderes públicos obtengan de los Fondos que se han establecido con el objetivo de asegurar la igualdad básica de todos los usuarios del Sistema y el funcionamiento coordinado de los servicios que lo integran.

B) En segundo lugar, hay que resaltar que este proceso de paulatina desvinculación de la acción protectora de la Seguridad Social ha convertido la espinosa cuestión de la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud en una de las mayores preocupaciones de la agenda política de las últimas décadas, puesto que el coste de las prestaciones sanitarias ofertadas de manera gratuita o bonificada con cargo a fondos públicos es tan elevado que no siempre ha podido ser íntegramente sufragado con los recursos ordinarios de las Administraciones prestadoras.

En concreto, de acuerdo con la última Estadística de Gasto Sanitario Público, editada por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social en marzo de 2019, el gasto sanitario público del año 2017 fue, en términos absolutos, de 68.483 millones de euros –esto es, de 1.472 euros por habitante–, lo que, en términos relativos, representa el 5,9% de nuestro Producto Interior Bruto. Desde una perspectiva subjetiva, el 92,7% de dicho gasto fue asumido por las Comunidades Autónomas y el 7,3% restante por las Mutualidades de Funcionarios, la Seguridad Social, la Administración General del Estado y las

Corporaciones Locales. Mientras que, desde una perspectiva funcional, el 62,1% de dicho gasto fue destinado a cubrir servicios hospitalarios y especializados, el 16,4% la prestación farmacéutica, el 14,2% servicios de atención primaria y el 7,3% restante servicios colectivos, prótesis y aparatos terapéuticos, gastos de capital y servicios de salud pública.

En un contexto como el actual en el que la estabilidad presupuestaria constituye uno de los principios que han de regir el diseño y la ejecución de las políticas públicas<sup>39</sup>, resulta imprescindible implementar, de forma sistemática y con vocación de permanencia, medidas de racionalización del gasto público en el sector que aseguren su disminución sin merma, o con una pérdida poco significativa, de la calidad de la atención sanitaria proporcionada, aun cuando la adopción de este tipo de medidas se muestre impopular desde el punto de vista electoral. La supervivencia de esta pieza clave del Estado de Bienestar así lo exige con carácter urgente.

C) En tercer lugar, cabe señalar que el fenómeno de progresiva universalización del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con gastos públicos, en cierto modo inherente al proceso de desconexión ya mencionado, ha agudizado la problemática de la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, ya que la extensión de aquél derecho a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España y, en especial, a los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea y de países con los que España haya suscrito un convenio bilateral a tal efecto, evidentemente ha incrementado el número de usuarios del Sistema Nacional de Salud.

El Registro de Actividad de Atención Especializada (RAE-CMDB) gestionado por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social da cuenta, en este sentido, de que, en el año 2017, de los 5.610.460 pacientes ingresados en la red de hospitales del Sistema Nacional de Salud, 72.629 eran extranjeros no residentes en el territorio nacional. Resulta necesario, por lo tanto, reforzar los mecanismos de repetición que el Derecho de la Unión Europea y los convenios internacionales sobre la materia prevén con la finalidad de garantizar que los gastos generados por los extranjeros que se han beneficiado de un acceso al Sistema Nacional de Salud gratuito o bonificado con cargo a fondos públicos sean íntegramente asumidos por sus respectivos países de origen.

Máxime cuando el uso de los servicios y establecimientos sanitarios públicos y concertados por parte de los extranjeros incide en las listas de espera para ser sometido a una prueba diagnóstica o terapéutica, ser atendido en consultas externas o ser intervenido quirúrgicamente: en la medida en que el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva requiere que el tiempo máximo de acceso no sobrepase los límites fijados en el

Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio<sup>40</sup>, el aumento de los usuarios del Sistema Nacional de Salud al que se ha hecho referencia debe traducirse en un incremento de los medios personales y materiales que posibilitan su funcionamiento y que, a tenor de la última Estadística de Gasto Sanitario Público, suponen el 69,3% del gasto sanitario público.

Todo ello en el bien entendido, además, de que el llamado turismo sanitario constituye una oportunidad para el sector privado y de que, por ello, el Plan de Turismo Español Horizonte 2020 subraya la conveniencia de diseñar planes específicos de marketing y apoyo a la comercialización del turismo de salud como producto de menor peso específico, pero con «*un elevado potencial de crecimiento competitivo*» que aconseja una acción encaminada a colocarlo en una posición destacada dentro del mercado.

D) En cuarto y último lugar, hay que advertir que la opción del constituyente de establecer un sistema sanitario descentralizado, en el que cada Comunidad Autónoma puede mejorar –mas nunca empeorar– las medidas mínimas de protección de la salud establecidas a nivel estatal, favorece una diferencia de trato entre los ciudadanos que residen en el territorio nacional en función de su vecindad administrativa, esto es, del municipio en el que estén empadronados.

Tal disparidad resulta plenamente legítima desde el punto de vista constitucional en tanto que, según una reiterada jurisprudencia constitucional, las bases vienen a asegurar «*una unidad mínima de posiciones jurídicas fundamentales*» a partir de la cual cada Comunidad puede, en defensa de su propio interés general, concretar el estatuto jurídico de los administrados que residen en su territorio en aquellos sectores en los que hayan asumido estatutariamente competencias de desarrollo legislativo y ejecución. Los artículos 139.1 y 149.1.1.<sup>a</sup> y 1.16.<sup>a</sup> de la Constitución impiden la existencia de «*divergencias irrazonables y desproporcionadas*» entre los usuarios del Sistema Nacional de Salud que rompan su cohesión interna, lo que no sucede cuando unas Comunidades Autónomas suministran las técnicas, tecnologías y procedimientos que integran la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud con un mayor nivel de calidad que otras o cuando proveen servicios asistenciales básicos, suplementarios o accesorios no incluidos en la cartera común disponiendo de los recursos financieros adicionales precisos para ello.

La autonomía política y financiera que la Constitución les reconoce les habilita, precisamente, para diseñar y ejecutar sus propias políticas públicas, priorizando, dentro de su territorio y con respecto a su población, los intereses generales a satisfacer; y así, la oferta de una mejor asistencia sanitaria tendrá que ir acompañada de una mayor capacidad recaudatoria y/o de la posterga-

ción de otras políticas públicas. En este marco, resulta imprescindible fortalecer los instrumentos de coordinación y cohesión del Sistema Nacional de Salud con el objetivo de asegurar el debido respeto a la dimensión territorial del principio de igualdad.

Máxime teniendo en cuenta que el Barómetro Sanitario evidencia que únicamente el 37,7% de la población estimaba en el año 2016 que la sanidad pública prestaba los mismos servicios a todas las personas, con independencia de su lugar de residencia; y que la última Estadística de Gasto Público Sanitario pone de relieve que en el año 2017 hubo una diferencia de 557 euros de gasto sanitario público por habitante entre la Comunidad Autónoma menos comprometida en este ámbito –que fue Andalucía, con 1.153 euros por habitante– y la más comprometida –que fue Navarra, con 1.710 euros por habitante–.

## NOTAS

- (1) CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.
- (2) KELSEN, H., *Teoría General del Estado*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- (3) El Estado liberal de Derecho era un Estado gendarme o de mínimos que se inspiraba en el principio económico del *laissez faire, laissez passer*; tal y como fue postulado por Adam Smith en *La riqueza de las naciones*, y en el principio jurídico-político del imperio y omnipotencia de la Ley en cuanto expresión racional de la voluntad general, según la clásica formulación de Rousseau; agotaba su acción en el mantenimiento del orden público y la corrección puntual de las deficiencias del orden socio-económico natural; y canalizaba esta acción a través de la legislación emanada de la Asamblea representativa elegida por los propietarios que tenían reconocido el derecho de sufragio.
- (4) MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- (5) El Estado social de Derecho, esbozado en las Constituciones mexicana de Querétaro de 1917 y alemana de Weimar de 1919, se consolidó tras la Segunda Guerra Mundial como vía política para salvar los valores de la civilización, en la expresiva fórmula empleada por Heller, de los totalitarismos que habían asolado Europa en el periodo de entreguerras. A tal objeto, el Estado asumió una acción reguladora constante dirigida a garantizar el funcionamiento global de la Economía, de acuerdo con los postulados keynesianos, y lo que Forsthoff acertó a denominar la procura existencial del individuo. Ello propició la consagración de un amplio catálogo de derechos sociales, económicos y culturales tendentes a hacer efectivo el principio de igualdad material, la institucionalización de un conjunto de garantías de los derechos fundamentales de la persona –como la jurisdicción constitucional o el *Ombudsman*–, la universalización del sufragio y el aumento de la función normativa del Ejecutivo, con el correlativo decaimiento del papel del Legislativo.
- (6) Los principios rectores de la política social y económica son, como su propio nombre indica, las líneas maestras que orientan la labor que los poderes públicos han de llevar a cabo para crear las condiciones materiales que posibiliten el ejercicio efectivo de los derechos y libertades y la participación ciudadana en la vida en comunidad. Como tales líneas maestras, a tenor del artículo 53.3 de la Constitución, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y solamente podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.
- (7) Este derecho también se encuentra reconocido en el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, en el artículo 13 de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, y en el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(8) Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, aprobada en la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York en junio de 1946.

(9) JORDANA DE POZAS, L., «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo» en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, Madrid, 1949.

(10) Consejo de Estado, *Informe sobre modificaciones de la Constitución Española*, Madrid, 2006.

(11) La irrupción y posterior propagación de la pandemia de COVID-19 en el periodo comprendido entre la celebración del curso sobre La vertebración del territorio nacional en la doctrina del Consejo de Estado y la publicación de este libro, dan buena cuenta de ello.

(12) Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

(13) Reglamento (CE) núm. 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre los controles oficiales efectuados para garantizar la verificación del cumplimiento de la legislación en materia de piensos y alimentos y la normativa sobre salud animal y bienestar de los animales.

(14) Real Decreto 1977/1999, de 23 de diciembre, por el que se establecen los principios relativos a la organización de los controles veterinarios sobre los productos procedentes de países terceros.

(15) Artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

(16) En Ceuta y Melilla, la gestión de las prestaciones sanitarias corresponde al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), que ha sucedido al extinto INSALUD y, como éste, tiene la condición de Entidad Gestora de la Seguridad Social, por lo que es la Administración General del Estado la que ha de responder de los daños derivados del funcionamiento del servicio público sanitario en estas Ciudades (artículo 15 del Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo).

(17) Con arreglo al artículo 24 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, «[1]as Comunidades Autónomas podrán, por conducto de sus Presidentes, solicitar el dictamen (...) [de este Alto Cuerpo Consultivo] en aquellos asuntos en los que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente. El dictamen será preceptivo para las Comunidades que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta ley orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes».

(18) 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.

(19) Piénsese, por ejemplo, en el Real Decreto-ley 9/1993 por el que se conceden ayudas a los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el Sistema Sanitario Público, o en la Ley 14/2002 por la que se establecen ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de las actuaciones realizadas en el Sistema Sanitario Público, en ambos casos antes de que estuvieran disponibles los medios técnicos precisos para prevenir la transmisión de aquellas enfermedades a través de la sangre y de los productos hemoderivados.

(20) Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* como Real Decreto 1006/2010, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la talidomida en España durante el periodo 1960-1965.

(21) PEMÁN GAVÍN, J. M., *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios Jurídicos*, Editorial Comares, Granada, 2005.

(22) Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

(23) Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

(24) Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

(25) Orden SAS/1904/2009, de 8 de julio; Orden SAS/1466/2010, de 28 de mayo; Orden SPI/573/2011, de 11 de marzo; Orden SSI/1640/2012, de 18 de julio; Orden SSI/1329/2014, de 22 de julio; Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre; Orden SSI/1356/2015, de 2 de julio; Orden SCB/45/2019, de 22 de enero, y Orden SCB/480/2019, de 26 de abril.

(26) Artículos 69 y siguientes de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

(27) Artículos 76 y siguientes de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

(28) Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

(29) Actual artículo 109 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

(30) Artículo 9 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

(31) Artículo 93 del Real Decreto-ley de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

(32) Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria.

(33) Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación.

(34) El artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado permite a este Alto Cuerpo Consultivo valorar aspectos de oportunidad y conveniencia «*cuando lo exijan la índole del asunto* –como sucedía en este caso– *o lo solicite expresamente la autoridad consultante*».

(35) El encaje de estas tasas en el sistema constitucional de distribución de competencias fue analizado por los dictámenes de los expedientes número 623/2012 y 18/2013.

(36) Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales.

(37) Entre otras, el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente; el Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación; y el Real Decreto 782/2013, de 11 de octubre, sobre distribución de medicamentos de uso humano.

(38) Con arreglo a la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, la autorización de apertura compete a las Comunidades Autónomas en las que las oficinas vayan a estar ubicadas, de acuerdo con el instrumento de planificación territorial aprobado a tal efecto.

(39) Como tal está consagrado en el artículo 135 de la Constitución, tras la reforma operada el 27 de septiembre de 2011.

(40) Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 25 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

# **AGROINDUSTRIA FRENTE A DESPOBLACIÓN: LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO**

JOSÉ LUIS PALMA  
Letrado del Consejo de Estado

## **1. LA AGRICULTURA COMO MANIFESTACIÓN PRODUCTIVA DEL TERRITORIO EN SU DIMENSIÓN HISTÓRICA Y CONSULTIVA: EL ESTADO AGRARIO**

### **A) Territorio del Estado y expansión de la agricultura**

La dimensión territorial del actual concepto de Estado reviste una inequívoca misión productiva cuando se contempla desde la óptica agraria.

Históricamente, la tierra se gana para un Estado para dedicarla a sus habitantes distinguidos en la defensa de ese Estado. Roma compensa a sus legionarios entregándoles tierras que han sido ganadas al enemigo y la tierra expresa la más amorosa despedida de los más queridos súbditos<sup>1</sup>.

Ampliar la riqueza del Estado supone la consiguiente puesta en labor de tierras capturadas al enemigo y repartidas entre los visigodos. Los modos de propiedad germánicos son expresiones jurídicas del modo comunitario en que se ejercía la propiedad territorial. La institución de la «*Marca*» visigoda se funda en la posesión y utilización común de las tierras de labor y pastos auspiciada desde el poder regio.

En similar modo se comportaron los árabes expandiendo entre sus vasallos y tributarios las tierras ganadas al enemigo. Los pactos de capitu-

lación y los tratados de paz incluyen la sumisión territorial –por supuesto de preferente cariz agrario– a los nuevos dominadores. Los campos adquiridos como «*tierras de conquista*» son botín de guerra a repartir entre los vencedores.

Por lo que respecta a la reconquista y su afectación a la estructura territorial española podemos ver una incidencia muy directa en la dimensión de los pueblos y gobierno del territorio (también para la agricultura).

En efecto, la velocidad de la reconquista de hace un milenio es directamente proporcional a la actual despoblación: a más rapidez en el avance de entonces, mayor despoblación actual. Se acelera en el norte y se estabiliza en el Sur. Cuanto más rápido es el avance mayor es la creación del número de pueblos y menor su población.

De la mitad de la Península hacia abajo el ritmo es mucho más lento: y los pueblos mucho más grandes. Pese a haberse mantenido durante más de un milenio esa estructura poblacional, una vez alterada la función económica productiva de la tierra, serán los muchos pueblos pequeños los primeros que se despueblen.

## **B) Evolución poblacional española y desarrollo económico en la doctrina del Consejo de Estado**

Desde el surgimiento del Estado moderno la expansión del Estado se halla inexorablemente ligada a la riqueza territorial rústica, auténtico basamento de la propiedad en su dimensión plena tanto en suelo peninsular como, muy especialmente, en los nuevos territorios americanos donde el Estado absoluto se expande durante siglos sobre una concepción claramente territorial.

El Consejo de Estado o sus predecesores (singularmente el Consejo de Castilla<sup>2</sup>) siempre acompañó la acción del monarca y sus apéndices gubernativos en la reiteración de la expansión territorial como indisoluble conexión con la expansión de la agricultura: nuevas tierras, nuevos cultivos, nuevas formas de manifestar el poder territorial productivo del Estado.

Nuevas instituciones agrarias vinculadas a la propiedad territorial, como los pósitos, hallaron su lugar en el Consejo a lo largo de los siglos de la edad moderna.

Fue Felipe II quien organizó los pósitos dictando disposiciones para su buena administración mediante Pragmática de 15 de mayo de 1584, calculándose que existían entonces sobre 12.000 pósitos. Felipe III sometió la alta inspección de la institución al Consejo de Castilla, dictando Felipe IV en 1735

y Fernando VI en 1751 nuevas órdenes para el mejor régimen y desarrollo de los pósitos, siendo confiada su inspección el 15 de mayo de 1788 a los Correidores. Será Carlos IV quien dicte el 2 de julio de 1792 el «*Reglamento para el gobierno de los Pósitos bajo la dirección del Consejo*»<sup>3</sup>. Los pósitos, en definitiva, se crearon para asentar poblaciones y enjugar los avatares agrarios adversos.

Obsérvese además la muy curiosa conexión –por antagonica– existente históricamente entre los agricultores y ganaderos, toda vez que los privilegios del Honrado Concejo de la Mesta se impusieron durante siglos (exactamente de 1273 a 1836) al desarrollo del territorio agrario. Por supuesto que el Consejo de Estado ha sido atento seguidor jurídico de esta antigua discusión jurídica entre ovejas y trigo, entre animales y plantas. Con un tercer elemento en liza –que terminó siendo parte indisoluble del generoso mundo de lo agrario en sentido amplio– como son los montes, muy vinculados a la expansión del territorio nacional a través de su patrocinio subyacente sobre la madera de los barcos que ampliaron los límites territoriales españoles.

*«Ordenar y racionalizar el monte ha sido una constante histórica para estos montes desde los tiempos en que hubo de realizarse la más básica ordenación para hacer frente a los privilegios ganaderos del Honorable Concejo de la Mesta o para atender a la construcción naval para las flotas españolas en la Ordenanza de Montes de 1778. Atender a una mínima protección de los bosques, llegando inicialmente a impedir a los propietarios su roturación para dedicarlos al cultivo agrario (marco en el que se sitúan, por ejemplo, las Ordenanzas de Fernando VI de 1748, por la que se impone a los vecinos la obligación de plantar un número determinado de árboles) fue la paulatina luz y guía que propició la aparición de la ordenación general de 1833»*<sup>4</sup>.

Tuvo mucho que ver el Informe sobre la Ley Agraria de Jovellanos (a la sazón Fiscal del Consejo de Castilla, lo que actualmente sería un Letrado del Consejo de Estado). Un par de siglos después no dejó el Consejo de acordarse de él con ocasión de la reforma de los arrendamiento rústicos, ilustrando sobre el tránsito de la Mesta al cerramiento de las propiedades y su influencia en el actual Código Civil español:

*«Dentro de la atención a las obras y mejoras a cargo del arrendatario, se regula en el apartado segundo de este precepto una situación que, con encaje precedente en la mención histórica de la regulación del 388 del Código Civil (motivado a su vez por una relevante disputa histórica –largamente presente en la vida de la Mesta desde su creación en 1273 hasta su conversión en*

*la Asociación General de Ganaderos del Reino en 1836– entre agricultores y ganaderos por el cerramiento de las propiedades, finalmente resuelta por el Código Civil, con el muy decidido influjo de Jovellanos en su «Informe sobre la Ley Agraria» de 1795 a favor de los primeros)...»<sup>5</sup>.*

Repoblamiento y creación de nuevos asentamientos suponen la dominación de territorios que pasan a lo largo de los siglos a la explotación agraria, propiciando la consolidación poblacional de núcleos rurales:

*«Desde tiempo inmemorial el límite descrito goza de entidad, configuración y denominación propias: «Isla Mayor del Guadalquivir», comprensiva del paraje denominado Isla Mínima, que fue objeto de una regalía de la Corona, origen de los primeros asentamientos de lo que en la época correspondía a un enclave entonces inhóspito y despoblado que fue objeto de una auténtica colonización, adecuando la tierra hasta que se creó la comarca arrocerá más importante de España»<sup>6</sup>.*

La desamortización decimonónica no supuso sino una consagración del valor de la tierra productiva para el Estado. La acumulación de tierras en poder de las denominadas «*manos muertas*» habría de propiciar un severo toque de atención sobre el modo en que se ejercía el señorío dominical sobre la tierra rústica, marcando singularidades sobre el modo de valoración que aún perviven:

*«La elección del tipo de capitalización de la deuda pública como tipo general de capitalización de las rentas agrarias se remonta a la época de la desamortización, cuando las tierras en manos muertas se intercambiaron por títulos de la deuda pública, de forma que la rentabilidad de la tierra y de la deuda pública quedaron equiparadas bajo un mismo tipo de capitalización constante (el de la deuda pública)»<sup>7</sup>.*

De la desamortización resultó una acumulación de capital en tierras y una concentración de poder agrario en muy pocas manos que no hizo sino extremar las graves condiciones de distribución y tenencia de la tierra que ofrecía España en el siglo XIX. Construida la burguesía territorial sobre la propiedad agraria al modo más clásico de nuestro Código Civil, el fin del citado siglo contempla una paulatina evolución hacia una función social del dominio que se manifiesta con virulencia a propósito de la reforma agraria de la Segunda República.

El ya denominado «*problema agrario*» representaba una inquietud social que propició reiterados intentos de remedio. Bajo el Rey Alfonso XIII se promulga la Ley de Colonización y Repoblación interior de 30 de Agosto

de 1907, seguida de su reglamento de desarrollo (aprobado mediante Real Decreto de 13 de diciembre de 1907 y luego modificado por otro de 13 de marzo de 1908). Colonizar y repoblar, tales eran los verbos que describían la tarea a acometer, sin pensar en reformar. Discreta y poco efectiva política territorial agraria que se impulsó sin convicción ni éxito en el primer tercio del siglo pasado.

La conexión entre Reforma Agraria y República fue consustancial. El advenimiento de la República en 1931 coincide con un serio problema de paro en los campos y una inquietante situación social en España. Era un país básicamente agrícola por lo que la Constitución de ese año fundó gran parte de su peso sobre la nueva función social de la tierra contenida en sus artículos 44 y 47.

La Ley de Bases para la implantación de la Reforma Agraria no fue sancionada hasta el 15 de septiembre de 1932, aunque desde el mismo mes en que se produjo la llegada de la República se comenzaron a publicar una serie de acciones legales y reglamentarias inmediatas que eran inequívoca señal del nuevo signo de los tiempos sobre el territorio agrario: se impone a los patronos la preferencia de braceros de la localidad para faenas agrícolas, para remediar la crisis de trabajo se prohíbe el desahucio en los arrendamientos de campesinos modestos y se ordena el laboreo forzoso de tierras por causa de utilidad pública, encomendando a las Comisiones municipales de policía rural que averigüen las fincas que no se laborean, dictando normas conducentes al cultivo obligatorio de las roturadas.

Son –sin duda– medidas orientadas a fijar y dar trabajo a una población rural sumamente débil e inestable, aquejada de seculares problemas de subsistencia.

El fracaso de la República y el impacto de la Guerra Civil propician una paralización de las estructuras territoriales agrarias, manteniendo a la población agrícola en sus pueblos a lo largo de años. Sin embargo, la realidad del éxodo rural ya era sobradamente conocida en ciertas partes de España<sup>8</sup>.

### **C) Colonización y Reforma y Desarrollo Agrario (posguerra y años 50). La cambiante influencia administrativa sobre el territorio agrario: colonización agraria y traslado de poblaciones**

El régimen del General Franco retoma las iniciativas prerrepublicanas de colonización y reforma –bien que ahora matizada por el apelativo de «*desarrollo*» para evitar evocaciones prebélicas– impulsando la colonización de nuevos núcleos e incluso el traslado forzoso de otros muchos para dar cabida

a nuevas grandes obras de infraestructura agraria. Los proyectos segregadores de municipios, muy propios de la época, fueron dictaminados por el Consejo de Estado en su tradicional intervención en el ámbito de la Administración Local:

*«...el núcleo de San Isidro, al igual que en el caso de San Antonio de Benajever, es un poblado creado por el Instituto Nacional de Colonización y que, también al igual que el caso que ahora se considera, se erigió en 1957 en entidad local menor, con una superficie de 1.140 hectáreas y con una población, cuando fue sometido el proyecto segregador al dictamen del Consejo de Estado, de 1.092 habitantes, de los cuales 744 eran vecinos»<sup>9</sup>.*

Simultáneamente, el traslado de poblaciones por grandes obras públicas (principalmente construcción de presas) propició otra nada desdeñable modalidad de abandono forzado del medio rural por masas de agricultores que se vieron expulsados de su entorno natural.

*«Dado que no existe población residiendo en Alcorlo por estar el municipio cubierto por la presa, no pueden aprobarse cifras de población de dicho término municipal, y en consecuencia la población del mismo será 0»<sup>10</sup>.*

A mediados del siglo pasado se alcanzó la máxima poblacional en el medio rural español. Piénsese que más de la mitad de la población del país vivía en el campo, lo que por supuesto pasó por los dictámenes del Consejo de Estado.

Para los enamorados del bucolismo rural (generalmente residentes empadronados en el medio urbano y por completo ajenos al mundo agrario salvo contados fines de semana) piénsese qué podía suponer una enfermedad o un parto en un pueblo de menos de 1.000 habitantes en España en torno a 1950 para calibrar con propiedad el concepto de que esta fuese una época dorada de la población agraria.

#### **D) El éxodo rural como inicio de la despoblación y reducción de recursos humanos agrarios. El cambio de tendencia económica en la producción agraria: el Estado Urbano e Industrial**

El inicio del desarrollo económico español de finales de los años 50 del pasado siglo avanza indisolublemente unido al comienzo del despoblamiento rural (medio siglo antes de que se hable ahora de «España vaciada»).

Grandes cantidades de trabajadores del campo se desplazan con sus familias a las ciudades, a los cinturones industriales, al extranjero. Es aquí donde hay que buscar uno de los orígenes reales del despoblamiento español:

*«... según estadísticas fiables después de la Guerra Civil española el total de recursos humanos agrarios era superior al 50% de la población total, situación que pervivió durante décadas hasta el no excesivamente lejano fenómeno del éxodo rural»<sup>11</sup>.*

De esa época ya se aprecian en el Consejo de Estado inequívocos signos de que el medio rural tradicional se está alterando significativamente, verificándose la extinción material de municipios por manifiesta falta de población, incluso contando el núcleo con recursos económicos:

*«Pues bien, el expediente instruido por la Consejería de la Junta de Castilla y León pone de manifiesto que, aun cuando los recursos de que dispone Prada de la Sierra podrían ser suficientes para el sostenimiento de los servicios mínimos atribuidos a dicha Entidad, la despoblación casi absoluta de la misma, hasta el punto de contar con un solo habitante de facto, y la depauperación de su riqueza urbana, por cuanto únicamente cuatro de los sesenta edificios que integran su núcleo urbano están aceptablemente conservados, se dan en este caso notorios motivos de necesidad económica y administrativa que postulan la disolución de la referida Entidad. Y reflejo de la expresada situación es la falta de gestión y funcionamiento administrativo de la Entidad, constando en el expediente que desde 1978 no ha podido designarse Alcalde pedáneo ni constituirse la Junta o Asamblea vecinal, careciendo, en definitiva, de los necesarios órganos de gobierno»<sup>12</sup>.*

En otros casos, sin embargo, ha sido la propia acción administrativa la que ha propiciado el vaciamiento poblacional por desaparición física bajo las aguas de un embalse:

*«En el presente caso, y una vez instruido el expediente tal y como se ha señalado en antecedentes, y cumplida la preceptiva audiencia a las Entidades y Ayuntamientos interesados, puede decirse que la supresión de la Entidad Local Menor de ámbito territorial inferior al municipio de Escaro tiene lugar, no tanto por la insuficiencia de recursos de ésta, o por notorios motivos de necesidad económica o administrativa, cuanto por la fuerza de los hechos. En efecto, consta en el expediente que, como consecuencia de la construcción y puesta en funcionamiento de la presa de Riaño, los núcleos de población de Anciles, Escaro y Huelde, los dos primeros pertenecientes al municipio de*

*Riaño, y este último perteneciente al municipio de Crémenes, han sido inundados en todo su casco urbano y en casi todo su territorio. En consecuencia, puede decirse –como hace notar la propuesta de resolución– que la Entidad de ámbito territorial inferior al municipio de Escaro no existe, por haber sido desalojada y demolida en el mes de julio de 1987. Y, por lo mismo, debe entenderse que la única solución razonable que puede darse a la continuidad de la Entidad Local no es sino su supresión. Para ello se han dado todos los pasos que formalmente son necesarios para que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma así lo acuerde, y se dan también los presupuestos fácticos y jurídicos que determinan la legalidad del acuerdo»<sup>13</sup>.*

Pero mucho peor aún fue cuando el pantano que motivó toda la actuación ni siquiera llegó a construirse. Fue el malogrado caso del embalse de Jánovas, que permitió al Consejo de Estado conocer cómo una actuación administrativa errónea, continuada en el tiempo, puede causar un grave daño demográfico en una comarca ya despoblada y debilitada:

*«En lo tocante al coste demográfico del proyecto de Jánovas, puede evaluarse en más de 750 emigrantes. La cifra dice poco en términos absolutos, pero adquiere una gran importancia si se relaciona con la grave crisis demográfica de la comarca en la que se encuentran los núcleos deshabitados. Sobrarbe es una de las zonas más despobladas de España. En 1950, cuando todos los pueblos estaban habitados y la despoblación apenas había comenzado, contaba Sobrarbe con 17.646 habitantes, que suponían una densidad de 8 habitantes por kilómetro cuadrado. En 1974, cuando el éxodo masivo se había consumado, quedaban sólo 7.784, es decir, menos de 4 por kilómetro cuadrado. En la actualidad, en esta comarca que es más extensa que la provincia de Guipúzcoa viven menos de 7.000 personas. Además, la despoblación resultó negativamente selectiva: Jánovas, núcleo paralizado por la amenaza de la construcción del embalse está emplazado en la ribera del río Ara, próximo a las vías de comunicación, es decir, se trataba de un núcleo de los que articulaban u organizaban los lugares elevados de las vertientes ofreciéndoles servicios comerciales y de otra índole. De este modo, la desaparición de la población amenazada por el embalse, inducía la despoblación de los emplazados en los sitios más altos. En el valle del Ara, lugares como Planiello, San Felices de Ara, Albella, Javierre, Santaolaria y Ligüerre de Cinca, tradicionalmente muy vinculados a Jánovas o a Lacort, perdieron estos núcleos como centros de servicios. También son importantes los efectos desmembradores. Al eliminarse la población de la parte central del valle, los dos extremos del mismo quedaron separados por un desierto demográfico en el que la carretera, a la espera*

*de las obras que iban a inundarla, no mejoraba su trazado. Del mismo modo, la amenaza de las aguas tampoco ha permitido que se pudiera planificar el desarrollo de programas dirigidos a la consecución de la fijación de la población, como la promoción de empresas turísticas, culturales o artesanales, que propiciasen el desarrollo de la comarca. A ello deben añadirse, ineludiblemente, los daños morales encarnados en el drama humano que supone la eliminación traumática de todo un pueblo, los vínculos tanto familiares como afectivos que se han visto truncados de raíz; el hecho de que todos los afectados por el proyecto hayan visto desvanecerse en la nada su punto geográfico de referencia histórica y vital durante más de cincuenta años, quedándose de ese modo sin un espacio físico en el que situar su pasado, sus vivencias, sus recuerdos y sus señas de identidad. Todo ello, además, para nada, pues finalmente el embalse no se ha construido, ni se va a construir...*

*Cuanto queda dicho es independiente de que no sólo la propuesta de resolución sino también el Consejo de Estado aprecian la existencia en este expediente de notorias insuficiencias en la gestión pública. No se corresponde con la necesaria eficacia de la Administración que una concesión otorgada en 1917 esté sin construir en 2005 y esto para que su término sea la declaración de caducidad por razones que el paso del tiempo ha complicado tanto que ya no se sabe bien cuáles son, puesto que el proceso ha durado tanto que ha habido diversos proyectos, sucesivas prórrogas, varios pleitos, normas ambientales sobrevenidas, y expropiaciones complejas. Al final, la historia de estas cuatro concesiones termina con un importante gasto público que, según indican los propios reclamantes, pudo haberse atajado ya en 1963, cuando los propios órganos del Ministerio, entonces de Obras Públicas, propusieron la declaración de caducidad. El Consejo de Estado, por tanto, a la vista de lo actuado, sugiere a V.E. que se otorguen la prioridad que merecen, en equidad, los procedimientos necesarios para proceder a la reversión y sobre todo, el plan de desarrollo sostenible [plan que debe conllevar obviamente inversiones públicas claramente cuantificadas] derivado de lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley 11/2005, de 22 de junio, que no es otra cosa, en el fondo, que lo solicitado por los reclamantes: «Que se compensen los daños causados mediante una obligación de hacer, concretada en el impulso, planificación, financiación y ejecución de un Plan de rehabilitación y desarrollo sostenible de la zona afectada por el proyecto de construcción del embalse de Jánovas», lo que, como señala la citada Ley 11/2005, deberá llevarse a cabo con participación activa de las Administraciones locales y de las organizaciones sociales más representativas»<sup>14</sup>.*

No debe olvidarse que uno de los requisitos para la creación de nuevas poblaciones será el de la «suficiencia poblacional», concepto indeterminado por debajo del cual no resulta viable la creación de una entidad local nueva:

*«Sobre ese núcleo territorialmente diferenciado debe existir un asentamiento poblacional “suficiente”, que justifique la creación de una administración autónoma.*

*La determinación del requisito de la “suficiencia poblacional” no es cuestión uniforme, sino que varía en función de las diversas Comunidades Autónomas, especialmente de aquellas que (en ejercicio de sus competencias estatutarias respectivas y en el marco del artículo 13 de la Ley 7/1985, de 2 de abril) han legislado en la materia, estableciendo límites mínimos de población.*

*Cuando no se ha considerado oportuno legislar en esta cuestión –como es el caso de la Junta de Galicia–, el Consejo de Estado ha tenido en cuenta su propia doctrina legal, elaborada a lo largo de una larga experiencia en dictaminar expedientes de segregación, y ha considerado que constituía una referencia razonable, en términos generales, el baremo de 5.000 habitantes, que constituye usualmente un núcleo de población suficiente a tales efectos. Como quiera que ambos núcleos, es decir, el de la capitalidad del actual Municipio y el de Burela, superan esa cifra, debe considerarse que cuentan con “población suficiente”, sin que de lo actuado en el expediente figure dato que contradiga el criterio general aplicado por el Consejo de Estado»<sup>15</sup>.*

Todo ello resulta así para evitar la creación de municipios exiguos que estén abocados a la extinción a través de una insuficiente dotación de servicios: obsérvese con cuidado este extremo de la dotación servicios que tiene mucho que ver con nuestras tesis finales en la materia. Crear, mantener o extinguir pueblos es crear, mantener o extinguir servicios públicos.

*«El Consejo de Estado estima que, en tanto la legislación correspondiente no provea de otro modo, no cabe favorecer la constitución de municipios exiguos, pues con ello quebraría el principio de eficiencia del gasto público y racionalidad de la estructura administrativa. Por otro lado la Ley tampoco autoriza que por motivos de conveniencia administrativa se constituyan nuevos municipios, sino que tasa dichos motivos: colonización interior, explotación de minas, nuevas industrias, regadíos, obras públicas y otros análogos (artículo 6 del Texto Refundido de Régimen Local). Ninguno de ellos aparece justificado en el expediente»<sup>16</sup>.*

Deducimos de lo expuesto que la base poblacional rural de España ya sufrió una intensa erosión desde mediados del siglo pasado, afectando a un tejido administrativo débil y disperso. Es el paso del «*Estado Agrario*» al «*Estado Urbano*».

Quede probado, pues, que la disminución de efectivos por el éxodo rural y la difícil supervivencia de muchos núcleos de población ya eran una constante anterior a la incorporación a la Comunidad Económica Europea. Y de esto hace más de 30 años.

## 2. EL IMPACTO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y LA NUEVA DIMENSIÓN PRODUCTIVA DE LAS TIERRAS: EL ESTADO MEDIOAMBIENTAL

### A) **La aplicación de la Política Agrícola Común sobre el despoblamiento**

Cuando España se incorpora a Europa en 1986 ya se percibe perfectamente que el territorio agrario estaba sufriendo un lento proceso de despoblamiento, razón por la cual las líneas subvencionales europeas tuvieron muy presente este déficit:

*«De acuerdo con lo que se expone en el preámbulo del proyecto, una vez consolidado el programa anual de indemnizaciones compensatorias para las zonas de montaña, el Gobierno, consciente de que es preciso realizar un nuevo esfuerzo solidario que permita avanzar en el objetivo de mantener la actividad agraria y la población rural en aras del necesario equilibrio territorial, ha decidido ampliar a partir de 1989 la acción común por la que se establece la indemnización compensatoria anual a zonas tipificadas como desfavorecidas por despoblamiento, y en las que la agricultura se desenvuelve asimismo en condiciones de clara desventaja respecto a otras áreas de la Geografía Española»<sup>17</sup>.*

### B) **Las nuevas exigencias europeas: limitar producciones y reducir efectivos agrarios**

Adentrarse en un mercado común supuso para España un severo impacto en su dimensión agraria tradicional, debiendo olvidarse de aumentar produc-

ciones en muchos ámbitos (precisamente reduciendo gran parte de ellos) y teniendo que atender a una pérdida poblacional importante para ajustarse a las exigencias comunitarias:

*«la Política Agrícola Común ha pasado desde unos iniciales planteamientos de productividad agrícola a otros postulados de autorizaciones y límites en la producción. En tan delicado ajuste de la clásica estructura agraria española a las nuevas realidades europeas y a los acuerdos multilaterales del GATT surge la referida Ley de Modernización en 1995...»<sup>18</sup>.*

Expulsar población agraria dedicada a subsectores con sobreproducción europea (lácteo, cereal, vacuno de carne...) conllevó necesariamente la reestructuración acelerada de tales contingentes, lo que sin duda tuvo efecto en la estructura económica y social de muchas poblaciones.

### **C) Modernización de las explotaciones agrícolas y expulsión de agricultores y ganaderos**

En efecto, uno de los más curiosos efectos de la incorporación a Europa fue el de que había que reducir los efectivos agrarios y profesionalizar –en muchas ocasiones reorientándolos– a quienes quedaran en el campo.

Fíjense además en los porcentajes de los que hablábamos hace poco más de veinte años:

*«En efecto, la necesaria reducción de recursos humanos agrícolas (que actualmente se acerca casi al 10% de la población activa total española, fijándose la media óptima europea en algo menos del 6%), constituye uno de los métodos de optimización del patrimonio agrario europeo postulado por la Política Agrícola Común, comportando en nuestro país la inevitable eliminación de casi un tercio de efectivos totales en un plazo de tiempo muy reducido»<sup>19</sup>.*

La agricultura tradicional, en suma, se hallaba completamente en crisis, debiendo acometerse una profunda reconversión muchísimo más profunda que la que había sufrido años antes el sector industrial. Pero parece que casi nadie se dio cuenta entonces:

*«La Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias puso de manifiesto la crisis de la agricultura tradicional y la creciente difusión de nuevos modelos productivos basados más en el aprovechamiento técnico y en la eficiencia económica que en la utilización intensiva de mano*

*de obra o en el simple incremento cuantitativo de las cosechas. La diversificación de actividades agrarias, la necesaria reestructuración productiva del sector primario y las nuevas demandas sociales vinculadas a la protección y conservación del medio ambiente son algunos de los parámetros a los que deben ajustarse los caracteres del campo español: explotaciones agrarias de corte esencialmente familiar y reducida dimensión, rigidez en el mercado de la tierra, escasa flexibilidad en los modos de producción e insuficiencia en la organización comercial. Como puede observarse a simple vista, el acoplamiento de ambas realidades ha de ser forzosamente difícil y complejo. Todo ello en un entorno cambiante e inseguro...»<sup>20</sup>.*

La tendencia era claramente esa y el Consejo de Estado certificó hace más de 15 años el fin de la agricultura tradicional y el alumbramiento de una nueva dimensión productiva en el ámbito rural:

*«... existen sensibles y demostrativos datos que prueban la absoluta necesidad de acometer una reforma estructural en el seno de la agricultura española a la luz de los datos y cifras que se enuncian (a modo de ejemplo, no exhaustivamente) en la propia exposición de motivos del texto. El presente anteproyecto de Ley responde con suficiencia a tal tendencia.*

*La agricultura española, que cada vez tiene menos que ver con los fenómenos exclusivamente tuitivos que guiaron (porque fueron considerados necesarios en cada momento) las reformas del negocio jurídico arrendaticio en los años 30 o después de la Guerra Civil, se enfrenta a una superación del modelo agrario clásico (lo que se ha venido llamando la agricultura tradicional, donde más de la mitad de la población se dedicaba a las faenas del campo) y muestra hace unos años una inexorable tendencia no sólo a reducir su peso en el sector primario de la economía sino a reducir, sobre todo, el número y superficie de sus explotaciones agrarias y de sus agricultores.*

*El nuevo concepto de explotación agraria (que ha superado con el tiempo al de finca rústica, lo que ya fue tempranamente identificado incluso por la Ley Hipotecaria, aprobada mediante Decreto de 8 de febrero de 1946, en cuyo artículo 8.2 se permite la reunión de varios predios –bajo un único número de finca registral– siempre que exista una «unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes») se asemeja cada vez más a una empresa agraria, alejándose del núcleo familiar autosuficiente que históricamente constituyó (con escasos medios económicos y generalmente con su única mano de obra como único recurso)»<sup>21</sup>.*

**D) Las nuevas funciones del agricultor: desarrollo rural y favorecimiento de la agroindustria**

Se trata de impulsar el concepto de «*diversificación*» que debe presidir la nueva reglamentación. En un nuevo contexto de mercados mucho más abiertos y claramente expuestos a imprevisibles y cambiantes vientos internacionales, la agricultura no sólo tendrá que cumplir su tradicional función productiva de alimentos y materias primas (que también y por descontado), sino que deberá diversificarse para dar satisfacción a nuevas demandas sociales.

Resulta ser una cuestión conectada más a auténticas medidas de ordenación del territorio que a un estricto fin de simple favorecimiento del nivel de vida en el medio rústico. Si se examina en detalle el conjunto de proyectos comunitarios que se acometen, se comprende mejor el hondo calado que, desde el punto de vista de la perspectiva iniciada más que desde la estricta inversión económica, trata de promover el proyecto que se acomete.

*«Se trata aquí, en definitiva, de un conjunto de medidas de «desarrollo rural», concepto mucho más amplio que el más clásico de «promoción de la agricultura» que se dirige a los poderes públicos desde el mismo superior horizonte de la Constitución Española en su artículo 130. El desarrollo rural apunta hacia objetivos más globales que el ordinario fomento de ciertas acciones agrarias: se pretende crear y potenciar empresas capaces de competir en mercados integrados a nivel europeo, formar capital humano, acceder a nuevas tecnologías sobre el cimiento de una formación más cualificada y, en suma, dotar de nuevos horizontes a un sector económico actualmente en desventaja frente a una sociedad de industria y servicios»<sup>22</sup>.*

Tampoco se olvida el Consejo de Estado de recordar el origen de esta nueva política pública europea, derivado de la conocida como Declaración de Cork:

*«podría hacer una mención de la Declaración de Cork de 9 de noviembre de 1996, de donde surgen en gran medida las nuevas tendencias de reordenación de las explotaciones agrarias, dando entrada con fuerza al fenómeno del desarrollo rural (que engloba, entre otros extremos, al turismo rural del que se habla en ese párrafo)»<sup>23</sup>.*

El desarrollo rural pasa a ser un concepto prioritario en la nueva dimensión jurídica de la agricultura europea: su conexión con el creciente despoblamiento ya fue objeto de análisis por el Consejo de Estado:

*«La política rural tiene como objeto básico lograr que las áreas rurales sean capaces de ofrecer a sus habitantes unas condiciones de vida equiparables a las de las áreas urbanas.*

*Esta preocupación viene en España de tiempo atrás y se tradujo en distintas medidas destinadas a mejorar el nivel de vida de esas zonas, tales como la extensión de los regadíos mediante la realización de grandes obras hidráulicas y de la labor del Instituto Nacional de Colonización, la política de concentración parcelaria, la reforestación, la Ley de reforma y desarrollo agrario, etc.*

*A partir de la adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1985, las Administraciones públicas contaron con un volumen considerable de recursos financieros procedentes de los Fondos Estructurales, lo que permitió programar esas medidas con un enfoque global, que es lo que se dio en llamar política de desarrollo rural.*

*Sin embargo, hasta 1992 no se realizó en España un análisis completo a nivel nacional de los problemas de las áreas rurales, estudio que se plasmó en el informe del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) titulado «El desarrollo del mundo rural en España: informe preliminar», seguido de otro en 1995 que ahondaba en el problema del despoblamiento y abandono de los medios rurales. El informe propuso una serie de estrategias a desarrollar, contando con los instrumentos comunitarios de que entonces se disponía»<sup>24</sup>.*

### **E) Jóvenes agricultores e industrias agrarias frente a despoblación**

Ante un redimensionamiento del sector impulsado por Europa (que ha producido la salida o reorientación de empleos tradicionalmente agrarios) se trata de diversificar las perspectivas de viabilidad económica del mundo rural. Y ello pese a que se es perfectamente consciente de los perniciosos efectos de la despoblación y de la necesidad de que vengan jóvenes agricultores a sustituir a sus mayores:

*«Con la propuesta que ahora se examina se trata de corregir el despoblamiento rural, al que corren anejos la pérdida de valores y funciones sociales tradicionalmente vinculadas a la agricultura y su entorno. Parece aquí lo más conveniente, valorado ello en términos de estricta oportunidad, actuar sobre la población joven del medio rural, propiciando su acceso al primer empleo o mejorando la situación financiera (con las diversas ayudas que se recogen en*

*el proyecto) de las empresas beneficiarias de las dotaciones económicas, las cuales constituyen un ejemplo de la utilización de la acción concertada como técnica de fomento comúnmente incardinada ésta dentro de las típicas formas de acción administrativa»<sup>25</sup>.*

Parte del problema radica en que ha fallado la política de atracción de nuevos agricultores jóvenes, constatándose una mayoritaria salida de población sin la entrada apreciable de nuevos elementos que la recambien.

No puede olvidarse que, a diferencia de otros sectores productivos, la agricultura requiere ineludiblemente de un activo fijo (la tierra, el ganado, la explotación agraria) de elevado coste y lenta amortización, lo que dificulta en gran medida que nuevos efectivos se incorporen a la agricultura. Menos aún cuando ello se hace en lugares que van quedando despoblados y con menos servicios básicos, con la continua tentación urbana gravitando sobre este colectivo.

Y desde luego el despoblamiento conlleva la pérdida de cultura y valores tradicionales agrarios.

Sin embargo y como veremos a continuación (extremo poco o nada destacado por los recientes analistas del fenómeno del vaciamiento) no necesariamente comporta una pérdida de capacidad productiva, de valor de la producción final agraria ni de dimensión internacional de España como potencia agraria de primer nivel (que lo es sin lugar a dudas en un elevado número de producciones agrarias).

Más adelante trataremos de resolver este aparente enigma que ahora ya dejamos apuntado.

## **F) La atención al medio ambiente y el agricultor como cuidador del campo**

Pero si hay un factor definidor de la nueva era agraria que se instaura con la aplicación de la Política Agrícola Común fue el surgimiento del medioambiente al nivel de categoría condicionante del desarrollo agrario.

La preocupación por los efectos colaterales ambientales de la acción agraria pasa a ocupar un lugar preeminente en la evolución de la agricultura desde nuestra incorporación a Europa.

El Consejo de Estado fue oportuno notario de la situación en su continua labor de órgano consultivo de un Gobierno en todo condicionado por la Comisión Europea:

*«... se trata de la aprobación de un Real Decreto sobre requisitos agroambientales en relación con las ayudas directas en el marco de la política agraria común.*

*La medida en cuestión, novedosa dentro del actual marco de ayudas de la Política Agrícola Común, supone algo que los intervinientes se han cuidado de recordar con reiteración: la “ecocondicionalidad” o exigencia de ajuste al medio ambiente de las políticas agrarias europeas. Su novedad y su relevante difusión son suficientes garantías de las diversas y razonables opiniones emitidas por los abundantes intervinientes en el proceso de elaboración»<sup>26</sup>.*

La conexión entre agricultura y medioambiente toma fuerza como núcleo central de la renovada política agraria europea:

*«... siendo el objeto del asesoramiento –según se expresa en el artículo 2.1, letras a) y b)– la eventual intervención en temas medioambientales, que hubiera entidades vinculadas a este ámbito que pudieran prestar sus servicios, ajustándose en lo demás a las previsiones del futuro Real Decreto (respecto al cual tampoco hubiera sido mala cosa dar audiencia en esta norma al Ministerio de Medio Ambiente, puesto que –por ejemplo– la ecocondicionalidad de las ayudas agrarias tiene mucho que ver, además de con la agricultura, con el medioambiente), todo ello bajo la perspectiva de la creciente relevancia de la ordenación medioambiental de la agricultura»<sup>27</sup>.*

### 3. UNIÓN EUROPEA Y REDIMENSIONAMIENTO AGRARIO. DESARROLLO SOSTENIBLE Y DESPOBLACIÓN

En la situación actual, caracterizada por la última época de la PAC 2015-2020, los medios actuales de lucha contra la despoblación son los que siguen:

#### A) **Existe una acción conjunta administrativa que prioriza la sostenibilidad incluso sobre la rentabilidad**

La sostenibilidad prima sobre la rentabilidad, porque es más importante mantener a los agricultores y ganaderos en su ámbito atendiendo a un entorno sostenible que incluso garantizarles su propia remuneración:

*«... los contratos territoriales... instrumento de apoyo a las políticas de desarrollo rural sostenible, con la intención de orientar e incentivar las actividades agrarias hacia la multifuncionalidad y la generación de externalidades positivas que contribuyan eficazmente a mejorar los aspectos económicos, sociales y ambientales que configuran la sostenibilidad del medio rural, todo ello bajo la aplicación de un enfoque territorial.*

*Mediante los mismos, los titulares de las explotaciones agrarias asumirán desarrollar un modelo de actividad agraria que genere externalidades positivas en los ámbitos mencionados, y por el cual, en apreciación del interés público de dichas externalidades, las Administraciones públicas competentes las compensan, incentivan y retribuyen, como forma de reconocimiento por la sociedad de los servicios y prestaciones de carácter público que generan las explotaciones agrarias, más allá de la retribución derivada de la venta en el mercado de sus productos»<sup>28</sup>.*

**B) La PAC sigue apostando por sostener el campo mediante agricultores activos y jóvenes agricultores, cada vez más profesionalizados**

La Unión Europea, que sigue apostando por los jóvenes agricultores y ganaderos y su incentivación a través de las reservas nacionales de derechos de producción, comprende que es muy difícil incorporarlos a la actividad, la cual tiene que ver más que nunca con su capacitación y preparación, con su profesionalización en un mundo agrario cada vez más complejo técnica y organizativamente:

*«En relación a la reserva nacional, se flexibilizan los requisitos de entrada de los jóvenes agricultores a la misma, en respuesta a las recomendaciones realizadas por la Comisión Europea, estableciéndose como criterio de admisión los de la formación y capacitación adecuadas. Asimismo, se suprimen los requisitos de que los jóvenes agricultores y los agricultores que se incorporan a la actividad agraria dispongan de superficie vinculada a alguno de los sectores incorporado al régimen de pago básico, y se reconoce como excepción al supuesto de que el agricultor no puede haber recibido derechos de la reserva nacional en anteriores asignaciones de derechos de pago básico de la reserva nacional, el relativo al caso de que la incorporación del joven a la actividad agraria se efectúe mediante un Programa de Desarrollo Rural ejecutado en varias fases»<sup>29</sup>.*

**C) Fomento del asociacionismo y nuevas figuras jurídicas: las entidades asociativas prioritarias y las organizaciones interprofesionales agroalimentarias**

Constante histórica mantenida, la PAC sigue acentuando su apuesta por el asociacionismo como forma de integración ideal en el ámbito agrario. Par-

ticularmente son de su atención las cooperativas, íntimamente ligadas al asociacionismo agrario y ganadero y al desarrollo y potenciación de las industrias agrarias, mecanismo esencial para sostener a la población agraria y dotarla de dinamismo, competitividad y afán de superación, conceptos mucho más allá de la simple supervivencia.

Constituye una constante histórico-económica desde los primeros tiempos de la PAC la comprobación de que la concentración de la oferta resulta favorecida por el asociacionismo. Y que este es el paso previo y necesario al mantenimiento de la población agraria.

*«La finalidad del proyecto consiste en adaptar el Derecho interno español al régimen de ayudas instaurado por la Unión Europea y destinado a la constitución y funcionamiento del asociacionismo de los agricultores y ganaderos, para que ello incida fundamentalmente en el proceso económico mediante la concentración de la oferta agraria y la adecuación de la producción a las exigencias del mercado»<sup>30</sup>.*

Surgen nuevas figuras de concentración agroalimentaria que empiezan a dotar de nuevos actores de dimensión internacional y facturación elevada, comparable a cualquier empresa mediana-grande de los correspondientes sectores como son las Entidades Asociativas Prioritarias, llamadas a potenciar el inequívoco recurso de la concentración industrial sectorial, con la consiguiente apuesta por la fijación y dignificación de la población agraria concernida:

*«La propia Ley 13/2013 señala en su Exposición de Motivos cómo el asociacionismo agrario, en general, y las cooperativas en particular son protagonistas del gran cambio experimentado por el sector agroalimentario español. No cabe ninguna duda de la veracidad de tal aserto legal, recogido ahora nuevamente en el Preámbulo de la norma que se remite en consulta, toda vez que existe un creciente número de entidades asociativas, más allá de las cooperativas y de las clásicas Sociedades Agrarias de Transformación, que han venido a reflejar tal evolución positiva. Cabe destacar en tal sentido a las propias Sociedades Agrarias de Transformación, a las entidades civiles y mercantiles y las Agrupaciones de Productores.*

*Al destacar, como simple ejemplo, este último caso (las Agrupaciones de Productores, no precisamente el más extendido de los supuestos del asociacionismo agrario), el propio Consejo de Estado se ha venido haciendo eco de la*

*tendencia a la concentración de la oferta y los beneficiosos efectos que la misma conlleva desde la perspectiva económica de la eficiencia y la competitividad, que naturalmente conducen a la modernización e internacionalización de las que se hace eco el Preámbulo de la futura norma. Puede verse con este breve examen evolutivo cómo las finalidades que guían el fomento de la acción asociativa son las mismas que lucen en este proyecto. Y muchos son también los subsectores afectados (los que se mencionan en el Anexo I de la presente norma)»<sup>31</sup>.*

Su relevancia y su efecto vertebrador también fueron puestos de manifiesto por el Consejo de Estado:

*«En lo que se refiere al impacto económico, se hace una referencia al sector agroalimentario, caracterizado por una gran atomización: de un total de 31.342 empresas, el 96,4% (30.222) tiene menos de 50 empleados, y el 80% (24.989) tiene menos de 10 empleados. Lo mismo ocurre con las cooperativas: de un total de 3.740, tan solo el 1,6% factura el 32% del importe de todo el colectivo, mientras que casi el 90% de la facturación total de las cooperativas está concentrada en el 30% de ellas. En este contexto, la norma persigue favorecer la integración cooperativa y la mejor estructuración de la oferta, impulsando la creación de grupos cooperativos»<sup>32</sup>.*

De otro lado las organizaciones interprofesionales agroalimentarias emergen como nueva realidad de integración vertical de los sectores agrarios y ganaderos. Ya fue puesto de manifiesto cuando surgieron en España hace poco más de medio siglo, cuando por supuesto fueron examinadas por el Consejo de Estado:

*«Permite ello una mayor individualización entre el vehículo aprobatorio y el contenido sustancial de la nueva ordenación prevista. Idéntica conformidad debe manifestar el Consejo de Estado en cuanto a la elogiada pretensión de realzar aún más el protagonismo de las organizaciones interprofesionales (de quienes va a depender en definitiva la eficaz utilización del instrumento normativo que aquí se diseña) y en cuanto al hecho de buscar como objetivo la transparencia en el procedimiento. Nada superflua es tal intención en un sector primario en el que la cadena de comercialización agroalimentaria resulta extremadamente prolongada, distanciando enormemente al productor del consumidor y situando entre ambos a una más o menos larga serie (según*

*los sectores) de personas o entidades interpuestas que añaden un coste aunque también generan un servicio añadido»<sup>33</sup>.*

Pero sobre todo ofrecen en la actualidad una nueva dimensión de futuro integrada –como es de razón– en el seno del nuevo concepto de cadena alimentaria (concepto jurídico que hilvana todo el recorrido de cualquier producto desde el campo hasta la mesa):

*«Sobre la consideración de las OIAs como relevantes auxiliares de la cadena alimentaria ya tuvo ocasión de pronunciarse el Consejo de Estado en el dictamen 2.646/95, de 23 de noviembre de 1995, sobre su primera regulación reglamentaria en desarrollo de la Ley 38/1994:*

*“Las Organizaciones Interprofesionales Agrarias son entidades jurídicas de carácter privado sujetas a un reconocimiento público para la legitimación de sus funciones. Constituyen la expresión de la más acabada forma de colaboración entre todos los integrantes de un sector agrario. Así, frente a las clásicas agrupaciones de productores, de comercializadores o de transformadores, se trata ahora de integrar no sólo horizontal (a los que hacen la misma función), sino verticalmente (a los que trabajan con un determinado producto). De este modo, la regulación de un producto o de un sector no sólo atañe a los agricultores que lo cultivan, sino también a los industriales que lo transforman y a los comercializadores que lo venden. Este es el auténtico sentido del concepto ‘interprofesionales’ a que hace referencia la propia denominación del Reglamento”.*

*Según pone de manifiesto el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, el balance de la Ley 38/1994 –transcurridos más de quince años desde su entrada en vigor– puede considerarse satisfactorio, al existir 26 organizaciones interprofesionales, que abarcan la mayoría del sector agroalimentario y pesquero, habiendo contribuido decisivamente al establecimiento de mecanismos estables de colaboración y coordinación entre los distintos intervinientes en la cadena agroalimentaria y mejorado la transparencia y eficacia general del sistema»<sup>34</sup>.*

La dimensión societaria resulta en todo caso harto destacada: piénsese que un mecanismo de aseguramiento del crédito tan avanzado como pueden ser las sociedades de garantía recíproca hallan en las inversiones agrarias uno de sus más destacados clientes.

#### 4. CLAVES DE FUTURO PARA LA POBLACIÓN EN RELACIÓN CON EL TERRITORIO AGRARIO: LA AGROINDUSTRIA EN LA MARCHA HACIA EL ESTADO SOSTENIBLE

Llegamos ya al tramo final de nuestro análisis con los siguientes elementos de reflexión: sin lugar a duda existe una grave situación de despoblación en muchas partes de España.

Pero esta realidad nacional convive obligadamente con una situación económica sectorial excepcional. Y con un entorno internacional por completo diferente: la situación climática del planeta ha hecho consciente a la ciudad de que uno de los principales motores de cambio está en el campo. Pero un campo abandonado no sirve para nada.

En la obligada conjunción de ambas realidades pueden hallarse –sugiero modestamente– algunas de las claves de resolución del problema.

Que para resolver problemas está el Consejo de Estado, cuyos dictámenes concluyen siempre con una elegante y estereotipada frase con un significado mucho más profundo del que pudiera apreciarse a primera vista: «*El Consejo de Estado es de dictamen... V. E. no obstante resolverá lo que estime más oportuno*».

Las sucesivas conclusiones sobre las que construiremos nuestra tesis final son las 5 que siguen:

##### A) **La cadena alimentaria es el nuevo nexo común de unión jurídica entre producción, transformación y consumo**

Comprender bien esta trazabilidad permitirá identificar cómo la atención a la despoblación supone en realidad un problema que afecta a los consumidores, que verán mermadas sus capacidades de elección si no tienen suficientes productores que atiendan sus exigencias.

Dentro de apenas unos años en 2050 se pronostica que la población mundial será un tercio superior a la actual y rozará los 10.000 millones de personas que tendrán la inveterada costumbre desayunar, almorzar y cenar (incluso pese a las dietas de ayuno alternativo). En todo caso van a intentarlo de forma diaria a lo largo de toda su vida, lo que no deja de ser un reto para quienes se preguntan para qué sirve el campo.

## B) **Despoblación no es abandono de explotaciones**

La población urbana prima sin lugar a dudas sobre la población rural y existen muy extensas superficies de nuestro país con una despoblación muy severa y difícilmente reversible. Sin embargo, la mayor parte de los territorios agrarios no solo siguen siendo productivos sino que la superficie agraria nacional viene manteniendo una producción continuada y eficiente pese a tales fenómenos de despoblación.

Puede que el desarrollo del transporte y la movilidad ofrezca una respuesta a esta cuestión, en la medida en que la mejora de los sistemas de desplazamiento urbanos y rurales ha permitido atender las explotaciones y las granjas desde núcleos más alejados, cuando el asentamiento próximo era una de las reglas históricas de la actividad rural.

El campo podrá estar despoblado en grandes áreas. Pero desde luego no está abandonado en su explotación porque quienes se siguen encargando de él —que se han concentrado, especializado y profesionalizado— emplean sistemas de movilidad que les permiten combinar residencia en centros poblados con la presencia en zonas rústicas alejadas.

## C) **El campo es la primera industria manufacturera de España**

Son los datos más recientes de nuestra contabilidad nacional. Solo precedido como actividad económica por el turismo (que no es una industria manufacturera sino de prestación de servicios) resulta que la industria agraria es la primera industria de fabricación por encima de todas las demás<sup>35</sup>.

España, en definitiva, contiene una enorme extensión de industrias agrarias de muy diferente signo y condición. Pero de acentuada competitividad, dimensión internacional y desarrollo creciente.

Y la mayor parte de ellas está en territorio agrario, con el consiguiente efecto de fijación de la población y aseguramiento de sistemas dignos de vida y costumbres. El fenómeno de la inmigración no puede ser dejado de lado, en la medida en que mucha de la población a fijar y retener será inmigrante porque es la que está atendiendo el campo en grandes zonas.

El campo no solo quiere fibra óptica para asegurar la residencia de fin de semana de urbanitas ocurrentes. El campo necesita medios sostenibles y suficientes que permitan el empleo (manual o especializadísimo) de una población que encuentre en la industria agraria un proyecto de vida que dignifique su existencia.

**D) La marca España tiene un acusado sentido de futuro y un valor internacional contrastado en un mundo globalizado que identifica la mayor parte de los objetivos de desarrollo sostenible vinculados al hecho alimentario**

Y el dato más reciente: la marca España en su vertiente agroalimentaria se ha convertido en la décima del mundo en proyección y competitividad, en clara confirmación internacional de la que el sistema agroalimentario es una óptima realidad.

Si yo tuviera que definir a España desde muchos puntos de vista en uno solo diría sin lugar a dudas que España es un milagro. Y esa capacidad de supervivencia secular que asombra a todos (y por supuesto a sus propios habitantes) se manifiesta una vez más en la dimensión agraria internacional de la que muchos no son siquiera conscientes.

España no solo es el mayor productor mundial en aceite de oliva y la mayor superficie planetaria de viñedo sino que se encuentra en el podio de los campeones en sectores económicos como frutas y hortalizas, porcino, vacuno y cereales. Curiosamente aquéllos que producen como combinación la admirable síntesis nutricional que se define como dieta mediterránea. Casualmente cuando seremos en pocos años en país con la mayor perspectiva de esperanza de vida del planeta.

**E) Luego el freno de la despoblación debe venir, necesariamente, de la mano de una potenciación de la agroindustria**

Este era el título de la conferencia y esta es la tesis final, contemplado desde la perspectiva del Consejo de Estado, quien desde hace cinco siglos ha aportado elementos de comprensión –siempre desde el análisis jurídico– que permitieron ser sintetizados en estas breves reflexiones que este modesto fedatario de la grandeza consultiva del Consejo de Estado ha querido brindarles brevemente.

A todos ustedes, infinitas gracias por su atención.

## NOTAS

(1) «*Sic Tibi Terra Levis*» («*Que la tierra te sea leve*») o «STTL» –en anagrama– era la elegante despedida generalizada en las lápidas de la época romana previa al «*Requiescat in pace*» (RIP) o al «*Descanse en paz*» (DEP) de la posterior era cristiana.

(2) El Consejo de Estado en su Dictamen de 13 de noviembre de 1943 se considera continuador del Consejo de los Austrias. El Tribunal Supremo declaró al Consejo de Estado sucesor del de Castilla y de su Cámara en la STS de 26 de noviembre de 1917. La Exposición de Motivos de la vigente Ley Orgánica del Consejo de Estado 3/1980, de 22 de abril, siguiendo la pauta de las anteriores, lo califica de institución multiseccular.

(3) *«En todos tiempos mereció a mis gloriosos antecesores y a mi Consejo el mayor cuidado y atención, el establecimiento, conservación y fomento de los Pósitos, y a éste fin acordaron las reglas que parecieron más oportunas y se hallan insertas en las leyes del Reino, bien persuadidos que sus fondos en trigo y dinero, son los auxilios más necesarios para la conservación y aumento de la población, que es el nervio principal del Estado, pues se sostiene en tiempos de calamidad y carestía de granos por medio de panadeos que corren al cargo de las Justicias y Regidores, bajo la más exacta cuenta y razón, proveyéndose, no sólo los vecinos, sino también los transeuntes y tragineros... y dejarían de hacerlo si les faltasen estos auxilios con grave daño público, porque se interceptaría el trato y comercio de unas provincias con otras y la Corte carecería de su preciso abastecimiento tan recomendado por las leyes...»*

(4) Dictamen del Consejo de Estado 17/2014 de 24 de julio de 2014. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre de Montes.

(5) Dictamen del Consejo de Estado 1973/2003 de 26 de junio de 2003. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Anteproyecto de Ley de Arrendamientos Rústicos.

(6) Dictamen del Consejo de Estado 1469/1992 de 22 de diciembre de 1992. Junta de Andalucía. Segregación de Villafraanco del Guadalquivir, dependiente de Puebla del Río (Sevilla), para su constitución en municipio independiente.

(7) Dictamen del Consejo de Estado 991/2011 de 21 de julio de 2011. Fomento. Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Suelo.

(8) La película *«La Aldea Maldita»* de Florian Rey data de 1930 y refleja lo que debió ser una dramática realidad en muchos puntos de la España rural a principios del pasado siglo: una sucesión de malas cosechas en la labor de secano propiciaban el abandono de pueblos completos por parte de sus habitantes, que se veían expulsados de su lugar de origen sin que ningún poder público pudiera remediarlo. Se trataba de una constante sociológica universal: John Steinbeck gana el Premio Pulitzer en 1940 por *«Las uvas de la ira»* describiendo como la sequía y las malas cosechas expulsan en Estados Unidos a una familia desde Oklahoma hacia la tierra prometida de California tras de la Depresión del 29.

(9) Dictamen del Consejo de Estado 468/1992, de 1 de octubre. Generalidad Valenciana. Segregación de la Entidad San Antonio de Benajever del Municipio de Paterna, para constituir un Municipio Independiente.

(10) Dictamen del Consejo de Estado 50511 de 14 de mayo de 1987. Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Expediente de incorporación del Municipio de Alcorlo a su limítrofe de La Toba, ambos de Guadalajara.

(11) Dictamen del Consejo de Estado 2195/1995, de 5 de octubre. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto de Real Decreto por el que se establece un régimen de ayudas destinado a fomentar el cese anticipado en la actividad agraria.

(12) Dictamen del Consejo de Estado 405/1992, de 23 de abril de 1992. Junta de Castilla y León. Expediente de disolución de la Entidad Local Menor de Prada de la Sierra perteneciente al Municipio de Santa Coloma de Somoza (León).

(13) Dictamen del Consejo de Estado 1228/1993, de 21 de octubre. Junta de Castilla y León. Expediente de disolución de la Entidad de ámbito territorial inferior al municipal de Escaro, perteneciente al municipio de Riaño (León).

(14) Dictamen del Consejo de Estado 1706/2008, de 23 de diciembre de 2008. Medio Ambiente y Medio Rural y Marino. Responsabilidad patrimonial formulada por... , en representación legal de la Asociación de Vecinos afectados por el proyecto de obras del embalse de Jánovas, por los daños y perjuicios, cuantificados en 3.000.000.000 euros, causados en sus personas y bienes como consecuencia de las actuaciones seguidas en el expediente relativo al aprovechamiento hidroeléctrico del río Ara entre Fiscal y Aínsa y del río Cinca entre Lafortunada y Aínsa, así como en los que traen su causa de aquél.

(15) Dictamen del Consejo de Estado 1876/1994, de 3 de noviembre de 1994. Junta de Galicia. Segregación de parte del Municipio de Cervo (Lugo).

## ■ LA VERTEBRACIÓN TERRITORIAL DE ESPAÑA EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO...

(16) Dictamen del Consejo de Estado 1526/1999, de 8 de julio de 1999. Junta de Castilla y León. Expediente de segregación de las Entidades Locales Menores de Arroyo de Cuellar, Campo de Cuellar y Chatun pertenecientes al municipio de Cuellar (Segovia).

(17) Dictamen del Consejo de Estado 53.200, de 30 de marzo de 1989. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto Real Decreto por el que se regula la indemnización compensatoria en determinadas zonas desfavorecidas para el año 1989.

(18) Dictamen del Consejo de Estado 240/1996, de 1 de febrero de 1996. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto de Real Decreto sobre mejoras estructurales y modernización de las explotaciones agrarias.

(19) Ya citado más arriba y de muy singular interés en esta materia: Dictamen del Consejo de Estado 2195/1995, de 5 de octubre. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto de Real Decreto por el que se establece un régimen de ayudas destinado a fomentar el cese anticipado en la actividad agraria.

(20) Dictamen del Consejo de Estado 1471/1997, de 3 de abril de 1997. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 204/96, de 9 febrero, sobre mejoras estructurales y modernización de las explotaciones agrarias.

(21) Ya citado Dictamen del Consejo de Estado 1973/2003, de 26 de junio de 2003. Agricultura, Pesca y Alimentación. Anteproyecto de Ley de Arrendamientos Rústicos.

(22) Dictamen del Consejo de Estado 3220/1995, de 1 de febrero de 1996. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto de Real Decreto por el que se establece un régimen de ayuda para el fomento de la diversificación de la actividad económica y la creación de empleo en el medio rural.

(23) Ya reiteradamente citado más arriba Dictamen del Consejo de Estado 1973/2003, de 26 de junio de 2003. Agricultura, Pesca y Alimentación. Anteproyecto de Ley de Arrendamientos Rústicos.

(24) Dictamen del Consejo de Estado 3829/2003, de 8 de enero de 2004. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 708/2002, de 19 de julio, por el que se establecen medidas complementarias al Programa de Desarrollo Rural para las Medidas de Acompañamiento de la política Agraria Común.

(25) *Idem* anterior dictamen del Consejo de Estado 3220/1995.

(26) Dictamen del Consejo de Estado 2436/2002, de 17 de octubre de 2002. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto de Real Decreto sobre requisitos agroambientales en relación con las ayudas directas en el marco de la política agraria común.

(27) Dictamen del Consejo de Estado 363/2006, de 6 de abril de 2006. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto de Real Decreto por el que se regulan las entidades que presten servicio de asesoramiento a las explotaciones y la concesión de ayudas a su creación, adaptación y utilización.

(28) Dictamen del Consejo de Estado 1472/2011, de 22 de septiembre de 2011. Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino. Proyecto de Real Decreto por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural.

(29) Dictamen del Consejo de Estado 1235/2015, de 10 de diciembre de 2015. Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 1075/2014, de 19 de diciembre, sobre la aplicación a partir de 2015 de los pagos directos a la agricultura y a la ganadería y otros regímenes de ayuda, así como sobre la gestión y control de los pagos directos y de los pagos al desarrollo rural, el Real Decreto 1076/2014, de 19 de diciembre, sobre asignación de derechos de régimen de pago básico de la política agrícola común, y el Real Decreto 1077/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el sistema de información geográfica de parcelas agrícolas.

(30) Dictamen del Consejo de Estado 4746/1998, de 17 de diciembre de 1998. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el régimen de ayudas destinadas a promover la constitución de agrupaciones de productos agrarios.

(31) Dictamen del Consejo de Estado 394/2014, de 29 de mayo de 2014. Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Proyecto de real decreto por el que se desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las entidades asociativas prioritarias y para su inscripción y baja en el registro nacional de entidades asociativas prioritarias, previsto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario.

(32) Dictamen del Consejo de Estado 150/2019, de 7 de marzo de 2019. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 550/2014, de 27 de junio, por el que se desarrollan los requisitos y el procedimiento para el reconocimiento de las Entidades asociativas prioritarias y para su inscripción y baja en el Registro nacional de entidades asociativas prioritarias, pre-

visto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración de cooperativas y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario.

(33) Dictamen del Consejo de Estado 1963/1997, de 24 de abril de 1997. Agricultura, Pesca y Alimentación. Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/94, de 30 de diciembre, reguladora de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias.

(34) Dictamen 654/2011 del Consejo de Estado de 26 de mayo de 2011. Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino. Anteproyecto de Ley de Medidas para mejorar el funcionamiento de la Cadena Alimentaria.

(35) Informe anual de 2019 de la Federación de Industrias de la Alimentación y Bebidas (FIAB) relativo a 2018: el sector de alimentación y bebidas acumula el 21% de la industria manufacturera de España, con más de 426.000 afiliados. Ha incrementado su dimensión en un 3% respecto al año anterior en personas físicas y un 8% en empresas (hasta alcanzar las 31.000). La producción final supera los 120.000 millones de euros y constituye el primer sector industrial del país.

## EPÍLOGO

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón

*Presidente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas  
y Consejero Permanente de Estado*

La clausura de un curso debe comenzar con su balance, continuar con un sincero agradecimiento a quienes han hecho posible su celebración y terminar con unas conclusiones.

El balance en este caso es indiscutiblemente positivo y el curso ha sido un completo éxito. Primero por el nivel y la fidelidad de la concurrencia, un total de 526 personas con una media de 106 por sesión. Cifras buenas para la Academia que desde el año 2001 y con motivo de otro curso profesado en colaboración con el Consejo de Estado sobre el derecho local y después publicado por el *BOE*, no se había abierto tanto y tan eficazmente a la sociedad española y a su alta administración.

Buenas también para el Consejo de Estado que ha tenido ocasión de mostrar, una vez más, y en singular tribuna, el valor de sus letrados y la solidez y funcionalidad de su doctrina.

Y sobre todo buenos para la cultura cívica sobre tema tan crucial siempre y especialmente en nuestros días como la vertebración del territorio nacional a lo largo de once lecciones magistrales que ahora ven la luz.

Y aquí comienza el capítulo de gracias, porque si el curso ha de tener la difusión que merece es gracias a la colaboración prestada por el *BOE* y su director, don Manuel Tuero, sobre la base del acuerdo celebrado entre dicha institución y la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 2019. En presencia de la vicepresidenta primera del Gobierno, profesora Carmen Calvo. El primor de la edición del Boletín Oficial y su red de difusión on line, son una contribución decisiva al buen fin de este trabajo.

Gracias muy sinceras a los servicios administrativos de la Real Academia y del Consejo de Estado en esta ocasión personalizados por la Oficial Mayor de la Academia, Sra. Huertas y por la Jefa de mi Secretaría en el Consejo, Sra. García Gallego.

Gracias al INAP y muy especialmente a su directora, doña Isabel Borrel que desde el primero momento dieron su confianza a la organización del curso y facilitaron la difusión de su convocatoria.

Gracias a la Presidenta del Consejo de Estado, doña María Teresa Fernández de la Vega y a los Consejeros Permanentes y de Pleno del Alto Cuerpo consultivo cuya participación y asistencia honraron el curso.

Gracias a los ponentes, profesora Mangas, de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, que pronunció la primera lección magistral y a las diez letradas y letrados que tan doctamente las han desarrollado. No son letrados de excepción; son letrados excelentes pero corrientes porque todos somos así.

Gracias sobre todo a los asistentes, oficiales militares de alta graduación y calidad y funcionarios de muy distinguidos Cuerpos de la administración estatal, autonómica y local. Esos funcionarios que entienden y practican el imperativo del artículo 103.1 de nuestra Constitución de servir con objetividad los intereses generales.

La doctrina del Consejo de Estado se denomina doctrina legal y nosotros, los Letrados, somos un cuerpo de juristas. Por eso lo que aquí se desarrolló en seis sesiones y once conferencias ahora publicadas ha sido un curso eminentemente jurídico. Pero el buen positivista sabe que el derecho no es solo la norma y la sentencia sino lo que hay detrás de aquellas, lo que las posibilita y condiciona, decía Jellinek, y hay que añadir con Ihering y aún para mayor exactitud con lo previsto en el artículo 3 del Código Civil, de general aplicación a todo el ordenamiento, incluida la Constitución: lo que hay delante, esto es su fin, su utilidad en este caso, nada menos que la solidez y contenido, eso significa vertebrar, el territorio nacional. Ese territorio que no es ni un algoritmo como pretenden quienes quieren descorporizar las instituciones para terminar haciéndolo con las personas ni un fetiche, sino algo clave en el Estado.

¿Qué es el territorio para el Estado?

El Estado moderno es territorial, ceñido por fronteras cada vez más fijas e incluso duras en nuestros días, y si es la población la que genera el territorio calificándolo como tal, los clásicos intereses de los Estados primaron el territorio sobre la población y la doctrina clásica ha considerado al territorio como primer elemento del Estado.

¿Cuál es su naturaleza?

Cabe distinguir tres grandes respuestas a tal cuestión. Primera, las que calificamos como doctrinas del objeto o, es decir, aquéllas que consideran el territorio como propiedad dominical del Estado, cuya versión más elaborada sustituye la propiedad por la soberanía, ya que el territorio es el objeto de un derecho del Estado, pero distinto del Estado mismo.

Segunda, las doctrinas de la calidad, que valoran no tanto el objeto territorial como el poder estatal sobre el mismo. Jellinek ya consideró al territorio como el Estado mismo en su limitación espacial o Duguit como el límite a la acción de los gobernantes. Es decir, el espacio de vigencia del orden jurídico estatal para Kelsen o llevando al extremo la doctrina del maestro, el ámbito de atribución de competencias por el orden internacional al Estado, según Verdros.

Ahora bien, a mi juicio el territorio es más que todo eso. Es algo vivo. Junto a lo que consideramos territorio estatal —que es sobre todo un ámbito de competencias y responsabilidades estatales— existe la noción de territorio nacional. Si todo el territorio nacional es territorio estatal todo territorio estatal no es nacional. Así lo dejó claro el Consejo de Estado en sus dictámenes 36173 y 36227, ambos de 1968, después citados por el Tribunal Supremo, relativos a Guinea e Ifni, que pese a su ficticia provincialización eran de España pero no eran España. Así lo expuso la Letrada, Sra. Collado. Topamos aquí con la mejor doctrina administrativa a la hora de clasificar un concepto de la Teoría General del Estado.

Esto nos lleva a considerar el territorio nacional como lo que Smend consideraba un factor de integración del proceso vital, que es el Estado como suprema forma de vivir política, capaz de convertir el «espacio» en «lugar».

Examinemos con la brevedad que la ocasión requiere, lo que Cassirer, en su magna obra *Filosofía de las formas simbólicas*, denominaba fenomenología del espacio.

Hay un espacio matemático, ilimitado y homogéneo, como corresponde al extenso cartesiano y es una magnitud extensiva en el sentido que Kant da al término que se puede medir y dividir.

Hay un espacio perceptivo que es limitado y heterogéneo cuyo primer analogón es el propio cuerpo humano. Se trata de una magnitud intensiva que no se mide sino que se siente.

Entre ambos, el territorio nacional es un *tertium genus*, porque es limitado y heterogéneo, pero no perceptivo. El territorio nacional no es el pegujal que pisa el campesino ni el barrio por el que circula el ciudadano, sino un espacio imaginado, se conozca o no físicamente, intenso en el sentido kantiano, cargado por los afectos, los intereses y las tareas de la comunidad que en él se

asienta que lo convierte en lugar para habitarlo, que lo añora como paraíso perdido o lo desea como tierra prometida.

El territorio nacional no es naturaleza, no es simplemente la tierra que se pisa, sino derecho. No es *physis* sino *nomos*, el *nomos de la tierra* que teorizaba Carls Schimtt y que recalifica a la naturaleza mediante la ocupación, la distribución y la utilización y es aquí donde aparece la administración de las cosas y sus servicios.

El territorio sustantivado en país (*Land*) se identifica con un derecho territorial correspondiente a una comunidad de paz como muestra Brunner en su obra *Land und Herrschaft*.

El territorio es nacional porque está ocupado por una comunidad nacional que dialécticamente se identifica por y con su territorio.

En España la ocupación más decisiva es la que realizan los pueblos cristianos desde el siglo VII, desde los Pirineos hasta el sur, y que acaba en siglo XV con la reconquista de Andalucía y la ocupación de Canarias. Hay en tan largo proceso fases decisivas como es la repoblación de las mesetas y la reconquista andaluza. Cuanto más rápida es la ocupación más pequeños y dispersos son los núcleos poblacionales y más grave y acelerado el proceso de despoblación rural contra el que los poderes públicos han tratado de luchar desde el Antiguo Régimen. Baste pensar en la política de pósitos inaugurada por Felipe II en 1584, hasta la ley de colonización y repoblación interior de 1907.

España alcanza a fines del siglo XIX el máximo de su población rural, más de la mitad de toda la población del Estado y puede considerarse como el típico estado agrícola. Con el desarrollo iniciado en la década de 1950 se transforma en un Estado urbano e industrial aumentando las concentraciones urbanas y produciendo un éxodo rural y la consiguiente despoblación de las mesetas y la cornisa cantábrica. Algo que por otra parte ocurre en otros grandes países de occidente.

El éxodo rural se acentúa a consecuencia del ingreso, en 1986, en la entonces Comunidad Europea, hoy Unión Europea, puesto que la política agraria común limita las producciones y reduce los efectivos agrarios y en una fase ulterior valora cada vez más la dimensión no productiva de la tierra, transitando del Estado industrial al llamado Estado ambiental.

Esta profundísima mutación da lugar entre otras disposiciones menores a la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que muta el mismo concepto de explotación agraria en un sentido empresarial, pero donde, invirtiendo el criterio económico propio de la empresa, prima la sostenibilidad sobre la rentabilidad.

Es sumamente paradójico que puesto el acento en la sostenibilidad que según lo que dichas normas disponen se basa en la consideración conjunta de los

aspectos económicos, sociales y medioambientales de la agricultura, en la práctica la política agraria común ha sido el más poderoso agente de abandono rural y despoblación del territorio. Pero no lloremos sobre la leche derramada, y el dicho popular resulta en este caso muy oportuno puesto que España, con excedentes lácteos antes de la reestructuración comunitaria, es hoy deficitaria de los mismos e importa leche de otros miembros de la Unión. El ejemplo podría multiplicarse.

Tras la ocupación, señala Schmitt la distribución como segunda gran proyección del *nomos* de la tierra y, prescindiendo de otras divisiones administrativas sectoriales, es preciso recurrir al artículo 137 de la Constitución donde se establece que el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y comunidades autónomas. Esta parcelación es artificiosa y errónea porque si el territorio nacional es uno e indivisible según dispone el artículo 2 de la misma Constitución, no es en modo alguno homogéneo y así lo señala la Letrada, Sra. Presedo, en aspecto tan importante como el poder financiero. Su organización no siempre responde a esa nominación trimembre. Por un lado hay singularidades histórico-políticas de todos conocidas cuya definitiva reorganización pasa, a mi juicio, por el reconocimiento de la asimetría. Y por otro, baste pensar en la ordenación territorial atenta a múltiples y diferentes servicios, por ejemplo las cuencas hidrográficas.

En todo caso es preciso resaltar la importancia que en la vertebración del territorio tiene la Administración local. Los municipios son muchos. Más de 8.000 y en su mayoría pequeños, más de 7.000 con menos de 20.000 habitantes. El cirujano de hierro siempre dispuesto a terapias de asalto propondrá su supresión puesto que la garantía institucional del artículo 140 de la Constitución ampara la institución pero no a cada municipio en concreto. El coste de semejante operación sería grande, los municipios pueblan de identidades el espacio. El espacio geométrico que encanta a los malos planificadores y que sirve para el diseño y la especulación no sirve para la habitación, y el espacio deshabitado deja de ser territorio nacional como asiento de una comunidad que lo convierta en lugar.

¿Supone ello que haya que dejar las cosas como están?

Creo que no. La mejor alternativa a la supresión de los pequeños municipios es la fusión de los servicios. Si un día se hizo, tal vez antes de tiempo, la concentración escolar, ¿Por qué no hacerlo ahora con relación a los grandes servicios de gestión en manos de los cuerpos nacionales de Administración local y a una serie de instalaciones cuya proliferación no incrementa el bienestar vecinal, pero sí el gasto? Todo ello se arregla con normas legales e infralegales de régimen local sin tocar la Constitución.

Y si algo demuestra la práctica es que la subsistencia de los pequeños municipios pende del apoyo que les presta la Diputación de su respectiva provincia. Ese es el más sólido argumento en pro del mantenimiento de las Diputaciones y ha sido el motor decisivo de la provincialización de nuestro régimen local. Es decir, la conversión de la provincia, en lugar del municipio, en la primera y más importante entidad local, como García de Enterría señalara en un luminoso estudio hace más de medio siglo.

Al abordar la utilización, tercera dimensión en que se proyecta el *nomos* es preciso distinguir dos modos de cultivo y digo cultivo porque Schmitt tenía mentalidad rural en un tiempo en el cual todavía Alemania era un Estado agrícola. Y cultivar supone tanto cuidar como lucrar. En una sociedad de masas y postindustrial el cuidado del espacio tanto rural como urbano exige algo más que una primorosa roturación. Requiere una ordenación del territorio que evite la congestión tanto como el vaciamiento, la gentrificación tanto como la marginación del gueto y no olvidar que la tecnificación no debe excluir la talla humana de la ciudad, la ciudad que se hace para los hombres y que es algo más que una máquina para vivir. Los términos de moda de «smart city» o la todavía más avanzada «human dynamic city» no bastan para cumplir tales exigencias. Es preciso respetar lo que el gran arquitecto Norberg Schultz denominó *genius loci*.

La utilización lucrativa no consiste ya en esperar la cosecha sino en contar con los servicios que una sociedad requiere y producirlos para terceros.

Los servicios vertebran incluso físicamente el territorio, por ejemplo las vías de comunicación y los medios de transporte, como señaló el Letrado, Sr. Martínez-Cardós, y fijan la población atendiendo a sus necesidades y garantizando su bienestar, desde la seguridad a las que se han referido las ponencias de los Sres. Trillo y Torre de Silva y que es condición indispensable para el funcionamiento normal de la Administración y las prestación de servicios como la sanidad, la educación y el medio ambiente, analizadas por el Letrado Mayor, Sr. García-Trevijano, y las Letradas, Sras. Gálvez y Hurtado. El Letrado, Sr. Palma, señaló como la agroindustria de tanto futuro en una gran potencia agrícola como es España, no solo es productiva y rentable, sino que proporciona al otrora campesino trabajo real, algo que el hombre real necesita porque no le basta ser un jardinero conservador del paisaje al servicio del agroturismo.

El territorio nacional es así un factor material de integración de la identidad nacional. Tanto como la población que en él se asiente, su memoria colectiva o sus proyectos. Por eso, el territorio nacional requiere defender su integridad, cuidar de su población y servirla como corresponde a un Estado Social.

En ello consiste su mejor vertebración.

Este libro tiene su origen en las lecciones impartidas en 2019 por el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado en el Curso organizado por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y este mismo Cuerpo. Las recogidas en este volumen versan sobre la doctrina del Consejo de Estado en relación con el territorio nacional. Esta doctrina, establecida a lo largo de los años en dictámenes sobre variados temas, tiene un rasgo principal: el mantenimiento de la propia identidad territorial. El Consejo de Estado actúa siempre en atención al caso concreto. Su doctrina está hecha, más que con base en grandes principios y declaraciones, al hilo de distintos y variados supuestos. Por tanto, está formada de modo casuístico, basándose en la naturaleza de las cosas, lo que le da unas características propias: economía de las formas jurídicas, ahorro en las figuras jurídicas aplicadas, empleo de formas técnicas variadas para situaciones económicas muy distintas y, sobre todo, reticencia y cautela contra todo lo que sea abstracción, definición, construcción y sistematización. Se tiende a huir de las construcciones y gusta atenerse más bien al precedente lo cual no es obstáculo para que ese informar numerosos asuntos permita apreciar la existencia de unas reglas y principios jurídicos, de gran fuerza expansiva. En estos términos se desenvuelve la Doctrina del Consejo de Estado en la materia, que entiende que el mantenimiento de la identidad territorial ha de iluminar el recto entendimiento del artículo 2 de la Constitución Española, que dispone: *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.*

