

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ

TESIS DOCTORAL

El sentido alternativo del
Defensor del Pueblo y del
Defensor del Pueblo Andaluz
ante las políticas territoriales:
Dominio Público Marítimo-Terrestre,
Patrimonio Histórico y
Contaminación Acústica

Dirigida por:

Doctor Don Ángel Sánchez Blanco
Catedrático de Derecho Administrativo



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
ÁREA DE DERECHO PÚBLICO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

2004

ÍNDICE

ÍNDICE	3
INTRODUCCIÓN.....	15
LIBRO PRIMERO. EL SENTIDO ALTERNATIVO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO	25
1. El colapso de los Tribunales y la búsqueda de mecanismos alternativos en la figura del Defensor del Pueblo. Las diferentes etapas	27
1.1. El tratamiento constitucional del artículo 54 en cuanto a las funciones del Defensor del Pueblo:	32
1.2. El desarrollo legal del artículo 54 de la Constitución. La fijación de sus competencias.....	46
1.2.1. La Supervisión de la Administración pública	47
1.2.2. La actividad mediadora como directriz de funcionamiento	59
2. La realidad autonómica de los Comisionados Parlamentarios	73
2.1. El silencio del artículo 54 de la Constitución en el reconocimiento de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos	73
2.2. El Reconocimiento estatutario de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos: Especial estudio del Estatuto de Autonomía Andaluz	76
2.3. El desarrollo legal de los Estatutos de Autonomía. Las peculiaridades de los Comisionados Parlamentarios	80
2.3.1. La afortunada Exposición de Motivos de las Leyes Autonómicas.....	80
2.3.2. Las Competencias de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos y los mecanismos de coordinación con el Defensor del Pueblo	83
2.3.2.1. Tramitación parlamentaria del artículo 12 de la LODP	85
2.3.2.2. Competencias concurrentes y principios de coordinación y colaboración	89

2.3.2.2.1. Un ejemplo de Acuerdo de Colaboración: El Acuerdo de cooperación y Coordinación entre el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz.....	97
a) Supervisión de los órganos periféricos de la Administración General del Estado.....	98
b) Supervisión de la Administración de la Comunidad Autónoma.....	99
c) Supervisión de la Administración Local.....	100
2.3.2.3. Competencias diferenciadas	102
2.3.2.3.1. La legitimación procesal del Defensor del Pueblo: el recurso de amparo e inconstitucionalidad	103
2.3.2.3.2. Las competencias peculiares del Justicia de Aragón, del Procurador del Común y del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha	108
3. Las virtudes del Procedimiento del Defensor del Pueblo.....	112
3.1. La informalidad y sumariedad de la actuación del Defensor vs la formalidad y dilación en el proceder de los Tribunales	116
3.1.1. La presentación de la queja	116
3.1.2. Admisión, rechazo y clasificación de la queja:	128
3.1.3. Actuación investigadora y de inspección	135
3.1.3.1. La queja Objetiva:	136
3.1.3.2. La queja Subjetiva.....	138
3.1.4. Las garantías	140
3.1.4.1. Deber de colaboración de los poderes Públicos:	141
3.1.4.2. Poderes de Inspección y posible acción penal:.....	146
3.1.4.3. La calificación de las conductas y sus consecuencias	149
3.2. Principio de Coordinación con otras Instituciones	157
3.2.1. Relación con el Ministerio Fiscal	157
3.2.1.1. Quejas relativas al funcionamiento de la Justicia.....	157
3.2.1.2. Conductas o hechos presumiblemente delictivos	170
4. Las deficiencias del Procedimiento del Defensor del Pueblo	172
4.1. La conclusión del procedimiento.....	174
4.2. Las relaciones del Defensor del Pueblo con las Cortes Generales y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos con sus respectivos Parlamentos.....	186

4.2.1. La elección del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos	190
4.2.2. La Comisión Mixta.....	197
4.2.3. Los informes: su sentido, su contenido y su tramitación.....	201
4.2.3.1. El Sentido de los informes	202
4.2.3.2. El Contenido.....	207
4.2.3.3. La Tramitación	212
5. La experiencia europea del Ombudsman.....	225
5.1. Naturaleza jurídica	233
5.2. Misión fundamental	234
5.3. El Procedimiento.....	245
5.3.1. El inicio de oficio o a instancia de parte.....	245
5.3.2. La investigación	250
5.3.3. La conclusión del procedimiento.....	253
5.4. Relaciones con el Parlamento	254
5.4.1. La Elección.....	255
5.4.2. La Comisión de Peticiones	256
5.4.3. Los informes. Su contenido y su tramitación	258

LIBRO SEGUNDO. TRES FACTORES DE LAS POLÍTICAS

TERRITORIALES	261
---------------------	-----

El Dominio Público Marítimo-terrestre	263
---	-----

1. Una realidad dinámica ante peligros constantes.....	263
2. Ámbito competencial de las Administraciones Públicas:.....	275
2.1. Los principios de colaboración y coordinación que han de inspirar la actuación de las Administraciones Públicas en materia de Costas	279
3. La determinación del Dominio Público Marítimo-Terrestre	286
3.1. El Deslinde y las quejas relativas al procedimiento.....	287
3.2. La necesidad de modificación de los deslindes existentes. Queja relativa a la inactividad de la Administración	293

3.3. La previsión del deslinde en la planificación urbanística.....	297
4. Uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo-terrestre, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas.....	298
4.1. Las playas y su utilización como Dominio Público Marítimo-Terrestre. La privatización encubierta en las playas en las quejas ante el Defensor del Pueblo.	299
4.2. La accesibilidad a las playas: quejas relativas a las barreras arquitectónicas en los paseos marítimos.....	301
4.3. Las playas y los servicios de temporada: queja relativa a la privatización encubierta.....	305
4.3.1. Las Administraciones competentes. Especial referencia a los establecimientos expendedores de comidas y bebidas	308
4.3.2. El Plan de Explotación/Ocupación Temporal de Playas	311
4.3.2.1. La explotación indirecta de los establecimientos expendedores de comidas y bebidas; sus repercusiones urbanísticas y sanitarias.....	314
4.3.2.2. Las playas y la utilización de embarcaciones y artefactos flotantes en zonas de baño y proximidades.....	319
5. Utilización racional de los bienes en términos acordes con su naturaleza, sus fines, y con el respeto al paisaje, al medio ambiente y al patrimonio histórico.....	327
5.1. La queja de oficio 93/1842. El incumplimiento de las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía	328
5.1.1. La falta de publicación de las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía y su controvertida naturaleza jurídica.....	332
5.1.2. La inobservancia del contenido de las Directrices	334
5.1.2.1. La protección del paisaje y del uso público del litoral	334
5.1.2.2. La participación en el planeamiento urbanístico de las Administraciones Públicas implicadas	337
5.1.2.3. La Coordinación y colaboración en la consecución de los objetivos de las Directrices	339
5.1.2.4. Seguimiento del cumplimiento de las Directrices	341
5.2. Queja de oficio 97/1602 motivada por la ausencia de respuesta expresa e individualizada a las resoluciones del	

Informe Especial sobre la Ordenación y Protección del Espacio Litoral.....	343
6. Adecuado nivel de calidad de las aguas, de la ribera del mar y de la arena de las playas	344
6.1. Vertidos de aguas residuales al mar.....	347
6.2. Demora de la construcción de una depuradora de aguas residuales.....	354
6.3. Incorrecto funcionamiento de las Plantas Depuradoras de Aguas Residuales, así como de los colectores o emisarios submarinos	361
6.4. Deficiente prestación de los servicios municipales en la limpieza de Playas.....	364
6.5. La corresponsabilidad costas-puertos en las tareas de regeneración.....	372
7. La integridad y la adecuada conservación del dominio público marítimo-terrestre a través de la adopción de las medidas de protección y restauración necesarias	376
7.1 Medidas a adoptar por la Demarcación de Costas cuando se ocupa el demanio marítimo-terrestre sin título habilitante o con éste, pero infringiendo sus términos	377
7.2. Medidas a adoptar por la Comunidad Autónoma y por los Ayuntamientos: Los planes de Ordenación del Territorio, la planificación y disciplina urbanística.....	383
 El Patrimonio Histórico	 393
1. La existencia del Patrimonio Histórico, su protección y su puesta en valor	393
2. La experiencia del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz ante el Patrimonio Histórico	413
2.1. Quejas relativas al Patrimonio Arqueológico	422
2.1.1. Las dilaciones en la tramitación de los expedientes de Declaración de Bienes de Interés Cultural	431

2.1.2. El expolio y la ausencia de respuestas administrativas. La problemática de la utilización incontrolada de detectores de metales.....	435
2.1.3. La inactividad de la Administración pública cuando se produce un hallazgo de restos arqueológicos	445
2.1.4. Los retrasos en la realización del Estudio arqueológico.....	452
2.1.5. Los criterios discrepantes en la asunción de los gastos derivados del informe arqueológico	455
2.1.6. Los conflictos de Competencias	460
2.2. Quejas relativas a los bienes inmuebles	462
2.2.1. Las demoras en los expedientes de declaración de Bien de Interés Cultural.	463
2.2.2. Las dilaciones en la aprobación de la planificación de protección del Patrimonio Histórico.....	466
2.2.3. El incumplimiento en la delimitación de los entornos protegidos. La discrecionalidad administrativa y la participación ciudadana.....	477
2.2.4. El excesivo celo de los Ayuntamientos en su labor conservadora del Patrimonio Histórico	489
2.2.5. El incumplimiento de los Entes Locales en sus deberes de información y solicitud de previa autorización a la Consejería de Cultura para la ejecución de obras que afecten a bienes culturales o a sus entornos protegidos.....	495
2.2.6. La falta de conservación de un Bien de Interés Cultural	501
2.2.7. La Descoordinación Administrativa, la falta de resolución expresa y la infracción urbanística en la Protección de un Bien de Interés Cultural	507
2.3. Actuaciones de oficio sobre cuestiones de interés general.....	512
2.3.1. La falta de financiación cultural	512
2.3.2. La falta de racionalidad de los gastos en materia cultural	520
2.3.3. La puesta en valor de los bienes y el acceso ciudadano a los bienes culturales	525
2.3.4. La contaminación visual en el Patrimonio Histórico Cultural.....	534
2.3.4.1. Las consecuencias del Informe especial sobre contaminación visual.....	543

La Contaminación Acústica	549
1. Tratamiento constitucional del Ruido y Bienes jurídicos en conflicto	549
1.1. Tratamiento Constitucional del Ruido	552
1.2. Los Bienes Jurídicos en conflicto	560
2. Ámbito normativo: Títulos competenciales de intervención.....	565
2.1 Protección del medio ambiente	566
2.2. Protección a la salud	572
2.3. Orden público.....	573
2.4. Ordenación del Territorio y Urbanismo.....	576
3. Técnicas que ofrece el Ordenamiento jurídico en la lucha contra el ruido.....	578
3.1. El papel de las ordenanzas	580
3.2. Las licencias.....	583
3.3. La Actividad de policía: El régimen sancionador.....	587
3.4. La planificación urbanística.....	592
3.4.1. Las servidumbres acústicas:	593
3.4.2. Los emplazamientos de las actividades:.....	598
4. La experiencia del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz frente a la Contaminación acústica	604
4.1. La contaminación acústica en el ambiente exterior:	605
4.1.1. Quejas sobre el tráfico rodado:.....	606
4.1.1.1. Actuación de oficio en 61 municipios andaluces sobre la contaminación acústica producida por vehículos a motor.....	607
4.1.1.2. Conculcación del principio de autoridad.....	611
4.1.1.3. Concentración de motos	614
4.1.1.4. Transportes Públicos	616
4.1.1.5. Pasividad de la Administración local y a las escasas medidas de control y vigilancia.....	618
4.1.2. Construcción de nuevas infraestructuras	620
4.1.2.1. Las infraestructuras aeroportuarias	622

4.1.2.1.1. Ampliación del Aeropuerto de Madrid-Barajas	626
4.1.2.1.2. Las bases aéreas. Los peculiares planteamientos del Ministerio de Defensa	632
4.1.2.2. Las infraestructuras de comunicación terrestre	635
4.1.3. Quejas de Oficio sobre el consumo de bebidas en las vías públicas.....	638
4.2. Contaminación acústica con origen en las actividades clasificadas.....	652
4.2.1. Quejas relativas a las actividades agropecuarias	654
4.2.1.1. Las actividades clandestinas.....	654
4.2.1.2. La inadecuada ubicación de las actividades	655
4.2.1.3. La pasividad de la Administración Local	657
4.2.1.4. La ineficacia de las medidas correctoras y su inejecución	661
4.2.2. Quejas relativas a las actividades industriales y comerciales	663
4.2.2.1. Las actividades clandestinas.....	663
4.2.2.2. Licencia inadecuada respecto a la actividad que se desarrolla	667
4.2.2.3. El emplazamiento de las actividades.....	669
4.2.2.4. Medidas correctoras que no se ejecutan o son ineficaces....	673
4.2.2.5. Irregularidades en la concesión de licencias de actividades clasificadas:	678
4.2.2.6. La falta de medios técnicos y de personal de los Ayuntamientos.....	680
4.2.2.7. El problema de la competencia sustitutoria.....	681
4.2.2.8. La pasividad administrativa frente a la denuncia de los vecinos y frente a la actuación del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz.....	685
4.2.3. Quejas relativas a los establecimientos y locales de actividades recreativas.....	689
4.2.3.1. Las actividades clandestinas y las licencias inadecuadas	691
4.2.3.2. La concentración de locales y la ubicación de las ferias	699
4.2.3.3. El incumplimiento del horario de cierre de los establecimientos públicos de diversión	712
4.2.3.4. La falta de Coordinación de las Administraciones Públicas y las irregularidades en actuación administrativa	719

4.2.3.5. La falta de medidas administrativas efectivas y las actitudes de los titulares de la actividad	723
4.2.3.6. La pasividad de las Administraciones públicas.....	741
4.2.3.7. La problemática de los municipios durante los meses de verano.....	746
CONCLUSIONES	755
ANEXO, BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA.....	775
Tabla de quejas analizadas	777
Costas.....	777
Patrimonio Histórico	781
Contaminación acústica	785
Bibliografía.....	799
Índice de Jurisprudencia	823

INTRODUCCIÓN

El trabajo doctoral que lleva por título “El sentido alternativo del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz ante las políticas territoriales: Dominio Público Marítimo-Terrestre, Patrimonio Histórico y Contaminación Acústica” consta de dos partes diferenciadas y a su vez complementarias. En la primera nos centramos en la institución del Defensor del Pueblo, que ha sido calificada como institución de nuevo cuño al ser introducida por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Constitución Española de 1978, concretamente en su artículo 54 y, nos centramos también, en las instituciones homólogas que los Parlamentos Autonómicos han creado en ejercicio de su potestad de autoorganización. En la segunda nos centramos en las aportaciones que el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz han realizado sobre tres factores de las políticas territoriales que inciden muy directamente en la calidad de vida: el Dominio Público Marítimo-Terrestre; el Patrimonio Histórico y la Contaminación Acústica.

Muchos han sido los estudios que se han llevado a cabo sobre el Defensor del Pueblo, estudios excelentes y profundos que han sido realizados por maestros y docentes de distintas disciplinas jurídicas y han sido objeto de oportuna consideración en este trabajo: desde filósofos del Derecho como los profesores Peces-Barba, o Giner de Grados, hasta procesalistas de reconocido prestigio como el profesor Fairén Guillén, sin obviar a expertos constitucionalistas como los profesores Pérez Calvo o Pérez-Ugena Coromina e importantes administrativistas como los profesores Sainz Moreno o Parejo Alfonso. Una especial mención requieren los trabajos de Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado por ser pionero en esta materia, padre del texto de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo y titular de la institución desde 1988 hasta 1993. Porque en sus libros, como docente, y sus informes, como Defensor del Pueblo, ha arrojado luz sobre las funciones del Comisionado Parlamentario de Cortes Generales y le ha dotado de prestigio y autoridad. Este reconocimiento también es extensible a todos aquellos que han tenido la responsabilidad de ser titulares de la institución: Joaquín Ruiz-Giménez (1982-1987), Fernando Álvarez de Miranda (1994-1999) y, desde el año 2000, Enrique Múgica Herzog. Porque con su trabajo han contribuido a dar a conocer la institución, a acercarla al ciudadano y por ende a garantizar los derechos del Título I de la Constitución y procuran hacer de nuestra Administración una Administración más moderna y agilizada o al menos le ha ofrecido valiosas sugerencias y recomendaciones para ello. En este recuerdo a los titulares de la Institución no podemos dejar de referirnos a Margarita Retuerto Buades, primera mujer Defensora del Pueblo en Funciones durante casi dos años (1993-1995) que entre otras aportaciones relevantes cosechó un importante cauce de

relaciones entre la Oficina del Defensor del Pueblo y el Consejo General del Poder Judicial.

Nuestro trabajo estudia esta institución desde una óptica distinta y novedosa que consideramos no ha sido lo suficientemente tenida en cuenta en las monografías publicadas hasta ahora, sin perjuicio de que estas monografías nos han sido imprescindibles para haber descendido hasta las raíces mismas de la institución, su problemática, sus posibilidades y sus zonas oscuras, grises o de difícil comprensión, y también han sido de una ayuda inestimable en el análisis jurídico institucional del Defensor del Pueblo. Pretendemos incorporar y aportar un elemento más que complete la extensa bibliografía del alto Comisionado de las Cortes Generales incidiendo en una idea que hoy en día consideramos crucial, por cuanto representa una de las claves del eslabón perdido de la participación ciudadana en los asuntos públicos, y muy especialmente en la resolución de conflictos público-privados extrajudicialmente.

Podríamos considerar que una primera fase de definición de la Institución del Defensor del Pueblo, como técnica externa de control de la Administración pública, ya ha sido afortunadamente superada, con éxito, en cuanto que se ha diseñado y ha sido rotundamente aceptado como mecanismo de control complementario a los tradicionales existentes.

Actualmente nos encontramos en otra fase en la que el Defensor del Pueblo y los ciudadanos están dando importantes pasos que han de ser secundados por el Legislador y aceptados por la Administración. La sociedad reclama una mayor participación en la vida pública y especialmente en el diseño de las ciudades que habita y son su morada. La sociedad es sujeto, con una cualificación muy relevante, para valorar la actuación de las Administraciones públicas y proponer cambios que redunden en un mejor acceso a ellas y una mejor gestión de los intereses generales.

En esta realidad que se demanda, el Defensor del Pueblo es cauce que hace posible dicha conquista social en cuanto que es Comisionado de las Cortes Generales y en ella reside la soberanía popular. Recibe quejas de los ciudadanos y en ellas se reclaman una solución de su conflicto con la Administración pública, solicitan que el Defensor vele por sus derechos del Título I de la Constitución y éste se sirve de sus facultades mediadoras para la búsqueda de una solución. Es hora de reconocer al Defensor del Pueblo como mecanismo de resolución de conflictos extrajudiciales, aún no reconocido expresamente en su Ley reguladora, como alternativa y complemento de los mecanismos tradicionales de resolución judicial de conflictos. Alternativa en cuanto que proporciona al ciudadano y a la Administración una

resolución de conflictos extrajudicial, rápida, gratuita y con la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades y complemento de los Tribunales en cuanto que los descongiona, los dinamiza y con ello les hace más eficaces.

Intensos fueron los debates constituyentes en la tramitación de la Constitución española y los posteriores debates parlamentarios durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril donde se discutieron sus funciones de control de la Administración pública, pero muy pocas fueron las voces que se levantaron para dotarle de capacidad en la resolución de conflictos. Esta diferencia era fruto de una época, hoy ese momento social e institucional ha cambiado y el debate parlamentario sobre esta segunda cuestión se hace necesario.

Han sido objeto de estudio en esta primera parte la tramitación parlamentaria del artículo 54 de la Constitución, y los comentarios que de dicho artículo se han realizado; la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo; su Reglamento de organización y funcionamiento, aprobado por las mesas del Congreso y el Senado, a propuesta suya, en la reunión conjunta de 6 de abril de 1983; las monografías y artículos relativos a esta Institución; los informes anuales que ha presentado a las Cortes Generales, así como los debates que sobre los mismos se han efectuado tanto en el Pleno de las Cámaras como ante la Comisión Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo y que se hacen públicos a través del diario de sesiones de las Cortes Generales, instrumento de incalculable valor en cuanto que permite conocer las relaciones entre el Comisionado y el Parlamento, las valoraciones que del Comisionado formulan los Parlamentarios y las líneas de tendencia de la actuación de la institución.

Esta primera parte de nuestro trabajo doctoral abarca también la regulación jurídica de las figuras similares al Defensor del Pueblo que han ido surgiendo en las Comunidades autónomas. Estos Comisionados Parlamentarios Autonómicos, si bien en su mayoría han adoptado las mismas competencias y funciones que el Defensor del Pueblo pero circunscrito al ámbito de la Comunidad autónoma respectiva, poseen peculiaridades, como el caso aragonés, el caso castellano leonés y el castellano manchego, que son dignas de ser valoradas y analizadas, peculiaridades que ya se prevén en los Estatutos de Autonomía y que han sido desarrolladas en su normativa propia. El legislador autonómico ha venido a mejorar aspectos que en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo han sido insuficientemente tratados: ha reconocido la directriz mediadora de algunos Comisionados Parlamentarios Autonómicos y ha definido de manera más amplia y completa el concepto de Administración pública que ha de ser supervisada.

En las líneas que siguen destacaremos el mecanismo de relaciones existente entre el Defensor del Pueblo y los Defensores del Pueblo Autonómicos diseñado en la Ley 36/1985, de 6 de noviembre y puesto en práctica a través de acuerdos de cooperación y Coordinación y de la celebración de las Jornadas de Coordinación anual que son objeto de puntual publicación. Aunque ofrecemos una visión general de los Estatutos jurídicos de todos los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, nos hemos centrado especialmente en el Defensor del Pueblo Andaluz por ser Andalucía pionera en esta realidad autonómica, por ser la Comunidad Autónoma española con mayor porcentaje de población, la segunda en extensión territorial, y porque no decirlo, por ser la tierra que nos acoge. Estas referencias singulares se han concretado en el estudio de la tramitación parlamentaria del artículo 46 del Estatuto de Autonomía andaluz y en el estudio del Acuerdo de Cooperación y Colaboración del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz.

Cerrando esta primera parte de nuestro trabajo, analizamos la experiencia europea del Ombudsman. En este epígrafe el Defensor del Pueblo Europeo es objeto de estudio comparativo con nuestro Defensor nacional y los autonómicos. Incidimos en su origen jurídico, su elección, su competencia circunscrita a las actuaciones de mala administración de las instituciones u órganos europeos y en las peculiaridades de su procedimiento, especialmente en su atribución de encontrar una solución amistosa que suprima el caso de mala administración y dé satisfacción al ciudadano. Para ello hemos considerado el Tratado de Maastrich, la Decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones, los informes que presenta al Parlamento Europeo sobre su gestión realizada anualmente, la bibliografía encontrada al respecto y el reciente Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

La segunda parte de nuestro trabajo doctoral es la corroboración práctica de lo expuesto en la primera parte, circunscribiéndolo a tres ámbitos de las políticas territoriales. Esta parte se divide en tres capítulos; el primero dedicado al Dominio Público Marítimo-Terrestre, el segundo al Patrimonio Histórico y el tercero a la Contaminación Acústica. El método de análisis de cada capítulo ha sido el siguiente: hemos analizado el contenido del derecho o los derechos que se encuentran en cada uno de los títulos competenciales para examinar, después, los mecanismos de protección y la responsabilidad de las distintas Administraciones públicas, y en secuencia valoramos las quejas que el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz han recibido de los ciudadanos, así como las quejas que, de oficio, ambas instituciones han iniciado y tramitado con rigor. Con estos datos hemos intentado extraer cuál es la apreciación que los ciudadanos y las instituciones mencionadas

poseen del derecho a la cultura y el derecho del acceso a los bienes culturales, el derecho a disfrutar de las playas en un estado sanitario adecuado y en condiciones de seguridad y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, libre de contaminación acústica. Como complemento de las quejas y con la finalidad de dar un sentido integrador a nuestro trabajo, hemos analizado las posiciones doctrinales y jurisprudenciales en cada uno de los temas referidos.

El estudio ha sido acotado en un doble sentido, primeramente en la franja temporal que comprende la última década del siglo XX y los tres primeros años del siglo XXI, es decir el periodo de trece años que va desde 1990 a 2003. La segunda acotación la hemos situado en las figuras que estudiamos que se limita, al igual que en la primera parte de nuestro trabajo, a los informes del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz, por idénticas razones a las anteriormente expuestas y porque el estudio de los informes anuales y especiales de los últimos trece años de cada uno de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos sobre las materias expuestas son difíciles de homologar y de obtener.

La elección de los temas expuestos se asienta en varios motivos: estos derechos que podríamos situar insertos en el derecho al medio ambiente, entendiendo éste en un sentido amplio y por tanto referido al entorno en el que se mueve la vida humana, están afectados en su efectivo ejercicio por la condición de ser principios rectores de la política social y económica, enunciados en el Capítulo III del Título I de la Constitución Española. El Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz desarrollan una actividad importante y eficaz en este ámbito puesto que tutelan derechos que inciden en aspectos de la vida del ciudadano en relación con la Administración, cuya protección jurisdiccional resulta difícil o imposible. Recordemos que estos principios sólo pueden ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, sin perjuicio de que han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, por tanto la Administración ha de reconocerlos, protegerlos, y respetarlos; este reconocimiento, esta protección y este respeto es lo que va a supervisar el alto Comisionado de las Cortes Generales y el Comisionado del Parlamento Andaluz.

Además de ello, el Dominio Público Marítimo-Terrestre, el Patrimonio Histórico y la Contaminación Acústica, comparten entre sí, otras dos características cuáles son: su diseño a través de una planificación donde prima el principio de participación ciudadana y de publicidad y su protección a través del ejercicio de la acción pública. Es decir son parcelas de las políticas públicas que afectan con especial intensidad a la calidad de vida de los ciudadanos y en consecuencia donde

estos reclaman un mayor protagonismo en la fase previa de planificación y en la posterior de resolución de conflictos.

Hemos elegido tres ámbitos de políticas territoriales públicas que se sitúan cada una de ellas en tres elementos en los que se desarrolla la vida, el agua, la tierra y el aire, donde las nuevas técnicas de resolución extrajudicial de conflictos son experimentadas a través de las funciones mediadoras de los Comisionados Parlamentarios, con la voluntad de avanzar en el objetivo de la resolución convencional de los conflictos, con la constancia de que los ciudadanos depositan su confianza y, en algunos casos, sus últimas esperanzas en ellos que recuerdan constantemente a la Administración su naturaleza instrumental y la necesidad de humanizar sus relaciones con los ciudadanos.

El conjunto del trabajo que presentamos como Tesis Doctoral se ha propuesto ordenar los datos fenomenológicos que afectan a las tres áreas mencionadas por ser particularmente significativas de la gestión pública y ha tratado de apreciar la funcionalidad del sentido alternativo con el que ha sido configurada la institución del Defensor del Pueblo. La metodología de la tópica jurisprudencial, proyectada en este caso, en las quejas y escritos que se presentan ante el Defensor del Pueblo, ha sido la referencia para el análisis de las categorías e instituciones que orienta este estudio, integrando también los datos provenientes de la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa y ofreciendo una perspectiva conectada a las preocupaciones doctrinales expresadas por los profesores Alejandro Nieto García, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer y Tomás Ramón Fernández¹, manifestadas también por la jurisprudencia², sobre la discrecionalidad de las instituciones y la necesidad de que el sistema jurídico controle sus aún vivaces prácticas para poder llegar a configurar un ordenamiento jurídico en el que los valores y principios

¹ Vid. NIETO Alejandro, *La balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, 1ª Edición, 298 páginas; NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el Revés. Diálogo Epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, 1ª Edición, 272 páginas; NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, 1ª edición, 448 páginas; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Editorial Cívitas, Madrid, 1999, 3ª edición ampliada, 260 páginas; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo “*Del control de la Discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial*”, *Revista de Administración Pública*, números 100 – 102, 1998, págs. 1083-1099; VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, prólogo de Eduardo García de Enterría; traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Editorial Taurus, Madrid, 1964, 143 páginas (imp. 1986).

² Vid. la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2003, de la que fue ponente Ricardo Enríquez Sancho, EDJ 2003/50160.

constitucionales tengan coherente y efectiva materialización en los derechos de los ciudadanos.

LIBRO PRIMERO.
EL SENTIDO ALTERNATIVO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

1. El colapso de los Tribunales y la búsqueda de mecanismos alternativos en la figura del Defensor del Pueblo. Las diferentes etapas

La actual situación de la Justicia y especialmente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se caracteriza por la saturación¹. Esta circunstancia agrava las demoras y causa, en muchos casos, la pérdida del sentido de los recursos y la efectividad de las sentencias. ¿Dónde queda la eficacia? ¿Donde queda la defensa de los derechos de los ciudadanos? Ello conlleva a una situación de crisis que para superarse, entre otras medidas, requiere de técnicas alternativas de resolución extrajudicial. De esta manera, muchos de los conflictos entre las Administraciones públicas y los particulares llegarían a una resolución sin recurrir a los tribunales con las bondades que de ello se puede predicar y que no son otras que, desde el punto de vista del ciudadano y la Administración, el mutuo acuerdo y la asunción como propia de la solución, el ahorro de gasto económico y de tiempo; y desde el punto de vista de los tribunales, la descongestión de los mismos.

El origen de esta saturación se encuentra en el modelo de Administración que hemos asumido a partir del siglo XX. Mientras que la Administración del siglo XIX, inspirada bajo la ideología liberal y la célebre máxima “dejar hacer, dejar pasar”, era una Administración que únicamente tenía que encargarse de la justicia, la policía, las finanzas, la guerra, las relaciones exteriores y todo lo demás quedaba a la iniciativa

¹ Desde la doctrina el profesor Nieto nos ofrece los siguientes detalles: en las Sala 3ª de los Tribunales Superiores de Justicia sólo un 1% de los procedimientos dura menos de un año, mientras que el 30% tiene una duración media de uno a tres años y un 69% tarda más de tres años en resolverse. A lo que hay que añadir el inevitable recurso ante el Tribunal Supremo, cuya duración, salvo excepciones, dura entre tres y nueve años. Un ejemplo: al iniciarse el año 1999 había pendientes en la Sala 3ª del TS 26.000 asuntos, de los que se resolvieron 11.000, pero como en el entretanto habían ingresado otros 13.000, el saldo negativo de fin de año había aumentado a 28.000. NIETO Alejandro, *La balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, 298 páginas, cit, págs. 78 y 79.

Desde el Consejo General del Poder Judicial se ofrecen los siguientes datos sobre los movimientos de asuntos en el 2003 de la jurisdicción Contencioso-administrativa: los juzgados de lo contencioso-administrativos registraron 74.277 nuevos casos de los cuales 74.135 fueron resueltos, pero el número de casos en tramitación a final de año como consecuencia de las causas acumuladas de años anteriores es 38.308; Los Tribunales Superiores de Justicia registraron 102.966 nuevas causas de las cuales se resolvieron 101.490, quedando a final de año 216.906 asuntos en tramitación; el Tribunal Supremo registró 10.057 asuntos de los que resolvió 9.530, quedando en tramitación a final de año 21.381. La Justicia dato a dato, año 2003, publicación del Consejo General del Poder Judicial, diapositiva 28.

de los particulares, en el siglo XX el Estado tiene que hacer frente a una serie de competencias y la Administración se va extendiendo, se va burocratizando y se va haciendo una Administración interventora y tentacular.

La sociedad ha sufrido una profunda transformación acompañada por una presencia cada día más activa de la Administración en la vida de los ciudadanos. Esta intervención, necesaria para garantizar los derechos, provoca un aumento de disfunciones en la actuación de los servidores públicos. Pero esta necesidad de intervención en los más diversos campos de la sociedad hace que el ciudadano se vea obligado a abrirse paso cada día ante un bosque no sólo de leyes, sino también de disposiciones nacionales e internacionales complejas y en algunos casos alejadas del fin original querido por el legislador. Cada vez más en nuestras sociedades se elevan barreras y se abren fosos entre tales quejas y la realización efectiva de las mismas, entre las proclamaciones formales y la vigencia efectiva de los derechos, resultando esta relación continua de los ciudadanos con la administración agobiante porque en muchas ocasiones estas relaciones están sustentadas sobre una estructura compleja que con excesiva frecuencia ignora en sus actuaciones lo que es la coordinación entre órganos y cuyas decisiones llegan al ciudadano por las vías más variadas, en un lenguaje no fácilmente comprensible y casi siempre con un carácter imperativo difícilmente discutible para quien no sea un especialista en leyes o no tenga los medios económicos para conseguirlo. Todo ello sitúa, en no pocas ocasiones, al ciudadano objeto de una queja en un terreno de notoria inferioridad para incluso hacer valer o utilizar los instrumentos de defensa que el Estado pone a su disposición.

Esta Administración necesita un control, a nuestro juicio, más allá del sistema tradicional de control, es decir más allá del principio de jerarquía de la propia Administración, más allá del control parlamentario, en su versión preguntas parlamentarias, mociones, interpelaciones o comisión de investigación, y más allá del control judicial que es un procedimiento caro y lento. Si llegamos a la conclusión de que estos controles o no cumplen su función o son excesivamente caros y lentos se deduce la necesidad de introducir en nuestro Derecho una nueva figura que fiscalice, que controle la Administración y que tenga como objetivo básico, como misión principal, la de defender los derechos fundamentales consagrados en el Título I de la Constitución. Como afirma ROVIRA VIÑAS las nuevas realidades exigen nuevas legalidades, en definitiva nuevos comportamientos. El funcionamiento tradicional del

Estado y su Administración, que no es ideal pero sí necesario, ya sólo sirve para decirnos lo que es evidente y la política tiene sentido si inventa nuevas perspectivas².

Ante este panorama, nuestra Constitución nos ha dotado de una Institución que podría encarnar una de estas técnicas alternativas de resolución extrajudicial de Conflictos. Si atendemos al artículo 54 de nuestra Carta Magna, ubicado en el Capítulo IV del Título I de la Constitución y cuya rúbrica es “*De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*”, se consagra la figura del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en su Título I, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

Partiendo de este artículo constitucional argumentaremos, a lo largo de nuestro trabajo, que la institución del Defensor del Pueblo, así como los Comisionados de los Parlamentos Autonómicos son, no sólo, instrumentos de control externo de la Administración, sino también, instituciones concebidas para resolver los conflictos de los ciudadanos con la Administración desde la persuasión, desde el diálogo, desde la mediación, utilizando como único instrumento la fuerza de la palabra y la razón. Son magistraturas de persuasión u opinión llamadas a hacer cultura de paz en lo cotidiano, en lo más cercano. Son por tanto capaces de adentrarse tanto en una crítica de acciones y conductas que puedan considerarse ilegales, como en comportamientos que entran dentro del marco formal de la ley, pero que sean ineficaces, morosos, o en ocasiones, incluso, contrarios a la ética siempre que afecten a los derechos y libertades de los ciudadanos. Por ello el gran valor de la Institución ha de derivar de su autoridad (*auctoritas*) y de su funcionamiento informal y ágil.

Si concebimos al Defensor del Pueblo y a los Comisionados Parlamentario autonómicos de esta manera ya nos encontramos ante un control que va más allá del sistema tradicional, pero cuya coexistencia ha de ser, respetuosa, pacífica y coordinada con éste. De hecho, es pacífica y coordinada, pues como veremos, la magistratura de persuasión u opinión que encarnan las instituciones que vamos a analizar no pretende sustituir a los medios tradicionales de control en la defensa de los derechos y libertados del Título I de la Constitución, sino que persiguen la finalidad de complementarlos, dinamizarlos y, con ello, hacerlos más eficaces.

² Vid. ROVIRA VIÑAS, Antonio, “*La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos*”, XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 105 – 113.

La idea que se sostuvo en el debate mantenido en el Senado³ sobre el nacimiento de la institución no es otra que la respuesta a la crisis en la se encuentran sumidas las instituciones clásicas en el siglo XX para hacer frente al control de la actuación de una Administración cada vez más intervencionista y que genera un mayor número de quejas e insatisfacciones de los ciudadanos que necesitan sentirse protegidos contra la injusticia, el abuso de poder o coacción... Sería una ilusión jurídica, al menos por dos razones, decir que con el simple control parlamentario y judicial de la Administración, el ciudadano se encuentra eficaz y suficientemente protegido ante el actuar injusto de las Administraciones públicas.

La primera razón se asienta en la insuficiencia del Parlamento para ser un medio eficaz de la fiscalización diaria y constante de la actividad administrativa, ya que, por un lado, las interpelaciones y preguntas solo alcanzan relieve cuando el asunto despierta interés político; y por otro lado resulta evidente que las Cámaras legislativas, a través de las comisiones parlamentarias de investigación, no pueden investigar todas ni la mayoría de las anomalías de que tengan conocimiento y, además, siempre estarán influenciadas por un matiz político. La segunda razón se refiere a la insuficiencia del control judicial en un doble aspecto: primero, en aquellos casos que entran dentro de su jurisdicción al perseguir el sometimiento de la Administración a la legalidad porque sólo conoce de una parte mínima de los casos en que los particulares están disconformes con la actividad administrativa, la mayoría de las veces debido a que el funcionamiento del Contencioso-administrativo presenta como una barrera infranqueable por el rigorismo de algunos requisitos procesales para recurrir tales como los plazos, por la lentitud, el coste económico, los privilegios de la posible suspensión o la inexecución de la sentencia; y segundo, porque los tribunales sólo vigilan la aplicación de la ley y por tanto quedan fuera de su jurisdicción las prácticas y actuaciones administrativas que aún siendo formalmente legales son injustas o poco éticas.

Es precisamente en este ámbito donde el Defensor del Pueblo debe tener una especial relevancia y con ello debe dejarse claro que el Ombudsman no es un competidor molesto de los tribunales de justicia, sino un colaborador, y que la labor represiva de los tribunales debe quedar completada con la labor preventiva del Defensor. Se trata así de crear un medio de control que no reste primacía a las formas

³ Intervención del senador Ojeda Escobar en la sesión plenaria celebrada el 17 de febrero de 1981 en la Cámara alta con motivo de la tramitación de la LODP y publicada en el Diario de Sesiones del Senado núm. 93, cit. Pág. 4837.

clásicas ya que no debe valorarse como un sistema alternativo al de la justicia formal sino como una técnica complementaria de la misma.

Por tanto los argumentos a favor de la actividad mediadora del Defensor se podría resumir con la siguiente cita: *“frente al control jerárquico, privativo de la propia Administración, el Ombudsman ofrece la ventaja de tratarse de un órgano externo, ajeno a ella. Frente al control parlamentario, insuficiente para atender a todos los casos y caldeado por móviles y maniobras políticas, presenta la objetividad y profesionalidad de la función. Frente al carácter costoso y lento del control judicial, ofrece, como ya se ha dicho en otras ocasiones, un procedimiento ágil, gratuito rápido y flexible. Al administrado le basta con dirigir un escrito desprovisto de formalidades, y la actuación se pone en marcha: examen en todas las dependencias administrativas, no se precisa asistencia técnica alguna para el reclamante ni caben los argumentos sutiles, dilaciones, prácticas de prueba y demoras que un letrado puede utilizar.”*⁴

Afirmamos por tanto que la mediación es la directriz de funcionamiento del Defensor del Pueblo y sus equivalentes autonómicos y aunque hoy esta función mediadora del Defensor del Pueblo y sus equivalentes autonómicos es práctica común asumida, no siempre fue así y de hecho ello se deja sentir en el articulado de las leyes que establecen sus respectivos regímenes jurídicos. Así, mientras que en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (en adelante LODP) no se reconoce expresamente esta función al igual que en la las leyes autonómicas del Defensor del Pueblo Andaluz⁵, del Diputado del Común, del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha y del Síndico de Agravios, las leyes autonómicas del Justicia de Aragón, del Sindic de Greuges de Baleares, del Valedor del Pueblo Gallego, del Procurador del Común, del Sindic de Greuges de Cataluña y del Ararteko si la han reconocido con distintas expresiones.

Pero vayamos por partes, analicemos primero cual fue la voluntad del constituyente ante las funciones del Defensor del Pueblo durante la tramitación del artículo 54 de nuestra Ley de Leyes para después analizar cual fue la voluntad del

⁴ Vid. PELLÓN RIVERO, R. *El Defensor del Pueblo. Legislación Española y Derecho Comparado*. Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, 1982, Madrid. 3ª edición Cit, págs. 19 y 20.

⁵ Mientras la Ley guarda silencio, esta importante y eficaz función si se reconoce en el artículo 26 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento en los siguientes términos: *“El Defensor del Pueblo Andaluz podrá proponer, en el marco de la legislación vigente, al Departamento, organismo o entidad afectados fórmulas de conciliación o acuerdo que faciliten una solución positiva y rápida de las quejas”*.

legislador a través del análisis del *iter* parlamentario de la LODP y su actual articulado.

1.1. El tratamiento constitucional del artículo 54 en cuanto a las funciones del Defensor del Pueblo:

El Defensor del Pueblo en el debate de elaboración de la Constitución no levantó apenas polémica ni suscitó discusión, ni un solo diputado o senador se planteó a fondo el problema haciendo gala de un notable desinterés por el tema. Los diputados y los senadores, pero especialmente los primeros, dejaron constancia, escrita y pública, de hasta qué punto ignoraban el verdadero alcance de la institución que estaban aprobando.

Una primera aproximación a la afirmación mantenida *ut supra*, podría llevarse a cabo a través de la reproducción de los distintos textos que se aprobaron desde la originaria configuración del artículo 46 del Anteproyecto de la Constitución hasta el actual artículo 54 de nuestra Carta Magna de 1978.

De este primer acercamiento se puede percibir, no solo la introducción de expresiones o la utilización de términos que de haberse mantenido en la redacción final del artículo hubieran incorporado un grado máximo de confusión a sus funciones, competencias y ámbito de actuación, sino que también se puede observar la ausencia de notas importantes en la redacción originaria que configuraba al precepto como una definición vaga e imprecisa.

El texto del artículo 46 del anteproyecto fue el siguiente⁶:

“Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, para la defensa de los derechos comprendidos en este título, quien en todo caso, podrá ejercer las acciones a que se refiere el apartado dos del artículo anterior⁷.”

⁶ B.O.C. núm. 44, de 5 enero de 1978.

⁷ Artículo 45.2 del Anteproyecto: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos reconocidos en el capítulo segundo ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso extraordinario de amparo ante el tribunal constitucional.”. B.O.C. núm. 44, de 5 enero de 1978, págs. 676.

Desde el punto de vista técnico y de contenido lo más significativo de este artículo, en palabras del Profesor GIL-ROBLES⁸, era la omisión de aspectos importantes tanto desde el punto de vista funcional como organizativo. Se silencia de forma absoluta la posibilidad de que el Defensor del Pueblo pueda controlar o fiscalizar a la Administración Pública, no se precisa que sean las Cortes Generales quienes elijan al Defensor, tampoco se indica que es responsable de su gestión y que ha de dar cuentas de la misma ante las Cortes.

En contrapartida a la ausencia de todos estos rasgos definidores del Ombudsman concebido en el Derecho comparado, el precepto del anteproyecto convierte al Defensor en posible litigante ante los tribunales a través del recurso extraordinario de amparo y a través de la vía sumaria del artículo 45.2. De esta forma la concepción originaria del Defensor del Pueblo emergente del artículo 46 se separa de la concepción del Ombudsman de Derecho comparado, no solo por defecto sino también por exceso.

En síntesis, el resultado de los trabajos de la ponencia es una redacción confusa que de haber prosperado hubiera dado entrada en nuestro ordenamiento a una figura que reunía todas las características necesarias para su inutilidad futura.

Desde el punto de vista de la crónica parlamentaria, sobre este precepto no se propuso voto particular por los ponentes de los distintos grupos parlamentarios, y si bien en un principio podemos deducir que existía absoluto acuerdo en la redacción del mismo, lo que subyace en la ausencia de voto particular no es más que la manifestación del poco interés que suscitó la institución del Defensor.

En los discursos inaugurales de las sesiones de trabajo de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, que pronunció cada representante de los diferentes grupos parlamentarios esbozando los criterios generales de cada partido en cuanto a la futura Constitución, únicamente se hicieron dos referencias expresas al Defensor del Pueblo, una de la mano de D. Gregorio PECES-BARBA⁹, y la otra de D. Manuel FRAGA IRIBARNE. En palabras del

⁸ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A., *El Defensor del Pueblo (comentarios en torno a una proposición de ley orgánica)*. Edit. Civitas, Madrid, 1979, cit. Pág. 29.

⁹ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. *El Defensor del Pueblo. (Comentarios... cit. pag. 15*. Reproduzco en esta nota a pie de página el último párrafo de la introducción de la obra con la finalidad de destacar que aún siendo la tónica general el escepticismo sobre esta institución, si existían posturas individuales con una privilegiada concepción clarividente que había conectado con la esencia de la institución del Defensor y que auguraban, por ello su futuro éxito: “*Es justo reconocer también que fue Gregorio PECES-BARBA, a quién se debe la iniciativa de que en nuestra Constitución se*

entonces Secretario General del Grupo Parlamentario Socialista, toda Constitución debe cumplir una función de legitimidad, de seguridad y de justicia. Por la primera de estas funciones, la de legitimación, se da respetabilidad democrática al Estado, se adopta un determinado modelo de organización, se da en el fundamento de la soberanía popular, en el fundamento del poder constituyente, el derecho y la legitimación a todas y a cada una de las instituciones del Estado; ahora bien, esta función queda en pura retórica si no existe en el contenido de las otras dos funciones: la de seguridad y la de justicia. La legitimación, la seguridad y la justicia, se constituyen, por tanto, en pilares básicos de la Constitución, y en virtud de las mismas y especialmente de la última se organiza *“la garantía de los derechos y las libertades, y de la propia supervivencia de la Constitución; y se dan funciones de control en esta materia a los Tribunales ordinarios, al Ombudsman y al Tribunal Constitucional.”*¹⁰

Por su parte D. Manuel FRAGA IRIBARNE, en su discurso de la solemne sesión inaugural de los trabajos de la Comisión, expresó en torno a las cuestiones que se refieren a la organización de la Justicia y a las garantías constitucionales que su grupo político apoyaba plenamente la idea de una justicia totalmente independiente y libre de toda clase de vínculos políticos o sindicales, defendiendo la idea de un Tribunal Constitucional que hiciera de la Constitución una norma efectiva, y *“la figura de un Defensor del Pueblo que haga palpable la tutela efectiva de las libertades públicas para todos los ciudadanos.”*¹¹

Aquí terminan en la Comisión todas las referencias expresas a la institución del Defensor del Pueblo que conozcamos pues se carecen de datos fehacientes sobre las discusiones habidas y criterios mantenidos tanto en la ponencia de la Comisión constitucional provisional del Congreso, como en la Comisión Mixta Congreso-Senado.

Ello se debió al secreto y sigilo a que se vieron sometidas sus deliberaciones, consecuencia del acuerdo entre los partidos implicados. Este acuerdo de confidencialidad ha sido objeto de una doble valoración: por un lado

haya dado entrada al Ombudsman, quien actuó en este caso como elemento catalizador, al encargarme la redacción de un proyecto de ley que diera vida a las previsiones del artículo 54”.

¹⁰ “Constitución Española: Trabajos Parlamentarios”, Volumen I, Cortes Generales, 2ª Edición preparada por Fernando SAINZ MORENO y Mercedes HERRERO DE PADURA, Volumen I, 1989, Madrid, cit. pág. 647.

¹¹ SAINZ MORENO, F. *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I ... cit. pág. 660.

PECES-BARBA¹² califica esta confidencialidad sobre los trabajos de la ponencia que incluía las propuestas de los distintos grupos, las deliberaciones, los acuerdos que se alcanzasen los comunicados y las declaraciones de los ponentes a título personal sobre temas constitucionales, de oportuna y acertada puesto que suponía trabajar, en un primer borrador, con sosiego, sin interferencias ni presiones de los grupos de interés y los sectores sociales o las instituciones afectadas, y que tuvo como resultado un primer texto, mejor o peor, pero que dependía sólo del acuerdo de siete personas.

En su aspecto más negativo ha supuesto que nos quedemos sin conocer, por fuentes formales y oficiales, una serie de datos extraordinariamente interesantes, que hubiesen supuesto una fuente de análisis sobre el origen, alcance, características y futuro del Defensor del Pueblo ya que, aunque como expone el profesor PECES-BARBA, en noviembre de 1977 se produjo la filtración de los trabajos de la ponencia en la Revista “Cuadernos para el diálogo” esta filtración sólo tuvo por objeto el texto de la ponencia y no sus discusiones ni sus motivaciones¹³. La valoración negativa viene sobre el secreto y el sigilo a que se vieron sometidas las deliberaciones de la mano del profesor GIL-ROBLES. En opinión del profesor si bien la reserva y el secreto se pueden entender circunstancialmente y en base a un principio de eficacia, pierden toda su justificación histórica cuando se pretenden convertir en definitivas, porque con esta fórmula, es decir, la publicación parcial en el Diario de Sesiones de las actas de las reuniones de la Comisión mixta, se está hurtando al conocimiento público datos de inestimable valor para conocer cuáles fueron los criterios y argumentos que zanjaron las diferencias entre Congreso y Senado que dieron lugar al texto definitivo de la Constitución.

En la votación y aprobación por el Pleno del Congreso el artículo 46 pasó a ser el 49 y la redacción dada fue¹⁴:

¹² La adopción de este “pacto entre caballeros” de confidencialidad de los trabajos de la Ponencia, su motivación y la trascendencia del mismo se encuentra descrito en *La elaboración de la Constitución de 1978*, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988; cit. págs 31 a 34.

¹³ Esta ausencia de fuentes oficiales y formales nos han llevado a consultar los libros escritos por algunos de los protagonistas del proceso de tramitación de la Constitución donde se recogen las reflexiones y la valoración política y personal de las posiciones de los partidos, del gobierno y de las principales fuerzas sociales.

¹⁴ B.O.C. número 135, de 24 de julio de 1978, pag. 2957.

“1. Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este título.

2. El defensor del Pueblo velará igualmente por el respeto a los principios del Estado de Derecho por parte de los poderes públicos, supervisando la actividad de la Administración e informando a las Cortes Generales.”

Al igual que en la fase parlamentaria anterior, no deja de ser revelador el superficial tratamiento del que fue objeto la institución del Defensor del Pueblo en la sesión del Pleno del Congreso celebrada el 4 de julio de 1978 para discutir el Proyecto de Constitución, donde el fenómeno de la ausencia de referencia expresa es mas palpable ya que sólo D. Manuel Fraga hace una mención a la institución objeto de esta investigación.

Aún calificándose esta mención de escueta y telegráfica, es de justicia reconocer que fue el único que situó al Defensor del Pueblo entre las instituciones primarias de la comunidad política junto con la Corona, el Parlamento, el Gobierno y la Administración, una Justicia independiente y un Tribunal Constitucional. Aún así, es suficientemente elocuente su falta de criterio claro sobre esta institución porque tras explicar en el discurso su visión y criterio general sobre cada una de las instituciones primarias, deja justo sin tocar la del Defensor del Pueblo.

Ningún grupo parlamentario o partido político de los que participaron en la redacción del Anteproyecto se planteó una fórmula distinta del artículo 46¹⁵. Con ello se desprende una conclusión lógica: el artículo 46 formaba parte del grupo de artículos consensuados o, al menos, no discutidos y aceptados por todos los grupos. Esta situación que se produjo en enero de 1978, cambia con posterioridad a la hora de formular las enmiendas, ya que, prácticamente, todos los grupos parlamentarios, haciendo uso del derecho que les concedía el artículo 113 del Reglamento

¹⁵ Grupos parlamentarios de Alianza Popular, Comunista, Minoría Catalana, Socialistas y Unión de Centro Democrático.

provisional del Congreso de los Diputados¹⁶, presentaron las suyas provocando una primera modificación del artículo 46 que pasará más tarde a ser el 49¹⁷.

A continuación vamos a analizar las enmiendas que se presentaron a este artículo relacionadas con la definición de sus competencias.

La enmienda número 498¹⁸, que finalmente no fue aprobada, proponía el cambio de denominación “Comisionado parlamentario”. Este cambio, siguiendo las palabras del profesor GIL-ROBLES, tendría por finalidad reducir el aire demagógico del Título del Defensor del Pueblo. El resto del precepto presenta una redacción lo bastante confusa, así por ejemplo, la expresión “*poderes públicos*” que introduce un factor de tremenda distorsión puesto que poderes públicos son desde la Administración y el Gobierno hasta la Judicatura, el Parlamento y el propio Jefe del Estado. Con esta fórmula el Comisionado Parlamentario se hubiera convertido en un superpoder prácticamente incontrolado. En cuanto a sus poderes, por un lado se reduce a la mera realización de recomendaciones para la defensa de los derechos fundamentales, y por otro lado, se extiende al poder de recabar la tutela de los derechos reconocidos en el capítulo segundo ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso extraordinario de amparo ante el Tribunal Constitucional.

En el texto del artículo 46 del Anteproyecto y en la enmienda analizada hasta ahora observamos como la función del Defensor del Pueblo se circunscribe a la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, sin hacer mención alguna a la facultad de supervisar la actividad de la Administración Pública. Es a raíz de la enmienda número 391¹⁹ y número 697²⁰, ambas aprobadas, cuando se plantea esta

¹⁶ Artículo 113: “1. Una vez finalizado el trabajo de la Ponencia, se publicará el anteproyecto y los votos particulares, si los hubiere, en el Boletín Oficial de las Cortes, abriéndose un plazo de 20 días naturales para la presentación de enmiendas, en el que todos los Grupos parlamentarios y Diputados podrán proponer modificaciones de orden general a aquél, así como propuestas concretas de redacción en los puntos que consideren oportunos.”

¹⁷ B.O.C., número 82, de 17 de abril de 1977, págs. 1624 y 1625.

¹⁸ Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Mixto: Primer firmante, don Raúl Morodo Leoncio, proponiendo la redacción siguiente: “1. Las Cortes Generales nombrarán el Comisionado Parlamentario, quien de oficio o a instancia de los ciudadanos podrá dirigirse a los poderes públicos haciendo las recomendaciones necesarias para la defensa de los derechos fundamentales. 2. El Comisionado Parlamentario para dicha defensa podrá ejercitar las acciones a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior. 3. Las Cortes regularán esta institución, cuya titularidad no recaerá en un parlamentario.” Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I... Cit. pag. 330

¹⁹ Enmienda número 391. Grupo Socialista del Congreso. Texto que se propone: “Una Ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes

posibilidad. Si bien la fórmula utilizada en esta primera enmienda para predicar el control de la Administración por parte del Defensor es calificada por el profesor GIL-ROBLES como pobre y confusa. La segunda de las enmiendas se aproxima de forma mucho más clara a la verdadera esencia de la institución porque el supervisar la actuación de las Administraciones Públicas ha sido la razón de ser del Ombudsman, mientras que el informe y la publicidad del mismo, su gran arma en orden a la eficacia de su gestión. Los comunistas proponen este segundo párrafo para ampliar el marco de la competencia del Defensor de conformidad con el derecho comparado y con las necesidades sociales. Pero es radicalmente criticable la referencia a los poderes públicos, por las razones expuestas en el comentario a la enmienda número 498, formulada por don Raúl Morodo del Grupo Parlamentario Mixto.

Significativas peculiaridades aporta el análisis de la última enmienda presentada en este trámite que lleva por número el 779²¹ y fue parcialmente aprobada. Las peculiaridades se predicen no solo por sus aciertos sino también por sus graves errores. Entre los primeros la advertencia entre los posibles roces o conflictos entre el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal; y entre los segundos, la comparación de regímenes político-administrativos muy diferentes.

Iniciemos el comentario precisando que las coordenadas de la enmienda de U.C.D. están definidas por tres puntos esenciales: la imprecisión, el recorte de competencias y el miedo.

Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título y de la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Administración Pública. El Defensor del Pueblo, en todo caso, podrá ejercer las acciones a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior". Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I... Cit. pag. 295.

²⁰ Enmienda número 697. Grupo Parlamentario Comunista. Añadir un nuevo párrafo que diga lo siguiente: "2. El defensor del Pueblo velará igualmente por el respeto a los principios del Estado de Derecho por parte de los Poderes Públicos, supervisando la actividad de la administración e informando a las Cortes Generales". Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I... Cit. pag. 425.

²¹ Enmienda número 779. Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático: "Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos de los ciudadanos. Todos los ciudadanos podrán presentar sus quejas y reclamaciones al Defensor del Pueblo, quien las tramitará sin poder decisorio, dirigiendo a los órganos administrativos correspondientes las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar injusticias o trasladando el expediente al Fiscal del Reino. Su actuación no podrá invadir aquellos medios de tutela reservados por las leyes a los Tribunales de Justicia o al Ministerio Fiscal". Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I... Cit. pag. 749.

Imprecisión por cuanto que se le atribuye como competencia esencial “la defensa de los derechos de los ciudadanos”, esta fórmula es sumamente genérica y vaga puesto que no precisa frente a quién se defiende los derechos, ni a qué derechos se refiere.

Recorte de competencias y miedo por cuanto que expresamente se le niega el poder decisorio a sus recomendaciones, reduciéndosele a una mera actividad de recomendación a los órganos administrativos para prevenir y reparar injusticias, con la semioculta finalidad de evitar que se convirtiera en un instrumento eficaz de control y apartarle de la actuación ante los tribunales y más en concreto del Tribunal Constitucional²². Nos aventuraríamos a decir que la redacción de este precepto es aquel que da un sector parlamentario, que no cree en la institución que pretende regular y que tampoco cree que su institucionalización sea necesaria, como respuesta a otro amplio sector que si estima necesario no solo la implantación de esta institución sino la dotación de poderes que la hagan eficaz en su gestión y funcionamiento.

Toda la justificación o exposición de motivos que acompaña a la enmienda tiende fundamentalmente a justificar el recorte de competencias, y es necesario realizar una puntualización: en la motivación se recurre a citar como ejemplos de defensores con un criterio restrictivo de competencias los casos de Gran Bretaña y de Francia, y estos son los ejemplos más discutidos en su adaptación ya que son los que más han desvirtuado la figura original del Ombudsman²³. Por otro lado, y en cuanto a

²² Observemos en el texto de la enmienda que se suprime toda referencia a la posibilidad de ejercitar las acciones del apartado 2 del artículo 45 del Anteproyecto: el recurso extraordinario de amparo, ante el Tribunal Constitucional y la vía del procedimiento basado en principios de preferencia y sumariedad ante los tribunales ordinarios.

²³ Es comúnmente aceptado por la doctrina que nuestro Defensor del Pueblo tiene su origen más próximo en el Ombudsman sueco, una característica esencial de éste era su acceso directo al mismo. En relación a esta característica esencial hagamos una precisión respecto a las peculiaridades de figuras análogas implantadas en otros países: el Médiateur francés, y el Parliamentary Commissioner of Administration

Por lo que se refiere al Médiater francés, a diferencia del Ombudsman sueco y del Defensor del Pueblo español, no puede actuar de oficio, sino que su modo de actuación comienza con la iniciación del procedimiento a instancias de un miembro del Parlamento, y por tanto es al parlamentario a quien le corresponde decidir la presentación de la queja ante el médiateur. Esta misma característica se predica el Parliamentary Commissioner of Administration, el cual tampoco puede actuar de oficio sino que ha de limitarse a investigar aquellas quejas que le han sido transmitidas por los parlamentarios. Aunque esta intermediación de los diputados o senadores se ha intentado justificar en base al principio de que en los países de una población numerosa el acceso directo puede suponer el desbordamiento de la institución, lo cierto es que este filtro entre el ciudadano y el médiateur y el Parliamentary Commissioner of Administration no ha tenido otra razón de ser que el injustificado recelo de una autentica independencia de esta institución en el ejercicio de sus funciones, respecto al

la tajante y rotunda negativa de la posibilidad del Defensor de ejercitar acciones, hay que precisar que originariamente el Ombudsman se implantó en los Países Nórdicos, y especialmente en Suecia, para controlar entre otras instituciones la actividad de los jueces y magistrados, y que desde luego ha tenido y aún tiene en algunos de estos países la posibilidad de acudir a los tribunales para actuar contra funcionarios.

De todo lo expuesto hasta aquí cabría anticipar una conclusión: las enmiendas propuestas por los partidos de izquierda giraron sobre la pretensión de extender la actividad fiscalizadora del Defensor del Pueblo a la Administración Pública, mientras que las formuladas por la Unión de Centro Democrático, y en cierta forma, por el Grupo Mixto, se inclinaron por reducir sus competencias.

Las enmiendas presentadas, la discusión parlamentaria y, en su caso, la aprobación dieron algunos resultados positivos y otros susceptibles de mejorar. Así, entre los primeros, la definitiva eliminación de una competencia conflictiva como era la posibilidad de recabar la tutela efectiva de las libertades y derechos reconocidos, y

Parlamento que lo nombra. Es preciso en esta cuestión del filtro entre el ciudadano y el Parliamentary Commissioner of Administration hacer una aclaración teniendo como referente el "Informe Whyatt", en éste se establecía que la canalización de las quejas a través de los miembros del Parlamento se preveía por un periodo experimental ya que el verdadero valor de un Comisionado Parlamentario, desde el punto de vista del público es que éste tuviera acceso directo a él. El "Informe Whyatt", por tanto mira hacia la meta del acceso directo del ciudadano y el Comisionado Parlamentario, aunque a esta se llegue tras un periodo de transición e intermediación del Parlamento, periodo de transición que, sorprendentemente, aún no ha concluido.

Las críticas a esta forma de operar se han formulado en un doble sentido: por un lado y frente a la pretensión de limitar el número de quejas, esta técnica en la práctica resultaba ineficaz porque se transmitían todas las reclamaciones por complacer a los electores, por falta de tiempo, de preparación o de interés; y por otro convertía al diputado en un árbitro que discriminaba la esfera de competencia del Ombudsman y que podía cercenar las aspiraciones de los particulares de ser oídos por él. Vid. PELLÓN RIVERO. R. *El Defensor del Pueblo...* cit. Pág. 43.

La falta de responsabilidad para iniciar las investigaciones de oficio, junto con el nombramiento y el objeto de su función, son las importantes diferencias de estas adaptaciones francesa y británica frente al modelo escandinavo que ha inspirado también profundamente a la institución española del Defensor del Pueblo. Por lo que respecta al nombramiento, el Médiateur es nombrado por el Consejo de Ministros, presidido por el Presidente de la República, y revistiendo la forma de decreto. El Parliamentary Commissioner of Administration es nombrado por la Reina, a propuesta del Primer Ministro. A diferencia de ambos, y en semejanza al sueco, el Defensor del Pueblo español, es nombrado por las Cortes Generales, como se introduce en la enmienda formulada por el Diputado Morodo. Uno de los rasgos básicos que distinguen al modelo sueco y español del británico y francés, es la defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que se le atribuye a los primeros, mientras que a los segundos esta competencia de defensa de los derechos fundamentales está excluida y es privativa de los tribunales. Esta peculiaridad es importante por su importancia intrínseca ya que es a un órgano constitucional, y no administrativo ni judicial, a el que se le otorga esta competencia. Para profundizar sobre las institución del Ombudsman en los distintos países europeos, Vid. CARMONA y CHOUSAT, J.F "El Defensor del Pueblo Europeo". Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000.

regulados actualmente, en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, según el actual artículo 53 de la Constitución que tiene su origen en el artículo 45 del Anteproyecto.

La permanencia de esta competencia hubiera supuesto, aparte de un contrasentido porque tanto en el Anteproyecto como con posterioridad en la Constitución se reconoce expresamente la legitimación para acudir a esta vía procesal extraordinaria y urgente a “cualquier ciudadano”, la habilitación para que el Defensor, equivocadamente, sustituyera al ciudadano en el libre ejercicio de sus derechos y de las acciones que le amparan para ello, y es que en ningún caso es función del defensor sustituir en estos términos al ciudadano. De entre los aspectos susceptibles de mejorar, y que de hecho se mejoraron con posterioridad al suprimirse en el seno de la Comisión Mixta ,observamos el párrafo segundo de la nueva redacción, en su mayor parte, por la referencia a los poderes públicos y a los principios del Estado de derecho.

Finalizada la discusión en el Congreso, el proyecto de Constitución pasa al Senado para cumplir idéntico trámite. Una vez formuladas las enmiendas que presentaron los miembros de esta cámara, la Comisión de Constitución trató el tema en su sesión de 31 de agosto de 1978.

El número del artículo cambió al 53 y mientras el apartado primero del texto aprobado por el Pleno del Congreso no varió, el Pleno del Senado si aprobó una redacción distinta del apartado segundo²⁴:

“2. El Defensor del Pueblo velará igualmente por que los poderes públicos respeten los principios del Estado de Derecho, supervisará la actividad de la Administración e informará a las Cortes generales.”

Analicemos las enmiendas relativas a la competencia del Defensor del Pueblo presentadas por los senadores al artículo 49 del Proyecto aprobado por el Congreso.

La primera enmienda presentada en la Cámara Alta²⁵ , aparte de reducir el artículo a un solo apartado, comienza a perfilar la relación triangular existente

²⁴ B.O.C. 13 de octubre de 1978.

²⁵ Enmienda número 40. Progresistas y Socialistas Independientes. “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, que será designado por las Cortes Generales y que actuará como Alto Comisionado de éstas para atender reclamaciones de los ciudadanos frente a la

respecto del Defensor con las Cortes, la Administración y el ciudadano, al configurarlo como un instrumento de control de la Administración Pública en interés de los ciudadanos y en representación de las Cortes.

Esta enmienda fue después retirada anunciando este Grupo Parlamentario que no votarían a favor del texto por considerar que la forma en que estaba redactado el precepto configuraba a la institución un híbrido, no tanto en su aspecto orgánico, ya que el texto del artículo 49 determinaba que era alto comisionado de las Cortes Generales, que le nombraban y ante quien debía dar cuentas de su gestión, sino en su aspecto funcional, ya que, a juicio del profesor y senador don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO la fórmula “*supervisar a la Administración Pública*” era lo suficientemente vaga e imprecisa.

Por otro lado hay que destacar que en esta Cámara legislativa existió la tendencia acusada de limitar el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo a la vigilancia de la actividad de la Administración y reservar la actuación procesal al Ministerio Público, ello se dejó sentir en varias enmiendas. La justificación de estas²⁶ se asentaba en evitar duplicidades y fricciones que a juicio del senador Sr. Pedrol Rius se producían en el texto del Congreso al coincidir las atribuciones del Defensor (*...la defensa de los derechos comprendidos en este título. 2...velará igualmente por el respeto a los principios del Estado de Derecho*) y del Ministerio Público (*...defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos...*).

Administración, investigar el funcionamiento de ésta y ejercer la acción pública en defensa de los derechos humanos, así como las demás funciones que le reserva la Constitución”. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen III... Cit. pag. 2685.

²⁶ Enmienda número 183. Grupo Mixto. Primer firmante, don Antonio Pedrol Rius: “párrafo 1º:Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en este título, en cuanto no estén atribuidos por el Ministerio Fiscal en el artículo 118, poniendo en todo caso en conocimiento del mismo aquellos hechos que considere que pueden requerir su actividad.”

Enmienda número 183. Grupo Mixto Primer firmante, don Julio Gutiérrez Rubio: “1. Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por esta para la defensa de los derechos comprendidos en este título, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos. 2. (Igual). 3. Los interesados presentarán sus quejas o reclamaciones al Defensor del pueblo, quién podrá tomarlas en consideración si lo merecen y practicar las informaciones necesarias, dirigiendo en su consecuencia a los órganos administrativos correspondientes las indicaciones o recomendaciones oportunas, así como, en su caso, al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones judiciales procedentes.”

Enmienda número 722. Unión de Centro Democrático: “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos”. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios* Volumen III... Cit. pag. 2976.

Una técnica de delimitación de la competencia entre estas dos instituciones era la inclusión de la expresión “...sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos.”, por la enmienda número 772, en el inciso final del artículo 49.1. Con esta expresión, tal y como justificaban los enmendantes, se pretendía asentar las bases, sin perjuicio del respectivo desarrollo posterior legislativo que ya se preveía en el proyecto de Constitución²⁷, que armonizaran la introducción del Defensor del Pueblo con las instituciones existentes, especialmente con el Ministerio Fiscal a fin de prever rozamientos o conflictos y hacer así más eficaces las respectivas misiones.

De esta forma el Ministerio Fiscal mantenía su competencia en el ámbito jurisdiccional, y al Defensor del Pueblo se le dejaría una función residual desarrollando su actividad en la esfera administrativa y dentro de una proyección extrajudicial, cubriendo las lagunas a que no alcance lo penal o lo Contencioso-administrativo, ámbitos estos privativos del Ministerio Fiscal. Sin embargo finalmente lo que ocurrió fue lo contrario, a quien se fijó la barrera con la expresión citada, fue al Ministerio Fiscal en el artículo 124 del texto final: “*El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados...*”

Hubo otra enmienda²⁸ con la que se quería concretar el ámbito de competencias del Defensor desde un planteamiento eminentemente afirmativo y no

²⁷ Desarrollo legislativo que se concretó en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (LO 3/1981, de 6 de abril) en cuyo artículo 13 se contempla el deber de dirigir al Ministerio Fiscal las quejas que le sean referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia; y en cuyo artículo 25 se prevé la posibilidad de poner en conocimiento del Fiscal General, de aquellos hechos o conductas, presumiblemente delictivos de los que haya tenido noticia por razón del ejercicio de sus funciones.

Por su parte la regulación jurídica del Ministerio Fiscal se materializó en la Ley 50/1981 de 30 de diciembre que regula su Estatuto Orgánico. No deja de ser, cuanto menos, curioso, y cuanto más, alarmante del proceder de nuestro legislador, que tramitándose ambas leyes en una secuencia temporal tan próxima, en la regulación del Defensor se hayan hecho menciones expresas del Ministerio Fiscal, e incluso se le hayan atribuido obligaciones como la impuesta en el párrafo tercero del artículo 25 : “*El Fiscal General del Estado pondrá en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones*”. Mientras que en la regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, no se haya hecho ni una mención expresa al Defensor, ni a las tareas de coordinación de ambos.

²⁸ Enmienda número 688. Agrupación independiente. Primer firmante: “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para supervisar los actos de la autoridad que sin justificación alguna y sin estar amparados por la ley, perjudique a los particulares. El Defensor del Pueblo velará igualmente por el respeto a los principios del Estado de Derecho, por parte de los poderes públicos y por la defensa de los derechos

excesivamente negativo o excluyente como las analizadas inmediatamente antes. En la justificación a esta enmienda se defiende que la institución del Defensor es importante y debe potenciarse, aunque se discrepa de la forma en la que se concibe en el Proyecto. Este Grupo Parlamentario mantiene que las instituciones de defensa de la Constitución no deben multiplicarse innecesariamente, y existiendo un Tribunal Constitucional como máximo garante del ordenamiento, el Defensor no debe cumplir funciones jurisdiccionales, sino que ante una Administración lenta, ineficaz y movida en tantas ocasiones por resortes ocultos, la figura del Defensor debe configurarse, oportunamente, como una Magistratura de opinión y no como una Magistratura de acción judicial, que parece predicarse del texto del Proyecto.

Para oponerse a la actividad ilegal de la Administración, el ciudadano tiene la posibilidad y el derecho de formalizar los recursos administrativos e interponer el recurso extraordinario de amparo cuando se vea lesionado en alguno de sus derechos fundamentales; ante lo que se encuentra inerte y desprotegido es ante los abusos, incorrecciones o disfunciones de la actividad administrativa, que sin ser abiertamente ilegales, perjudican a los particulares sin que estos puedan defenderse. Es en este ámbito donde la enmienda pretende centrar la figura del Ombudsman²⁹.

Por último, la Comisión Mixta ubicó definitivamente el precepto en el artículo 54 y aprobó la siguiente redacción³⁰ que fue aprobada en referendun:

“Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por ésta para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.”

comprendidos en el Título I”. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios* Volumen III... Cit. pag. 2958.

²⁹ Aunque en adelante será tratado, apuntamos en esta nota y en relación a la enmienda examinada que el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo que pretende definirse en ella es el de la “mala Administración” identificable, genéricamente, con el agravio administrativo o con incorrección administrativa no susceptible de recurso ni justiciable. Esta cuestión, aunque enmarcada en el ámbito comunitario, es tratada con profundidad en CARMONA y CHOUSAT, J.F. “El Defensor del Pueblo Europeo”. INAP, Madrid, 2000. Este autor expone cómo el Defensor Europeo en un folleto informativo editado en 1996 elaboró una enumeración ejemplificativa de lo que se debía entender por “mala administración” en el ámbito de la Comunidad Europea: irregularidades administrativas, omisiones administrativas, abusos de poder, negligencias, procedimientos ilícitos, favoritismos, casos de disfunción o incompetencia, discriminaciones, retrasos injustificados, falta de información o negativa a proporcionar información.

³⁰ B.O.C. 28 de octubre de 1978.

Al igual que en los trabajos de la Ponencia de elaboración del Anteproyecto, la fase de discusión en el seno de la Comisión Mixta, está rodeada del más absoluto secreto sin que haya sido publicado nada salvo el dictamen final que no viene razonado, ni argumentado y que se limita a transcribir un texto definitivo de Constitución. Se acrecienta el interés por saber cuáles fueron los criterios y los argumentos de la Comisión en la redacción del precepto al comprobar que de sus trabajos surge un nuevo texto. La Comisión no se limitó solo a debatir las diferencias entre los dos textos propuestos por las Cámaras sino que sencillamente redactó uno nuevo eliminando determinadas referencias que habían sido aprobadas por los Plenos de ambas Cámaras³¹ (se suprimió la referencia confusa y entorpecedora a los poderes públicos y al deber de velar porque estos respetasen los principios del Estado de Derecho). Este exceso de las funciones de la Comisión Mixta se relativizó al quedar el nuevo texto que redactó ratificado de forma entusiasta por ambas Cámaras en la sesión del 31 de octubre de 1978, con lo que cualquier posible vicio en este terreno quedaba asumido y salvado por la libre voluntad de aquellas.

Muestra del poco interés que suscitó la institución del Defensor, no solo al comienzo, sino también al final de los trabajos de elaboración constitucional, es el dato de que en los discursos que pusieron fin a estos trabajos sólo se hizo referencia al mismo en el Senado por el señor Sainz de Varanda que sostuvo que en la Constitución se reconocían las libertades individuales y también las colectivas y que se garantizaban por la creación de todo un sistema de recursos y *“por la existencia de esa nueva institución, tan brillante en las nuevas democracias y que tan entrañable recuerdo tiene para todos nosotros los aragoneses, que es la figura del Defensor del Pueblo...”*.

³¹ Esta circunstancia nos suscita una cuestión: ¿hasta dónde se extendía la competencia de la Comisión Mixta? El artículo 3.2 de la Ley para la Reforma Política establecía que las *discrepancias* entre el texto del Congreso y el texto del Senado era lo que debía someterse a la Comisión Mixta. Entendamos por discrepancia la diferencia o desigualdad que resulta de la comparación de los dos textos entre sí y que por tanto no se podía predicar del apartado primero, y muy discutiblemente del apartado segundo que únicamente presentaba diferencias en el orden de redacción y no en los términos empleados. También en el dictamen de la Comisión Mixta publicado en el Boletín Oficial de las Cortes del día 28 de octubre de 1978, núm. 170, se recoge que lo estudiado por dicha Comisión son las *discrepancias* entre los textos aprobados por el Congreso y por el Senado. En base a estos argumentos podemos concluir que la Comisión se excedió en sus funciones al abarcar en su estudio aspectos que estaban aprobados por ambas Cámaras.

1.2. El desarrollo legal del artículo 54 de la Constitución. La fijación de sus competencias

Ya hemos visto en el epígrafe anterior cómo durante la tramitación parlamentaria del artículo 54 de la Constitución, se tuvo una visión miope de las funciones y competencias del Defensor del Pueblo. A excepción de algunas intervenciones parlamentarias que proyectaban la órbita de actuaciones del Defensor del Pueblo a un ámbito extrajudicial y alguna otra que consideraba que debía dotársele de todos los medios para que la protección de los derechos del Título I de la Constitución fueran reales y efectivas, se guardó absoluto silencio sobre la posible actuación mediadora que éste podía llegar a realizar.

Veamos cuál ha sido el desarrollo que, en relación a las competencias, ha llevado a cabo la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril del Defensor del Pueblo³².

Actualmente la LODP no le reconoce la posibilidad de mediación de forma expresa en contraste con la previsión del artículo 21 de la Proposición de Ley³³ que establecía que en la resolución de las quejas y conflictos podría concretar con la Administración afectada y en el marco de la legalidad vigente cuantas formular de conciliación o acuerdo facilitaran la más rápida y positiva resolución de las mismas.

Veremos cómo esta posibilidad que a nuestro modo de ver está llena de bondades no fue interpretada y asimilada correctamente durante la tramitación parlamentaria de la Ley, mientras que hoy el legislador a través del artículo 88 y 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tiende a reforzar la terminación convencional de los procedimientos y permite sustituir por Ley el recurso de alzada y reposición, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, es decir se ofrecen alternativas a la imposición de la voluntad unilateral de las Administraciones públicas en pro de la concertación de voluntades entre la Administración y el ciudadano. Pero para

³² Esta Ley fue modificada por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de mayo, a los efectos de constituir una Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo y por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

³³ El Proyecto de Ley lo realizó Álvaro GIL-ROBLES y fue el resultado del encargo hecho en su día por el Partido Socialista Obrero Español. Tuvo su entrada en el Congreso de los Diputados como proposición de ley de 5 de junio de 1979 y su publicación se llevó a cabo en el B.O.C.G., Congreso de los Diputados, número 39-I, de 20 de junio de 1979, serie B.

impulsar estos nuevos procedimientos no sólo es necesario reconocerlos jurídicamente, es imprescindible también cambiar las formas, el talante y las actitudes de los servidores públicos. Se necesitan modificaciones legales, pero también es necesario un cambio cultural. La Administración sin renunciar a su poder y competencias debe ser cada vez más dialogante, más abierta y participativa, más dúctil y flexible, más cercana y conocida. Así la conciliación y la mediación pueden contribuir a implantar, con cautelas y precauciones para no lesionar el principio de igualdad, ni provocar arbitrariedad, ni fomentar privilegios, una nueva forma de gobernar.

Analicemos primero el ámbito de competencias del Defensor del Pueblo para después analizar la función mediadora como directriz de funcionamiento. En nuestro análisis nos centraremos exclusivamente en la capacidad genérica de supervisar la actuación de la Administración pública contemplada en el artículo 1 y 9 de la LODP sin entrar en las peculiaridades del análisis de la supervisión de las Comunidades Autónomas recogida en el artículo 12, de la Administración de Justicia, contemplada en el artículo 13 y de la Administración militar, reconocida en el artículo 14.

1.2.1. La Supervisión de la Administración pública

Por mandato constitucional el Defensor del Pueblo tiene la misión de defender los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración Pública. En la LODP este mandato se encuentra reconocido en el artículo 1 y desarrollado en el artículo 9 estableciendo que esta defensa se servirá de cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones³⁴ de la Administración Pública y sus agentes en relación con los ciudadanos a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución y el respeto debido a los Derechos proclamados en el Título I³⁵.

³⁴ El Profesor Luciano PAREJO ALFONSO sugirió la pertinencia de una nueva delimitación del objeto de la investigación en términos semejantes a los siguientes: "...investigación conducente al esclarecimiento de cualesquiera actos u omisiones, así como de los criterios, las pautas, las instrucciones, las prácticas y las conductas a que los mismos respondan, para la mejora de la Administración Pública..." Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano *"El Defensor del Pueblo como institución de control de las Administraciones Públicas (Contenido y alcance de su función, procedimiento de actuación y tipos, efectos y publicidad de sus resoluciones)"*; Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas. Universidad Carlos III, Madrid, 1992. Cit. Pág. 113. De esta idea participa el legislador Vasco cuando en el artículo 10 de la Ley reguladora del Ararteko concreta que sus poderes se extienden tanto a los actos y resoluciones como a la omisión de los mismos. Lo mismo expresa el legislador navarro en el artículo 15.

³⁵ Lo primero que nos llama la atención cuando acudimos a la Ley Orgánica del Defensor del

Veamos cuál fue la tramitación parlamentaria de los dos preceptos enunciados. El artículo 1 sufrió solo algunas modificaciones de estilo, así por ejemplo, el artículo 1 de la proposición de ley se pronunciaba en los mismos términos con la única diferencia de que en lugar de reproducir el texto del artículo 54 hacía una remisión a este artículo³⁶ pero en el seno de la Cámara Alta se propuso una variante en la delimitación de las funciones³⁷ que trataba de extender el ámbito de actuación del Defensor no sólo frente a la Administración, sino también en todos los ámbitos. Esta interpretación se asentaba en la redacción del artículo 54 de la Constitución considerada por los enmendantes como ambigua ya que en ella podía caber tanto la interpretación de limitarse a la defensa de los derechos frente a la Administración, como la interpretación de abrirse la defensa a todos los ámbitos y en especial frente a la Administración.

Finalmente esta amplitud del ámbito de actuación propuesto no fue aceptado y las únicas modificaciones que se formularon al texto aprobado por el Congreso fueron incorporadas por la Ponencia en su informe, e incidían, por un lado, en referir la supervisión no sólo a la Administración Pública sino a las Administraciones Públicas, y por otro lado, en mencionar los derechos y las libertades como objeto de la actuación del Defensor del Pueblo en correlación con la denominación ambivalente empleada en el Título I de la Constitución. Ambas referencias que ha

Pueblo para conocer cuál es su competencia es el desorden sistemático que lleva a regular en el Título II “Del Procedimiento”, la cuestión del ámbito de competencia en el Capítulo II entre el inicio y contenido de la investigación regulado en el Capítulo I y la tramitación de la queja en el Capítulo III. Además de esta primera aproximación cuando nos adentramos en su contenido vemos que en los tres artículos que abarca el Capítulo II se han regulado las cuestiones más problemáticas como son la supervisión de la actuación de las Comunidades Autónomas, artículo 12, el tratamiento de las quejas referidas a la Administración de Justicia, artículo 13, y la Administración Militar, artículo 14, omitiendo la referencia general de su competencia regulada en el artículo 1 y el artículo 9 en sus dos apartados. A nuestro modo de ver la correcta regulación de la competencia en la LODP habría necesitado la creación de un Título bien exclusivo o bien compartido que desde su denominación hubiera regulado unitariamente las funciones del Defensor, es decir, que de modo correlativo recogiera el contenido del artículo 1, el contenido del artículo 9 en sus dos apartados pero con la omisión de la referencia a la forma de iniciación del procedimiento, por ser esta una cuestión distinta, el contenidos de los artículos 12, 13, y 14, y además la legitimidad para interponer recurso de amparo e inconstitucionalidad reconocida en el artículo 29.

³⁶ Artículo 1 de la Proposición de Ley: “El Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, realizará las funciones que le corresponden de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 de la Constitución y la presente Ley, supervisando la actividad de la Administración Pública” Fue el Informe de la Ponencia el que le dio la redacción final al aceptar la enmienda número 78 del Grupo Coalición Democrática formulada en el seno del Congreso. B.O.C.G., Congreso de los Diputados, núm. 39-I.3, de 20 de octubre de 1980, Serie B.

³⁷ Enmienda número 78 del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, *Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Cortes Generales, Madrid, 1981. Cit. pag. 48.

nuestro juicio son muy oportunas y en el primer caso habrían zanjado las dudas a cerca de la competencia del Defensor del Pueblo para supervisar la actuación de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales. Aunque dichas modificaciones fueron aprobadas por el Senado, el Congreso en la votación final las rechazó.

El artículo 9 de la LODP contiene más detalles sobre el medio atribuido por la Constitución al Defensor para el ejercicio de sus funciones de defensa de los derechos. El Profesor PÉREZ CALVO considera que la investigación y el esclarecimiento que se mencionan en este artículo unidos por el nexo lógico de la finalidad, constituyen la supervisión, y si ésta que es el medio para desempeñar sus funciones de defensa, da resultados positivos, el Defensor podrá adoptar algunas medidas que consistirán normalmente en recomendaciones dirigidas a la dependencia administrativa o funcionario que haya sido objeto de queja. Entre la supervisión y la adopción de la medida interviene un elemento que el profesor denomina juicio, es decir el proceso lógico por el que el Defensor perfila su opinión sobre la actividad investigada. Pues bien, el artículo 9.1, en palabras de PÉREZ CALVO, viene a establecer los criterios para llevar a cabo ese juicio³⁸.

El primer criterio lo concreta la expresión “*en relación con los ciudadanos*”³⁹. Éste parece constituirse como una fase previa o instrumental a la investigación en la medida en que tiende a delimitar el campo de investigación del Defensor del Pueblo a los actos y resoluciones administrativas que estén relacionados con los ciudadanos. Este criterio es el que ha llevado a la doctrina a considerar que la facultad de supervisión de la Administración se realiza *ad extra*, es decir, en la relación Administración-administrado como manifestación de la relación jurídica administrativa por excelencia. Pero ello no nos puede llevar a excluir totalmente la capacidad de Defensor de realizar una investigación *ad intra*, porque a juicio del profesor PÉREZ CALVO, en primer lugar puede haber actos interadministrativos o reflejos que repercutan sobre la situación de los funcionarios que evidentemente también son ciudadanos amparados por el Defensor, y, en segundo lugar, porque la misma limitación contenida en la expresión “*en relación con los ciudadanos*” es tan

³⁸ Vid. PÉREZ CALVO, A “*Comentario al artículo 54 de la Constitución*”,. En la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*. Dirigida por Oscar Alzaga. Edersa, Madrid, 1984. Cit. Pág. 548.

³⁹ Reproducimos el artículo 9.1 de la LODP para facilitar la comprensión de la explicación: “El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la administración Pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de los dispuesto en el artículo 103,1 de la Constitución, y el respeto debido a los derechos proclamados en su Título I”.

ambigua que podría dar lugar a interpretaciones diversas pudiendo argumentarse que es muy difícil imaginar una actuación de la Administración, incluidas las que sean exponentes de una relación administrativa refleja o interadministrativa que no redunde en beneficio o desventaja de los ciudadanos.

En este sentido observaremos en nuestro trabajo que el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz sugieren a las Administraciones públicas por un lado, que adapten sus plantillas de funcionarios y trabajadores a las necesidades reales de sus funciones, es decir, que se doten de los suficientes medios personales para cumplir sus competencias y hacer efectivos los servicios que están obligados a prestar y, por otro lado, que formalicen convenios y formulas de coordinación para garantizar el orden, la eficacia y la eficiencia en su actuación⁴⁰.

A nuestro modo de ver lo que el legislador pretendió fue que el Defensor del Pueblo no se convirtiera en un mero supervisor de la legalidad de la actuación de la Administración sin el referente subjetivo del ciudadano. En este sentido y en relación con el segundo criterio que analizamos líneas más abajo, se pronunció el Profesor VARELA SUANCES-CARPEGNA al mantener que la sumisión de la Administración a los intereses generales y su actuación de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, coordinación y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, a que se refiere el artículo 103.1, deberá ser objeto de control del Defensor del Pueblo a los solos efectos de velar por la defensa de los derechos fundamentales; es decir, cuando del incumplimiento de tales parámetros de la actividad administrativa se deriven lesiones en alguno de los derechos subjetivos reconocidos en el Título I de la Constitución. Dicho a la inversa, cuando el incumplimiento de tales parámetros no acarree violación alguna en los derechos subjetivos, la supervisión del Defensor del Pueblo no debe iniciarse, o en su caso debe cesar⁴¹.

El segundo criterio lo constituye la referencia al artículo 103.1 de la Constitución, recordemos que en éste se establecen el carácter instrumental de la Administración para servir a los intereses generales y los principios en los que debe inspirar su actuación, principios que se concretan en la eficacia, la jerarquía, la

⁴⁰ Ejemplo de ello son la queja 93/2092, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 959 – 964 y la queja de oficio 93/1431, Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz que lleva por Título Contaminación acústica en Andalucía derivada de actividades recreativas y consumo de bebidas en las vías públicas, mayo 1996, páginas 139 – 147.

⁴¹ Vid. VARELA SUANCES-CARPEGNA, J. “*La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo*” REDC número 8, 1983, cit. Pág. 76.

descentralización, la desconcentración, la coordinación y el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Esta referencia al artículo 103.1 de la Constitución se contenía ya en el artículo 10 de la Proposición de Ley, pero en su tramitación parlamentaria no pasó inadvertida ya que en el Congreso se pretendió eliminar por las dos enmiendas que se presentaron⁴².

La primera de ellas en lugar de la remisión al artículo 103.1 establecía que la defensa de los Derechos se realizaría frente a todo abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión. Si atendemos a esta enumeración de circunstancias nos damos cuenta que es la definición de mala administración que ha realizado el Defensor del Pueblo Europeo, dieciséis años después, en el informe de 1995, además debemos tener en cuenta que estas circunstancias enunciadas no son más que incumplimientos de los principios del artículo 103.1 que deben inspirar todo el actuar de las Administraciones Públicas.

Por su parte la segunda de las enmiendas, partiendo de un planteamiento erróneo de circunscribir el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo a los derechos fundamentales y por tanto sólo a la sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución eliminó la referencia al artículo 103.1 al considerar que no era cometido adjudicable al Defensor. Fue la Ponencia la que vino a redactar el texto como se aprobó definitivamente manteniendo la referencia al artículo 103 en la medida en que entendió que la finalidad de la actuación debía centrarse en la defensa de los derechos individuales y ello implicaba también alcanzar las condiciones de eficacia con que se desarrollan los servicios públicos.

En este sentido es comúnmente aceptado y corroborado por la práctica del Defensor del Pueblo que su objeto de control se extiende a toda actividad administrativa sujeta a derecho administrativo, con entera independencia del sujeto que la realice y de la forma adoptada para su desarrollo, por tanto cabrá la supervisión de las actuaciones llevadas a cabo por empresas o corporaciones de Derecho público dependientes de las Administraciones⁴³.

Por esta razón a nuestro modo de ver el concepto de Administración Pública o agente debía de haberse perfilado con más precisión en la LODP y en todo caso la

⁴² Enmienda número 24 del Grupo Centrista-UCD y enmienda número 86 del Grupo Coalición Democrática.

⁴³ Entre otras analizaremos quejas en las que la actuación que se investiga fue llevada a cabo por Aena, por escuelas talleres dependientes de la Administración Local, por Patronatos Culturales y por Casas Ducales.

interpretación que se haga de ella debe acomodarse a la realidad actual de la actividad de prestación de los servicios públicos, con independencia de que toda o parte de su actividad se desarrolle de acuerdo con el Derecho Privado, porque existe actividad de servicio público cuando el organismo en cuestión se dedica a la satisfacción de una necesidad de interés general o desde que existe un elemento de control de la Administración sobre este organismo. De ahí que queden sometidas a la actividad de supervisión del Defensor del Pueblo aquellas entidades que, sin tener el carácter legal o reglamentario de públicas, ejercen potestades administrativas o funciones delegadas como es el caso de las concesiones. Igualmente quedarán sometidas las Corporaciones Públicas en la medida en que estén sometidas al Derecho Público y, al menos, parte de su estructura o de su actividad se rijan por normas de Derecho público. Por tanto lo que queda sometido a control es única y exclusivamente la actividad que se dirige inmediatamente al ejercicio de la función o actividad pública sometida al Derecho Administrativo. Lo que hay que evitar en todo caso es que el ciudadano quede indefenso ante la vulneración de sus derechos por parte de la Administración constituida en cualquiera de las formas que haya podido adoptar para huir del Derecho Administrativo.

Esta interpretación se ve confirmada en el propio texto de la LODP cuando el artículo 28.3 establece que si las actuaciones se hubiesen realizado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante, el Defensor del Pueblo podrá instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción. Decimos que se confirma la interpretación expuesta porque si el legislador ha reconocido la posibilidad de actuar cuando medie título habilitante de concesión a particulares con mayor motivo habrá de actuar cuando quien actúa sea la Administración a través de un organismo de ella dependiente y constituido con el fin de prestar un servicio que a ella le corresponde, cuanto menos, garantizar la prestación efectiva⁴⁴.

Esta cuestión ha sido brillantemente resuelta por alguna de las legislaciones autonómicas. La doctrina, entre otros autores José Luis RIVERO ISERN, ha valorado muy positivamente que respecto a la determinación del ámbito subjetivo sobre el que se ha de ejercer la actividad supervisora de los Comisionados Parlamentarios, las distintas leyes autonómicas definen a estos efectos el concepto de Administración superando una concepción subjetiva y acogiendo un concepto

⁴⁴ A este respecto Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., La actividad administrativa de inspección, El régimen jurídico general de la función inspectora, Editorial Comares, Granada, 2002.

material de Administración pública en el que se incluyen la Administración territorial, la Administración institucional, el sector empresarial público dependiente o tutelado, los servicios públicos en régimen de concesión y las materias que sean objeto de transferencia o delegación al amparo de lo que dispone el artículo 150 CE⁴⁵.

Así, la ley del Ararteko concreta en el artículo 9 que sus poderes de investigación se extenderán a: la Administración Común de las Comunidades Autónomas, incluida la Administración periférica de la misma, sus órganos autónomos, sociedades públicas y demás entes públicos que de ella dependan; La Administración de los Territorios Históricos, incluidos sus organismos autónomos, sociedades públicas y demás entes públicos de la misma; La Administración Local, incluidos sus organismos autónomos, sociedades públicas que de ellas dependan en el ámbito competencia establecido en el artículo 10.4 del Estatuto de Autonomía vasco⁴⁶; los servicios gestionados por personas físicas o jurídicas mediante concesión administrativa y, en general, a cualquier organismo o entidad, persona jurídica o privada, que actúe en un servicio público estando sometida, al tiempo, a algún tipo de control o tutela administrativa en todo lo que afecte a las materias en que el Estatuto de Autonomía otorga competencias a la Comunidad Autónoma.

En el mismo sentido se expresa la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 1.3 respecto a su ámbito territorial. En unos términos muy similares se expresa el artículo 17 del Diputado del Común refiriéndose a la Administración autonómica, a los cabildos insulares y a los Ayuntamientos sin olvidar la actividad de los organismos autónomos, entidades de Derecho público, corporaciones de Derecho público u otras personificaciones públicas vinculadas o dependientes de las Administraciones territoriales anteriormente mencionadas. Incluso este artículo hace mención a las empresas, asociaciones o ciudadanos que por concesión o cualquier otro Título presten un servicio público. La ley del Valedor del Pueblo no sólo se muestra completa en su redacción sino también previsoramente al contemplar en el apartado d) del artículo 13 que podrá iniciar y proseguir cualquier investigación sobre las materias que sean objeto de transferencia o delegación, al amparo de lo que disponen los apartados primero y

⁴⁵ Vid. RIVERO ISERN, José Luis, “*La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos*”, XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 17 – 69.

⁴⁶ El artículo 10.4 del Estatuto del País Vasco le atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de Régimen Local y estatuto de los funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 148.1.18 de la Constitución.

segundo del artículo 150 de la Constitución, tanto en el caso de que la Comunidad Autónoma las administre como asunto propio como en el supuesto de Administración comisionada. De la Ley del Sindico de Agravios destacamos el artículo 12 con una redacción semejante a las expuestas y la especial referencia al artículo 150 de la Constitución, y el artículo 9 que fue redactado siguiendo el modelo de la LODP al establecer en el primer apartado una delimitación objetiva del ámbito de actuación y en el segundo apartado una delimitación subjetiva extendiendo su control a la actividad administrativa del Consejo, las autoridades, los funcionarios y cualesquiera otras personas que actúen al servicio de la Generalitat.

La Ley del Justicia de Aragón en su artículo 2, la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en su artículo 1.2 y la Ley del Procurador del Común en su artículo 1 tampoco olvidan a los entes dotados de personalidad jurídica dependientes de la Comunidad Autónoma y a los entes locales en las materias atribuidas a las respectivas Comunidades. Si por su parte la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña y la Ley del Sindic de Greuges de Baleares en su artículo 1 son parcas al establecer la competencia de supervisión sobre la Comunidad autónoma respectiva, las autoridades, el personal que de ellas dependan y las respectivas entidades locales en las materias sobre las que los Estatutos de Autonomía les da competencia; menos original ha sido la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz que aparte de la fuerte inspiración que toma de la LODP no hace una sola mención a las Entidades locales, y adolece de las mismas carencias que la LODP respecto a los organismos autónomos o entidades de derecho público y respecto a la prestación de servicios público a través de Título habilitante.

El tercero de los criterios que establece el artículo 9.1 es la referencia a los derechos y libertades tantas veces señalados en estas páginas; derechos que abarcan todo el elenco contemplado en el Título I y que se configuran a la vez como objeto y criterio de juicio. De esta forma el Defensor tutelaré a través de la supervisión de las Administraciones Públicas los derechos enunciados en el artículo 10 y todos los que a través de él se reconozcan; los derechos fundamentales y las libertades públicas englobados en la sección 1ª del Capítulo II del Título I, los derechos de los ciudadanos reconocidos en la sección 2ª del Capítulo II; y los principios rectores de la política social y económica enunciados en el Capítulo III.

Es especialmente en estos últimos derechos en los que el Defensor puede desarrollar su actividad más importante y eficaz en el sentido de que puede tutelar derechos que inciden en aspectos de la vida del ciudadano en relación con la Administración cuya protección jurisdiccional resulta difícil o imposible. Recordemos que estos principios sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción

ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, sin perjuicio de que han de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y por tanto la Administración han de reconocerlos, protegerlos, y respetarlos; este reconocimiento, esta protección y este respeto es lo que va a supervisar el Defensor del Pueblo⁴⁷.

Es también en estos derechos en los que juega un papel importante los principios del artículo 103.1 de la Constitución, piénsese por ejemplo en la relación existente entre los derechos prestacionales de la sanidad, la cultura o el medio ambiente y el principio-criterio de eficacia, es decir, a partir de este criterio el Defensor puede denunciar y crear la voluntad administrativa de revisión, corrección y modernidad, de los eventuales aspectos disfuncionales de la actividad administrativa. Además respecto a este grupo de derechos es importante la facultad que corresponde al Defensor del Pueblo en orden a sugerir el desarrollo normativo de los mismos, empujando a que se vayan dictando las normas, reglamentarias unas veces, legales otras, que hagan que esos grandes principios rectores de la política social y económica se plasmen en la realidad. Ejemplos de esta facultad los veremos a lo largo de estas páginas, sirva de adelanto la recomendación formulada por el Defensor del Pueblo Andaluz a la Consejería de Obras Públicas en el sentido de aprobar el Plan de Ordenación del Territorio de ámbito subregional; la sugerencia también del Comisionado Parlamentario Andaluz al Consejo de Ministros de aprobar un Reglamento que regule el uso de los detectores de metales siguiendo el modelo del Reglamento de las armas de fuego; o la recomendación del Defensor del Pueblo formulada a la Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y

⁴⁷ En las aportaciones y propuestas del Defensor del Pueblo Andaluz al proceso de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía se contempla la formulación estatutaria de los derechos de contenido social. Para el Comisionado Autonómico Andaluz la inclusión de estas normas programáticas en una sección de carácter dogmático que se puedan incorporar a los Estatutos de Autonomía, no sólo es adecuada, sino que se trata del cauce idóneo para reflejar y afianzar las garantías que, en relación con el ejercicio y satisfacción efectiva de los derechos de contenido social, se otorga una Autonomía. El cómo se puedan reflejar estas garantías admite diversas posibilidades y variantes. Desde el catálogo exhaustivo de derechos, que no parece lo más recomendable habida cuenta de la rigidez de las normas estatutarias y el carácter dinámico que tiene esta materia, hasta la mención de los principios rectores constitucionales que se quieren destacar o priorizar que es el seguido habitualmente en los vigentes Estatutos de Autonomía, caben distintas opciones, y todas ellas válidas y plausibles en cuanto implican una mayor garantía para esta categoría de derechos. En todo caso, cualquiera que fuera la opción elegida, su virtualidad vendrá determinada por la consecución de un nivel de compromiso mayor de los poderes públicos en orden a crear las condiciones o superar las situaciones que sean necesarias para el pleno ejercicio de los mismos.

Provincias o cualquier otra entidad supramunicipal para que elaborara una ordenanza tipo contra el ruido⁴⁸.

Así ha ocurrido por ejemplo con la reciente normativa sobre la Contaminación acústica aprobada por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Muestra de ello es la misma Exposición de motivos del Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en la que enuncia que: *“habiendo mantenido diversas reuniones de carácter técnico con las Administraciones afectadas, después de haber obtenido la opinión de los distintos Ayuntamientos andaluces, instituciones como el Defensor del Pueblo o colectivos y organizaciones vecinales y de consumidores, sobre los problemas de su aplicación y, en algunos casos, la dificultad de comprensión de algunos de los términos que la citada normativa contiene, se considera conveniente unificar en una sola disposición reglamentaria la regulación de este mismo carácter, vigente en la actualidad.”*

Hasta aquí hemos analizado el aspecto objeto de la supervisión de la Administración pública, este aspecto ha de ser completado con el subjetivo que se contempla en el apartado 2 del artículo 9 al establecer que las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los Ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones Públicas. Este apartado que no existía en la Proposición de Ley fue introducido de *motu* propio por la Ponencia en su informe y la valoración que de él ha hecho el propio redactor de la Proposición ha sido en todo caso positiva al tener el resultado de evitar áreas exentas de control en categoría de la persona, porque los Ministros toman decisiones que se concretan en actos o disposiciones administrativas y es lógico que las mismas estén sujetas a control del Defensor. De igual modo han de quedar sujetas a ese control las decisiones administrativas del Gobierno y su Presidente, quedando al margen aquellas que sean netamente de índole política pudiendo ser directamente controladas por el Parlamento⁴⁹.

De lo expuesto se observa que la Institución nacional y autonómica de Ombudsman posee una misión, que podríamos llamar principal y otra que podríamos llamar misión instrumental. Sobre ellas existen opiniones discrepantes en la doctrina.

⁴⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, pag. 167; Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 281; Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1998, pag. 56, respectivamente.

⁴⁹ Vid. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, A., *“El Control Parlamentario de la Administración: El Ombudsman”* INAP, 1981. Cit. pág. 259.

Un sector considera que la capacidad de supervisión de la Administración pública se asienta, única y exclusivamente, en su misión de defender los derechos del Título I de la Constitución, de tal forma que sólo podrá entrar a examinar la actuación de las Administraciones si afectan a los derechos mencionados. Esta es la opinión mantenida por Varela Suances-Carpegna partiendo del artículo 54 de la Constitución que señala con claridad meridiana la designación del Defensor por las Cortes “*para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto* podrá supervisar la actividad de la Administración...” Por tanto, a juicio del autor mencionado, en esta redacción definitiva el control de la Administración pública y su sometimiento, a los principios del Estado de Derecho, se subsume con la finalidad defensora o garantizadora de los derechos del Título I y sólo cobra sentido dentro de esta finalidad, además, el autor citado, para abundar en esta idea repara en que a este órgano no se le regula, ni siquiera se le menciona, en el Título IV de la CE, en el cual se contemplan determinados principios del Estado de Derecho, como, por ejemplo el control jurisdiccional de la Administración⁵⁰.

Frente a esta idea hemos constatado que el Estatuto de Autonomía de Extremadura prevé la figura del Comisionado autonómico en el Título que dedica al régimen jurídico, al ejercicio y al control de los poderes de la Comunidad. Sin perjuicio de ello no puede entenderse la supervisión de la Administración de forma separada o independiente de la defensa de los derechos del Título I de la CE. Esta misma postura ha sido la adoptada claramente por el legislador catalán, balear, valenciano, gallego y canario. También por el legislador aragonés y castellano-leonés aunque con las matizaciones oportunas por las funciones singulares que se le han atribuido.

Otros autores como Garrido Falla consideran, sin embargo, que al Defensor del Pueblo debiera habersele facultado para supervisar la actividad administrativa en los casos de mala administración aunque tales prácticas no lesionen directa o indirectamente los derechos subjetivos, ya que estos últimos están garantizados en la Constitución por otros medios, mientras que la defensa de los ciudadanos frente a

⁵⁰ Vid. VARELA SUANCES-CARPEGNA J. “*Naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo*”, cit. págs. 75 y 76. Este autor también señala como en la antigua redacción del artículo 54, precepto que significativamente estaba dividido en dos apartados, al Defensor se le asignaban dos o incluso tres funciones, nítidamente diferenciadas: defender los derechos fundamentales, velar por los principios del Estado de Derecho por parte de los poderes públicos y no solo de la Administración, y supervisar la actividad administrativa. Más adelante en nuestro trabajo de investigación ya veremos como la interpretación a la que nos lleva este antiguo artículo 54 que parece superada por la nueva redacción del precepto constitucional, se reaviva en el artículo 9.1 de la Ley orgánica del Defensor del Pueblo.

determinadas irregularidades o corruptelas administrativas, no siempre ilegales, resta sin garantizarse plenamente.

El legislador vasco parece haber compartido esta idea ya que aunque en el apartado primero de su artículo 1 se afirma rotundamente que el Ararteko se ha configurado para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, en el apartado 2 se predica que su misión primordial es salvaguardar a los ciudadanos frente a los abusos de la autoridad y poder y las negligencias de la Administración Pública Vasca al igual que el artículo 1.1 de la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra respecto a la Administración autonómica; de esta forma parece que se quiere eliminar el carácter instrumental de la facultad de supervisión de la Administración para dotarla de independencia respecto a la defensa de los derechos fundamentales.

El legislador andaluz adopta una postura ambigua ya que si en su artículo 1 establece el carácter instrumental de la supervisión de la Administración, en su Exposición de Motivos parece dotar de independencia a la facultad de supervisión de la Administración al afirma que con el Defensor del Pueblo Andaluz se asegura la existencia de un nuevo control externo de la Administración, ordenado tanto a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos, como al funcionamiento de la Administración Pública, al servicio de los intereses generales que representa como consecuencia de su legitimación democrática. Ahora bien, aunque esta postura nos parece acertada creemos que es difícil imaginar una actuación de la Administración Pública que no lesione directa o indirectamente ninguno de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución en toda su extensión; menor sería el grado de dificultad de nuestra capacidad imaginativa si, como considera algún autor, circunscribiéramos su ámbito de actuación a la actual sección 2ª del Capítulo primero, argumentando que la estructura del Título I cambió bastante a lo largo de la elaboración del texto constitucional y por eso se puede afirmar que la referencia expresa hecha al Título I en el artículo 54 se refería más bien a lo que hoy constituyen los derechos fundamentales⁵¹, postura ésta, la referida al límite de su ámbito de actuación, que rechazamos.

En conclusión, no existe, a nuestro juicio, una reserva constitucional que predetermine y configure las funciones del Defensor del Pueblo. La Constitución y

⁵¹ Idea de SANTAMARÍA PASTOR mantenida en la mesa redonda de los días 1, 2 y 6 de julio de 1981 en Madrid. "El Defensor del Pueblo y la Administración", Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno. Cit. Pág. 52.

los Estatutos de Autonomía marcan al Defensor del Pueblo y a los respectivos Comisionados Autonómicos un fin a conseguir cual es coadyuvar a la defensa de los derechos fundamentales en cuanto puedan ser objeto de lesión por la Administración pública, pero no establecen una limitación de medios, técnicas o competencias para conseguir este objetivo. Es la Ley Orgánica estatal y las correspondientes normas institucionales reguladoras de estos Comisionados autonómicos las que definen ese catálogo de medios, técnicas jurídicas y competencias que han de atribuirse a los mismos para el mejor cumplimiento de ese genérico objetivo. No hay un círculo tasado de posibilidades para esta actuación, al menos a nuestro juicio.

1.2.2. La actividad mediadora como directriz de funcionamiento

La LODP no reconoce al Defensor del Pueblo la posibilidad de llevar a cabo una actividad mediadora de forma expresa, en contraste con el artículo 21 de la Proposición de Ley que preveía que en la resolución de las quejas y conflictos podría concretar con la Administración afectada y en el marco de la legalidad vigente cuantas formular de conciliación o acuerdo facilitaran la más rápida y positiva resolución de las mismas.

Esta posibilidad que a nuestro modo de ver está llena de bondades y creemos que es la directriz de funcionamiento del Defensor del Pueblo en el futuro puede desplegar su mayor eficacia, no fue interpretada y asimilada correctamente durante la tramitación parlamentaria de la Ley.

Así lo muestran las dos enmiendas de supresión que se formularon en el Congreso que en base a sus argumentos hacían gala de una visión reduccionista de las potenciales funciones del Defensor del Pueblo. La primera de las enmiendas mantenía que las técnicas de conciliación no configuraba una misión que correspondiera al Defensor del Pueblo⁵²; y la segunda de ellas justificaba la supresión al motivar que la defensa y tutela de los derechos fundamentales no podía admitir ni la conciliación ni la transacción⁵³.

Esta enmienda en lo que respecta al objeto de protección del Defensor confunde el todo con una parte. No cabe duda que frente a los derechos fundamentales no cabe conciliación o transacción alguna, pero también es cierto que

⁵² Enmienda número 36 del Grupo Centrista-UCD. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, cit. pag. 38.

⁵³ Enmienda número 58 del Grupo Andalucista. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, cit. pag. 44.

los derechos fundamentales son sólo aquellos regulados en la sección I del Capítulo II del Título I de la Constitución y éste esta compuesto a su vez por otra sección y cuatro Capítulos más y en los derechos que en ellos se reconoce, especialmente los englobados en el Capítulo III si pueden resolverse conflictos entre la Administración y el ciudadano a través de la mediación llevando a una resolución rápida y satisfactoria.

El papel de esta institución en la terminación convencional del procedimiento establecido para los supuestos de conciliación entre los intereses de los ciudadanos y la Administración es un tema que se suscitó por segunda vez en la Universidad Carlos III de Madrid en enero de 1.992 en unas jornadas de estudio sobre los Diez Años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. En las conclusiones de dichas jornadas se señaló en primer término, que la función de mediación que podría desarrollar el Defensor del Pueblo no debe confundirse con la del “mediateur”, modelo francés, que cuenta con unas funciones muy limitadas. Por el contrario, el propio prestigio de la institución y su actuación de colaboración con la Administración pública, así como el cambio de la realidad administrativa, que se desplaza desde la acción imperativa y unilateral al despliegue de mecanismos basados en la ponderación, la composición y el arbitraje administrativo, conforme pautas abiertas e indeterminadas hacen al Defensor del Pueblo una institución idónea para fórmulas de solución por mediación o composición, sobre todo en procedimientos especialmente complejos y con implicación de múltiples intereses, aunque se estimó que ello debería realizarse con suma prudencia, donde la Administración ejerciese una actuación discrecional, y siempre que la Administración estuviese de acuerdo.

Algunas de estas ideas se recogieron por la institución y en la comparecencia parlamentaria ante la Comisión-Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo para la presentación y debate del informe correspondiente a 1993 se puso de manifiesto la posibilidad de considerar a la institución como un mecanismo eficaz en la solución convencional de los conflictos⁵⁴.

Avanzando en el tiempo y profundizando en el estudio de la mediación y del Defensor del Pueblo como mediador, el 3 de octubre de 1995, se celebró una comparecencia ante la Comisión Mixta para las Relaciones con el Defensor del Pueblo, a petición del grupo parlamentario de Izquierda Unida sobre el papel de la

⁵⁴ BOCG, serie A, número 51, de 24-2-93. Número de expediente Congreso 260/000001 y número de expediente Senado 780/000001.

institución en la terminación convencional del procedimiento⁵⁵. Y en ese mismo año Margarita RETUERTO BUADES, Defensora del Pueblo en funciones, durante las Jornadas de estudio “El Procurador del Común: Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas”, organizadas por las Cortes de Castilla y León y el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, expresaba abiertamente la evolución en las tendencias de actuación de la institución que poseedor de una excelente virtud cual es la capacidad de adaptabilidad realiza, de hecho actuaciones de mediación. Esta actividad mediadora, afirmaba RETUERTO BUADES, no debe suponer una excepcionalidad en el proceder de la Institución, sino que constituye una forma ordinaria y normal de actuar en el ejercicio de sus cometidos, en el sentido de intervención que procura una solución legal a un conflicto entre dos partes, una de las cuales, al menos, es la Administración pública⁵⁶.

En 1997 se celebraron las XII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo en Sevilla bajo la organización de la institución Andaluza. En ellas se analizó de manera profunda la intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de los conflictos, aprobándose a modo de conclusión un texto en el que los Defensores unificaron la postura de aprovechar todas las fórmulas que le posibilitan sus regulaciones para la resolución de los conflictos que surgen entre las Administraciones públicas y los ciudadanos; de reconocer que las fórmulas de mediación encuentran acomodo en la actuación de estas instituciones y ayudan al acercamiento y la formación de soluciones que pueden alcanzar las partes en conflicto, principalmente en el campo de la potestad discrecional de la Administración; y de requerir adaptación, en su caso, las respectivas leyes reguladoras para que exista esa previsión con carácter de ley con el fin de garantizar con precisión el alcance y contenido de la actividad mediadora.

Mas adelante en el año 2000, se vuelve a ratificar esta actividad mediadora y nuestro actual Defensor del Pueblo, Enrique MÚGICA HERZOG, reconoce que su misión y también la de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos es contribuir a hacer cultura de paz, en lo cotidiano, en lo más cercano, como magistratura de persuasión, como instituciones concebidas para resolver los conflictos de los

⁵⁵ Diario de Sesiones de las Cortes Generales Comisiones Mixtas Año 1995 V Legislatura Núm. 87 para las relaciones con el Defensor del Pueblo. Sesión núm. 10 celebrada el martes, 3 de octubre de 1995, en el Palacio del Congreso de los Diputados.

⁵⁶ Vid. RETUERTO BUADES, M. “*Ámbito propio del Defensor del Pueblo y relaciones de coordinación y cooperación con los órganos similares de las Comunidades Autónomas*”. El procurador del Común, Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas, Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid, 1995. págs. 95 – 114.

ciudadanos con la Administración desde la persuasión, el diálogo, la mediación, utilizando como único instrumento la fuerza de la palabra y la razón⁵⁷.

Interesa aquí traer a colación con más detalle los términos en que se establece la posición institucional sobre la posibilidad de intervenir en la terminación convencional de los procedimientos administrativos.

Junto a la figura de la mediación introducida por la Ley 30/1992, en su artículo 88, el artículo 107.2 de la misma Ley hace referencia también a la posibilidad de que las leyes regulen la sustitución del recurso administrativo ordinario por un procedimiento especial, que puede ser de arbitraje, de conciliación y mediación, o bien de recurso ante comisiones independientes. Es decir, se prevé la resolución de los conflictos que se susciten con ocasión de las decisiones de la Administración de maneras distintas a las tradicionales, sin perjuicio del derecho que asiste a los ciudadanos de obtener, en último término, la tutela judicial de sus derechos, tal y como les reconoce el artículo 24.1 de la Constitución. Algunas de esas nuevas fórmulas también apelan a la negociación o a la búsqueda de un acuerdo entre las partes, con la ayuda, en su caso, de un mediador.

Estas previsiones legales, por más que sean muy generales e inconcretas y necesiten, en la mayoría de los casos, otras leyes especiales o normas de desarrollo, revelan un importante cambio de tendencia en la concepción de lo que deben ser las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Especialmente suponen el intento de superar la concepción tradicional y formalista que percibe la función de administrar como una aplicación automática de normas jurídicas exhaustivas y como un ejercicio permanente de autoridad.

La experiencia ha venido demostrando que la búsqueda de la solución más adecuada, tanto desde el punto de vista del interés general como desde el respeto a los derechos de los ciudadanos, exige una aplicación flexible de las normas o una decisión discrecional para la que es preciso valorar debidamente todos los intereses en presencia, ya que la aplicación rigurosa de la ley puede generar, a veces, tales conflictos que se hace preciso incluso modificar, consensuadamente, el tenor literal de sus mandatos para conseguir soluciones aceptables por la ciudadanía, o en todo caso, soluciones razonables y equitativas.

⁵⁷ Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 2000. Pág. 312.

La Administración necesita modificar sus pautas de actuación sin que ello signifique la pérdida de sus prerrogativas. Precisa transformarse en una organización cada vez más dialogante, más abierta, más dúctil y capaz de resolver los problemas mediante el acuerdo procurando evitar la confrontación. La terminación convencional de los procedimientos y la posibilidad de resolver impugnaciones a través de fórmulas de conciliación y mediación, son instrumentos legales que permiten llevar a la práctica esta nueva forma de administrar, no es preciso que todos los procedimientos finalicen con un acto unilateral de la Administración. Todo ello, claro está, sin merma de la sujeción al Estado de Derecho, pues en ningún caso la Administración puede llegar a pactos, acuerdos o transacciones que constituyan una infracción de la legislación vigente, y también sin merma de la obligación que tiene la Administración de perseguir el interés general que impide cualquier tipo de compromiso frente a demandas abusivas o manifiestamente infundadas.

Junto a la necesidad de que la Administración se adapte a los nuevos tiempos también es conveniente que no se acumulen innecesariamente los conflictos y que las reclamaciones no sean artificiales y abusivas. Para ello es necesario que cambiemos un poco nosotros mismos para que cambie la sociedad, no haciendo de toda situación un conflicto ni de nuestro mundo una fortaleza.

La aprobación de la Ley 30/1992 dio un nuevo impulso a la regulación de varios supuestos de terminación convencional. Por poner unos pocos ejemplos, vale la pena comprobar como este instrumento se contempla en algunos de los Reglamentos más importantes aprobados por el Estado para su adaptación a la Ley 30/92. Así, en el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; en el Reglamento de subvenciones; en el Reglamento de autorizaciones, etc. Pero para la extensión de la terminación convencional de los procedimientos se precisa un cambio cultural y de actitudes en numerosas parcelas de la Administración, poco habituada a transigir con los particulares y a aceptar la mediación de terceros.

Es preciso hacer unas breves reflexiones, en particular sobre la mediación y la conciliación antes de entrar a considerar cuál debe ser el papel del Defensor del Pueblo en la mediación y cuáles las posibles reformas legislativas.

La mediación, como es sabido, es un procedimiento de resolución de conflictos por el que un tercero neutral intenta contribuir a una solución acordada, organizando el intercambio de puntos de vista entre las partes, ayudándoles a buscar puntos de encuentro de sus respectivas posiciones y, en definitiva, propiciando una composición de sus intereses. El resultado positivo de la mediación, de este viejo

sistema de resolución de conflictos del que ya nos hablaban los griegos⁵⁸, es lo que denominamos conciliación o transacción, que puede lograrse también, como es lógico, sin la intervención de un mediador. Por su parte, la mediación no comporta, necesariamente, un resultado positivo; es decir, puede resultar infructuosa, lo que implica que el procedimiento deberá resolverse por otras vías, en su caso, judiciales.

Lo característico de la mediación, y aquí importa mucho subrayarlo, es que el mediador no decide, al contrario que el tercero que hace las veces de árbitro o el órgano que resuelve un recurso administrativo o judicial. Mediante la mediación simplemente se ayuda a las partes a encontrar una solución negociada, pero son las propias partes las que deciden, en último término, si aceptan o no las propuestas o sugerencias del mediador o las que, a través de los buenos oficios de aquél, son capaces de alcanzar un acuerdo, bajo su exclusiva responsabilidad. La mediación significa, por consiguiente, asociar a las partes a la resolución de un litigio, pero son las propias partes las que deciden libremente, sin más compromiso que el de aceptar la mediación. La tarea del mediador, muchas veces ardua y sutil, consiste en facilitar ese resultado, pero sin ningún tipo de imposición, sino sólo con el apoyo de su autoridad personal o institucional y de su habilidad para convertir un desacuerdo inicial en una composición amistosa de los intereses en presencia.

Por tratarse de un procedimiento informal y vinculado a la voluntad de las partes, que no tiene carácter decisorio, la mediación puede utilizarse con diferentes finalidades. Por un lado, en los supuestos de terminación convencional previstos por las leyes y reglamentos, con el objeto de facilitar el pacto o acuerdo que puede poner fin al procedimiento. También en sustitución del recurso ordinario contra un acto o decisión administrativa ya adoptado, como prevé el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, aunque quizá no sea éste el caso más apropiado, porque no es muy lógico constreñir la labor de mediación a plazos estrictos y a otras formalidades, como es característico de los procedimientos de impugnación. La mediación puede ser útil siempre que exista un conflicto, antes o después de una decisión. Incluso si el conflicto se plantea al margen de un procedimiento administrativo, porque, por ejemplo, se pretende cambiar una norma jurídica o se reclama una actividad administrativa material. Incluso si el conflicto está ya sustanciándose en la vía judicial, pues nada impide, en principio, alcanzar un acuerdo extrajudicial conveniente para todas las partes, que pueda poner fin al litigio.

⁵⁸ Vid. MARKIEGI CANDINA, Xabier, “*La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos*”, XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 73 – 87.

Conviene insistir en todas estas características, para poner de relieve que el recurso a la mediación no priva a la Administración de sus potestades de decisión unilateral en ningún caso, potestades que puede utilizar si la mediación no llega a buen fin. También para significar que el alcance de la mediación es, de por sí, más amplio que el del arbitraje o la resolución de un recurso administrativo, porque, a diferencia de estos instrumentos, no tiene una naturaleza intrínsecamente jurídica. No quiere decirse con ello, como es evidente, que la mediación no deba desempeñarse dentro de los límites del Derecho. Está claro que sí. Pero, en ese marco, la mediación no tiene por qué basarse sólo en argumentos jurídicos, sino que ha de tener en cuenta factores de equidad y de justicia material y, en general, todos aquellos elementos de oportunidad que permitan alcanzar una solución razonable y satisfactoria para las partes. Es más, mientras que jueces, árbitros y órganos de resolución de recursos sólo pueden decidir en aplicación del Derecho vigente, a través de la mediación se puede pretender y conseguir justamente el compromiso de modificar alguna norma, cuando sea su contenido o su estricta aplicación la causa del conflicto o resulte conveniente reformarla para resolverlo pacíficamente⁵⁹.

Además, puesto que se trata de un modo informal de arreglo de las controversias, que no aboca a ninguna decisión vinculante de un tercero, el recurso de la mediación puede utilizarse muchas veces aún en ausencia de norma jurídica que lo prevea expresamente, siempre que sea compatible con el asunto de que se trata.

También conviene recalcar que la mediación no excluye ni condiciona, en ningún caso, el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Lo que pasa, y ésta es una de las claves de la cuestión, es que hoy en día la justicia es, por lo general, demasiado lenta y demasiado costosa para el ciudadano. Recordando las acertadas palabras del profesor NIETO “*¿Es Justicia la que se impone demasiado tarde? ¿Es Derecho el que se aplica extemporáneamente? La Justicia y el Derecho tienen, como las semillas, un plazo de fertilidad, a partir del cual devienen estériles. El ser humano vive en un tiempo cuyos umbrales no pueden ser desbordados y menos en la edad presente. La lentitud es el peor de los males de la Justicia y el “demasiado*

⁵⁹ Sobre la exclusión del arbitraje como una posibilidad de actuación de la institución de los Comisionados Parlamentarios ver GIRÓN CARO, Carlos “*La intervención de los Defensores del Pueblo Andaluz*” XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 89 - 97.

tarde” es el RIP del Derecho. ¡Cuántas veces el juez como el médico, llega tan tarde que ya de nada vale su intervención por muy sabia que sea!”⁶⁰.

Además de ello, las decisiones judiciales no pueden sino fundarse en la aplicación del Derecho vigente y fallar de acuerdo con lo previsto por las normas, sin tener en cuenta otro tipo de consideraciones o circunstancias. Por ello la conciliación, la transacción, la posibilidad de alcanzar acuerdos y la actividad de mediación que facilita conseguirlos, constituyen si no una alternativa general y mucho menos una panacea, sí, al menos, un complemento de la tutela judicial; Son instrumentos que, junto a otros, pueden contribuir en alguna medida a descongestionar el aluvión de asuntos que hoy en día recae en exclusiva sobre las cargadas espaldas de los Tribunales Contencioso-administrativos⁶¹.

Ahora bien, cabe preguntarse si la mediación o, más en general, los intentos de conciliación y negociación pueden tener virtualidad real en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración. Porque, si bien son modos suficientemente probados en aquellos casos en que las partes se hallan en una posición de sustancial igualdad jurídica, las relaciones internacionales, laborales, mercantiles y civiles en general, puede dudarse de que puedan transplantarse con éxito a un ámbito en el que una de las partes, la Administración, tiene, al fin y al cabo, la facultad de decidir unilateralmente, por regla general, con independencia del posterior control judicial, en su caso. Desde este punto de vista no se puede ser demasiado optimista a priori. La conciliación, la terminación convencional, incluso la puesta en marcha de un procedimiento de mediación, dependen de un acuerdo de voluntades al que la Administración debe concurrir. Y, si bien es lógico pensar que el ciudadano está muchas veces deseoso de resolver sus controversias con la Administración por medio de acuerdos y negociaciones, sin tener que iniciar un proceso, e inclusive de recurrir a una mediación si le resulta gratuita o a un coste soportable, no cabe esperar lo mismo en sentido recíproco.

De todas formas, la experiencia, especialmente la de los últimos tiempos, demuestra que hay ocasiones en que también a la Administración interesa resolver un problema de manera rápida y consensuada, si es necesario apelando algún tipo de mediación. A veces porque, aunque tenga la potestad jurídica de hacerlo, no le es

⁶⁰ Vid. NIETO Alejandro, *La balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, 298 páginas, cit., pag. 78.

⁶¹ Vid. ROVIRA VIÑAS, Antonio, “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo”... cit. pag. 33.

fácil imponer en la práctica el cumplimiento de ciertas decisiones unilaterales, si generan una fuerte oposición social.

Es muy posible que el recurso a la conciliación y a la mediación en materia administrativa encuentre resistencias y no llegue a consolidarse sino lenta y parcialmente en determinados sectores de la Administración. Pero por otra parte se constata que ya hoy en día la propia Administración está abierta a la utilización de estas fórmulas en ciertos casos y que se trata de fórmulas viables y capaces de producir resultados positivos, tanto desde el punto de vista de la consecución rápida, ágil y gratuita o a bajo coste de salidas razonables y equitativas para ciertos problemas como de la pacificación de conflictos colectivos y de intereses de difícil resolución. Por eso entendemos que merece la pena impulsar, en su caso mediante las correspondientes reformas legales, la práctica de estos métodos, confiando en que el conocimiento de las ventajas que ofrecen vaya facilitando un uso cada vez mayor en múltiples áreas de la actividad administrativa.

La mediación facilita el diálogo, el acercamiento de posturas y la formulación de propuestas de entendimiento comunes que permitan una solución negociada del conflicto. No en vano, entre las ventajas de la mediación debemos destacar: primero, que las medidas acordadas a través de la mediación implican una mayor responsabilidad de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones; segundo, que las decisiones así pactadas implican una mayor protección de los intereses en juego, al tomar en consideración las respectivas posiciones de las partes; tercero, la mayor satisfacción de las soluciones adoptadas por las partes inspiradas por un espíritu de negociación; cuarto, se configura como una medida mucho más barata que los gastos que supone emprender una vía judicial y quinto, es una medida caracterizada por la celeridad, en cuanto que se trata de un proceso rápido que en varias entrevistas puede concluir.

Es obvio que la mediación puede confiarse a cualquier persona y no es bueno que las leyes constriñan o impongan un determinado mediador. La virtualidad de este instrumento depende sobre todo de la confianza que en él depositen las partes. Pero en el caso de algunas instituciones, la asunción de este tipo de funciones parece especialmente apropiada. Tratándose de mediar en la resolución de conflictos entre las Administraciones públicas y los ciudadanos, entendemos que éste es exactamente el caso del Defensor del Pueblo.

En tanto que Alto Comisionado de las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo reúne cualidades de absoluta imparcialidad que le han hecho, a lo largo de sus años de funcionamiento, merecedor de un elevado grado de confianza entre los

ciudadanos y la Administración. Por otra parte, es una institución cualificada por su conocimiento de la Administración y experimentada en el trato con los ciudadanos que plantean quejas o tienen problemas en sus relaciones con la Administración. Es más, podría decirse que la función que el Defensor del Pueblo desempeña guarda una acusada semejanza con la mediación. El Defensor del Pueblo no decide, ni modifica o anula las resoluciones de la Administración, sino que, por lo general, investiga y se informa de los problemas para sugerir actuaciones o recomendar criterios además de otras advertencias y recordatorios de deberes legales.

Por otra parte, el Defensor del Pueblo es una institución pública que, por su dependencia del órgano que encarna la soberanía popular, puede considerarse como más idónea que otras para mediar en los conflictos en que es parte una Administración pública. A diferencia de lo que suele ser frecuente en el caso de los mediadores privados, el Defensor del Pueblo presta sus servicios de manera gratuita. Esta circunstancia facilitaría, si duda, la aceptación de la mediación por personas y entidades con escasos recursos económicos. De hecho, estas ventajas han sido tenidas en cuenta por algunas Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas que han atribuido expresamente las funciones de mediación a sus respectivos Comisionados Parlamentarios⁶².

⁶² Así, la Ley del Justicia de Aragón en el artículo 22.3 cuando le reconoce la posibilidad de proponer fórmulas de conciliación o acuerdo para solventar un problema determinado; de la Ley del Sindic de Greuges de Baleares en el artículo 23 refiriéndose a las actuaciones de avenencia; de la Ley del Valedor del Pueblo Gallego en el artículo 29 al calificar la actuación del Valedor como mediación; de la Ley del Procurador del Común en el artículo 20; de la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña en el artículo 28.1; de la Ley reguladora del Justicia de Aragón el artículo 27 y de la Ley del Ararteko en el artículo 12.c) cuando dispone que entre sus poderes inquisitivos se encuentra procurar, en colaboración con los órganos y servicios competentes, las soluciones más adecuadas en defensa de los intereses legítimos de los ciudadanos y la adecuación de los órganos legislativos a los principios de objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. En estos mismos términos se expresa la Ley foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad foral de Navarra en el artículo 17.3. Un caso peculiar es el del Defensor del Pueblo Andaluz, cuya norma legal coincide en no reconocer la importante y eficaz función mediadora, mientras que sí se reconoce en el artículo 26 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento en los siguientes términos: “*El Defensor del Pueblo Andaluz podrá proponer, en el marco de la legislación vigente, al Departamento, organismo o entidad afectados fórmulas de conciliación o acuerdo que faciliten una solución positiva y rápida de las quejas*”.

Las funciones de mediación del Defensor del Pueblo Europeo se encuentran reconocidas en la Decisión que aprobó el propio Defensor en ejecución de su Estatuto. Éste tras realizar las investigaciones relativas a las quejas admisibles y una vez comprobada la existencia de un caso de mala administración cooperará en toda la medida de lo posible con la Institución afectada para encontrar una solución amistosa que suprima el caso de mala Administración y dé satisfacción al ciudadano. Si el Defensor estima que una cooperación de este tipo ha tenido éxito, archivará el asunto mediante una decisión motivada, informado de su decisión al ciudadano y a la institución afectada. Si el Defensor del Pueblo estima que no es posible una solución amistosa, o que la búsqueda

En términos muy generales, puede entenderse que cabe transacción siempre que la Administración no esté obligada a ejercer potestades estrictamente regladas, y muy especialmente, cuando ejerce potestades discrecionales, si no lo impiden razones de orden público ni derechos preferentes de terceros⁶³. O, como tiene señalado la doctrina del Consejo de Estado, siempre que exista una relación jurídica incierta o litigiosa susceptible de resolverse mediante concesiones recíprocas de las partes⁶⁴.

La mediación del Defensor del Pueblo no puede imponerse en ningún caso, sino que debe ser siempre aceptada voluntariamente por las partes, como es característico de toda mediación. No obstante, la iniciativa puede ser adoptada por ambas partes de común acuerdo, a petición de una de ellas o por el propio Defensor del Pueblo. En relación con este último punto, sería conveniente reconocer al Defensor del Pueblo la facultad de proponer a las partes y en particular a las Administraciones, la posibilidad de llegar a un acuerdo o conciliación, ofreciendo su mediación institucional, con ocasión de la tramitación de una queja. Lo normal será que este procedimiento se utilice para resolver conflictos de naturaleza colectiva, pero no se debe excluir la posibilidad de que el Defensor del Pueblo proponga también su mediación en conflictos individuales cuando la ocasión parezca propicia⁶⁵.

Caso distinto es si la iniciativa de requerir la mediación del Defensor del Pueblo se adopta de común acuerdo por todas las partes en conflicto, incluida la Administración. En tales casos, habida cuenta de su naturaleza pública, podría considerarse lógico que el Defensor del Pueblo estuviera obligado a ejercer la función mediadora. Aunque conviene, sin embargo, ser precavido, ya que el

de una solución amistosa no ha tenido éxito, archivará el asunto mediante decisión motivada, que podrá contener un comentario crítico, o elaborará un Informe con proyectos de recomendación.

⁶³ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano; “*El Defensor del Pueblo como institución de control de las Administraciones Públicas...*” cit. pag. 132.

⁶⁴ Vid. MARKIEGI CANDINA, Xabier, “*La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos*”, XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 73 – 87. En esta ponencia del que fuera Ararteko se hace un análisis de la aplicación de técnicas de resolución de conflictos a través de la mediación en la praxis del Ararteko.

⁶⁵ Como ejemplos de la actividad mediadora que analizaremos, citamos en este momento: en los conflictos colectivos, la queja 91/2588, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, pag. 637, y en los conflictos individuales, la queja 97/3907 relativa a la restauración del Palacio de Purullena en El Puerto de Santa María, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 141-143 y, la queja 98/1492, relativa a la financiación de un proyecto de intervención arqueológica, Ver Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 273 a 275.

Defensor del Pueblo debe seguir, lógicamente, atendiendo a sus demás tareas. Naturalmente, parece claro que la mediación debería ser obligada si existiera un requerimiento al respecto de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Defensor del Pueblo, con acuerdo de todas las partes implicadas. Por último, el Defensor del Pueblo no debe verse obligado a aceptar las peticiones de mediación de una sola de las partes entrando en contacto con la otra, pues, si así fuera, es de prever que las peticiones se multiplicarían rápidamente pudiendo producir dilaciones sensibles en el funcionamiento de la institución.

Dadas las características del Defensor del Pueblo, su utilización al servicio de esta fórmula de solución incluso en procedimientos especialmente complejos y con implicación de múltiples intereses, como por ejemplo los medioambientales que vamos a estudiar, constituiría una buena experiencia para la gradual renovación del sistema administrativo. Además de ello, por ser una Institución Parlamentaria, la mayor participación de esta Institución en la solución de los tan comentados conflictos, ayuda a vitalizar el Parlamento, del que esta Institución es un Comisionado, como órgano de representación de los ciudadanos y permite, a través de ésta, el que se establezcan unas relaciones entre ciudadanos y las Cámaras que los representan, fundamentalmente a través del mecanismo de cierre del sistema, en el que se incardinan las relaciones entre Comisionante y Comisionado: el Informe al Parlamento.

Otros aspectos a tener en cuenta son los organizativos y procedimentales. Sobre los primeros hay que sopesar la posibilidad de que, en determinados casos, el Defensor del Pueblo pueda contar para el desempeño de su función mediadora con la asistencia o apoyo externo de carácter técnico o profesional o que incluso pueda proponer a las partes la actuación como mediadores de personas de reconocido prestigio y solvencia en la materia que se trate. En cuanto al procedimiento, parece conveniente no fijar demasiadas prescripciones, puesto que la mediación es por esencia una tarea informal que debe ejercerse con la libertad necesaria para alcanzar su fin. Parece necesario, sin embargo, que las partes se obliguen a determinar con la mayor precisión posible, en un momento inicial, el acuerdo de mediación, es decir, los límites y condiciones en que debe ejercerse la mediación, acuerdos que deberían ser afrontados por todos incluido el mediador. Tratándose del Defensor del Pueblo no es necesario recalcar la confidencialidad y reserva que deben presidir el ejercicio de la función mediadora.

Para llevar a cabo esta labor sería preciso promover determinadas reformas legislativas. No obstante hay que señalar que, dado el carácter informal que el procedimiento de mediación tiene interpretando en un sentido flexible sus facultades

de recomendación y sugerencia a las Administraciones públicas para la resolución de las quejas que tramita, puede entenderse que el Defensor del Pueblo está habilitado hoy en día para realizar tareas de mediación. De hecho en algunas ocasiones ya ha llevado a cabo o ha intentado actuaciones que en términos sustantivos podrían calificarse de mediadoras, sin mayores formalidades. Ello no es óbice, como ya hemos mencionado, para que sea conveniente recoger y regular en la ley estas facultades. Primero, para solventar cualquier duda o polémica sobre el particular. Segundo, para estimular el recurso a la mediación de la institución por parte de ciudadanos y Administraciones públicas y no sólo con ocasión de la tramitación de quejas formuladas previamente. Tercero, para establecer una ordenación legal, siquiera mínima, de los supuestos en que cabe solicitar o sugerir la mediación y de las condiciones generales con que puede realizarse.

La regulación debería ser escueta, pues, como se ha dicho, conviene no constreñir en demasía las posibilidades de mediación y las facultades del mediador. Sea como fuere, la reforma legal debería empezar por reconocer claramente la facultad del Defensor del Pueblo para proponer a la Administración, Departamento u organismo afectado, con ocasión de la tramitación de una queja y siempre que lo estime oportuno, fórmulas de conciliación o compromiso, en el marco de la legalidad vigente, con el fin de dar solución rápida, equitativa y satisfactoria a la queja planteada.

A continuación parece conveniente establecer la posibilidad de que las Administraciones públicas y cualesquiera entidades de ellas dependientes y los particulares o entidades sociales interesadas sometan, de común acuerdo, la solución de una controversia a la mediación del Defensor del Pueblo, en particular cuando se trate de conflictos que afecten a una pluralidad de personas e intereses. A este respecto convendría precisar que, aceptada la mediación en su caso, las partes establecerán por escrito los límites, condiciones y, si procede, el plazo máximo en que la mediación debe realizarse. También debe dilucidarse si en algún tipo de supuestos la solicitud de mediación debe ser obligatoriamente aceptada por el Defensor del Pueblo, ya sea tratándose de conflictos que afecten a un gran número de personas o sólo a requerimiento de la Comisión Mixta Congreso-Senado sobre el Defensor del Pueblo.

Igualmente, para estos últimos casos sería conveniente determinar si la solicitud puede o no formularse mientras esté pendiente una resolución judicial. En caso afirmativo se alteraría la regla general que, en cuanto a la tramitación de las quejas, establece el artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Pero en dichos casos no se estaría ante la tramitación de una queja, sino ante un

requerimiento consensuado de mediación, con el fin de buscar una solución extrajudicial del conflicto, lo que no tiene por qué interferir con las actuaciones judiciales

Además, sería oportuno abrir de manera expresa en la Ley Orgánica la posibilidad de que el Defensor del Pueblo requiera la colaboración o el asesoramiento de expertos o personas de reconocido prestigio, aceptadas por las partes, para que le asistan en el ejercicio de las tareas de mediación. En tal caso, debe subrayarse que dichos colaboradores estarán sometidos a los mismos deberes de confidencialidad o reserva que impone al Defensor del Pueblo y al personal dependiente del mismo el artículo 22.2 de su Ley Orgánica. Estas serían básicamente los aspectos que requieren una modificación concreta a lo que habría que añadir con otros aspectos de detalle, por conexión con los anteriores.

Así pues, y para finalizar, cabe concluir afirmando que el artículo 54 de la Constitución y el Título III de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo contienen, a nuestro juicio, habilitación suficiente para intervenir en sede de terminación convencional, máxime cuando el ámbito natural de la concertación es el de la prestación de servicios o reconocimiento de derechos. Ámbito éste en el que el ciudadano no está subordinado a la Administración en cuanto ésta ejerce un poder de “*imperium*”, sino que es titular de posiciones activas frente a ella. En definitiva se trata del ámbito de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución a cuya defensa se circunscribe la misión constitucional de la Institución del Defensor del Pueblo.

Ahora bien, habrá que tener presente que tal habilitación existe siempre y cuando se distinga entre dos hipótesis diferentes:

Primera.- La posibilidad de formular sugerencias o recomendaciones para que particulares y Administración celebren convenios para la terminación de un procedimiento (por ejemplo, en materia de protección de medio ambiente). Sin embargo, tal sugerencia sólo tendrá apoyatura jurídica en la medida en que, como se ha señalado, las diversas normas sectoriales de procedimiento prevean la posibilidad de terminación convencional.

Segunda.- Posibilidad de control por el Defensor del Pueblo del cumplimiento de los convenios ya suscritos. Tal posibilidad abre tres vías a su vez: a) Que el Defensor del Pueblo recuerde a la Administración el deber legal de cumplimiento de los acuerdos suscritos. Ello no plantea ningún problema al haber este supuesto en el artículo 30 de nuestra Ley Orgánica; b) Que el Defensor del Pueblo actúe como

árbitro o conciliador en el caso de discrepancia sobre un convenio; c) Que el Defensor del Pueblo actúe como instancia resolutoria de los conflictos de interpretación o aplicación de un convenio. De postularse alguna de estas dos últimas hipótesis, se chocaría, a mi juicio, con la naturaleza propia de la Institución, magistratura de persuasión cuya misión no es dictar laudos, componer intereses, o incluso, invadir una esfera que corresponda al Poder Judicial, sino defender derechos. Tal cambio de naturaleza, que por esta razón requeriría una modificación en su Ley Orgánica reguladora, desdibujaría, en conclusión, los perfiles propios del Defensor del Pueblo como institución integrante del grupo más amplio de los Ombudsmen, para iniciar una nueva andadura sin parangón en Derecho comparado.

2. La realidad autonómica de los Comisionados Parlamentarios

2.1. El silencio del artículo 54 de la Constitución en el reconocimiento de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos

En la tramitación constitucional ni se reconoció expresamente la posibilidad de las Comunidades Autónomas de crear su Comisionado Parlamentario, ni se estableció impedimento alguno para que a través de los Estatutos correspondientes, las distintas Comunidades autónomas pudieran contar con un Defensor del Pueblo regional.

Durante la tramitación parlamentaria del actual artículo 54 se barajaron distintas formas para institucionalizar a los Comisionados Parlamentarios. Así, en una de las enmiendas presentadas⁶⁶ se proponía la inclusión del siguiente texto: “*En todas las naciones y regiones del Estado que accedan a un organismo jurídico específico existirá asimismo la figura del Defensor del Pueblo*”. De esta enmienda se puede realizar los siguientes comentarios críticos: en primer lugar, la expresión tan ambigua utilizada “*naciones y regiones del Estado que accedan a un organismo jurídico específico*” con la que se pretende que quede expresamente reconocido en el texto de la Constitución el derecho de las, posteriores, Comunidades Autónomas de

⁶⁶ Enmienda número 64. Grupo Parlamentario Mixto: Primer firmante, don Francisco Letamendía Belzunce. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen I... Cit. pag. 167.

contar con un Defensor del Pueblo, este postulado queda en una mera declaración de principios de la defensa de los derechos propios de las regiones y nacionalidades, pero en nada contribuye a clarificar el fondo de la cuestión, es decir, en determinar para qué se necesita un Defensor, cuáles han de ser sus competencias y cuáles sus características.

En segundo lugar hay que tener en cuenta el tiempo verbal empleado, “*existirá*”, se plantea con un sentido imperativo, es decir, con carácter obligatorio, lo que parece chocar frontalmente con el principio dispositivo que informa el completo dictado de la Constitución sobre las Comunidades Autónomas. Esta enmienda formulada por el Diputado del Grupo Mixto no es sino muestra de lo que EMBID IRUJO⁶⁷ ha concluido en calificar sentido antiautonomista, en cuanto que postular que la Constitución imponga obligaciones como la existencia de un Defensor del Pueblo a las futuras Comunidades Autónomas significa cercenar la potestad de autoorganización de las mismas que siempre ha sido juzgada como consustancial a la existencia de la autonomía. Acorde a esta enmienda era la que se presentaba al artículo 153.1 para sustituir en los apartados a) y b) el término “Defensor del Pueblo” por “Defensores de los Pueblos” para dotar de legitimidad a estos últimos en la interposición de los recursos de amparo e inconstitucionalidad.

Ambas enmiendas se rechazaron y así, el texto que se aprobó por el Congreso y se trasladó al Senado, seguía guardando silencio sobre esta cuestión. De nuevo en el Senado se presentaron enmiendas al respecto, concretamente dos por los senadores vascos. Con la primera de ellas⁶⁸, que fue rechazada, se pretendía incluir el texto: “*En las Comunidades autónomas existirá asimismo la figura del Defensor del Pueblo*” como párrafo tercero. En relación con la enmienda presentada en el Congreso es de justicia decir que técnicamente se mejoraba el texto, ya que se sustituía la expresión “*organismo jurídico específico*” por “*Comunidades autónomas*”; a pesar de esta mejora se seguía manteniendo el sentido imperativo del verbo que se intentaba justificar por la circunstancia de que en el Estado español conviven diversos pueblos con perfiles, características y problemas propios y peculiares y por ello se necesitaba perfilar la figura de los Defensores del Pueblo en

⁶⁷ Vid. EMBID IRUJO, A, “El control de la Administración Pública por los Comisionados Parlamentarios Autonómicos”, Edit Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1991. cit. Pág. 29.

⁶⁸ Enmienda número 297. Grupo de Senadores Vascos. Primer firmante, don Juan María Bandrés Molet. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen III... Cit. pag. 2794.

cada una de las Comunidades Autónomas, con independencia del Defensor del Pueblo de carácter estatal⁶⁹.

Esta enmienda coincidía con la que en su momento presentó el señor Letamendía en el Congreso, en ambas se contempla la posibilidad de la existencia de un Defensor regional que conviviera con el Defensor estatal, posibilidad a lo que jurídicamente no existe objeción siempre que en las correspondientes leyes que se formulen se delimiten sus competencias con precisión.

La segunda de las enmiendas presentada en el Senado⁷⁰ es muy distinta a la primera. Mientras en la anterior se pretendía la existencia de una figura regional que conviviera con la estatal, en la que ahora se analiza se pretendía que el Defensor del Pueblo actuara en las Comunidades Autónomas también como Comisionado de las Asambleas legislativas y que en consecuencia informara de su gestión a dichas Asambleas.

Esta enmienda fue tajantemente rechazada por los problemas que planteaba, por la conflictividad latente que engendraba; en primer lugar, porque suponía la mixtificación del principio de representación nacional, y a la vez, la disolución de la responsabilidad política que se puede exigir a cualquier cargo elegido por un Parlamento como su comisionado; y en segundo lugar, supondría un cúmulo de problemas organizativos ya que cómo se compaginaría su actuación como comisionado de las Asambleas legislativas, con la designación por las Cortes Generales.

⁶⁹ Este dato nos lleva a plantearnos una reflexión cual es la práctica reiterada de las Comunidades Autónomas de reproducir el esquema organizativo del Estado. Por un sector de la doctrina esta práctica es severamente reprochable por el apreciable grado de mimetismo respecto al Estado lo que bien puede responder a una falta absoluta de ideas en cuanto a las propias necesidades o a la creencia de la bondad de las instituciones estatales, con el grave perjuicio que supone a la Hacienda el mantenimiento de instituciones duplicadas. Otro sector de la doctrina establece que hay un argumento de peso que permite comprender estas imitaciones: el sistema de gobierno de las diecisiete Comunidades autónomas españolas responden a los mismos principios estructurales que el sistema de gobierno del Estado. En todos los casos nos encontramos dentro de los cánones del sistema de gobierno parlamentario, por ello dada esta semejanza estructural de fondo no nos puede parecer excesivamente extraño que una figura como el Defensor del Pueblo, comisionado de un parlamento, que supervisa la actividad de la Administración y da luego cuenta al Parlamento, sea introducida también en los sistemas jurídicos de las Comunidades Autónomas. Esta última es la postura mantenida en la obra del EMBID IRUJO, A. “El control de la Administración Pública por los Comisionados Parlamentarios Autonómicos”..., cit. pág.35.

⁷⁰ Enmienda número 993. Añadir al apartado 1: “En las Comunidades autónomas, el Defensor del Pueblo actuará como comisionado de las asambleas legislativas correspondientes.” Añadir al apartado 2: “...y a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas en su caso”. Vid. SAINZ MORENO, F., *Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*, Volumen III... Cit. pag. 3086

Así las cosas, nuestra Constitución ni reconoce expresamente la posibilidad de las Comunidades Autónomas de crear su Comisionado Parlamentario, ni establece impedimento alguno para que a través de los Estatutos correspondientes, las distintas Comunidades autónomas pudieran contar con un Defensor del Pueblo regional. Veamos qué ocurrió en los Estatutos de Autonomía.

2.2. El Reconocimiento estatutario de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos: Especial estudio del Estatuto de Autonomía Andaluz

De las diecisiete Comunidades autónomas, sólo doce han previsto en sus correspondientes Estatutos la creación de un Comisionado Parlamentario Autonómico con su denominación propia⁷¹. Las restantes Comunidades Autónomas y las dos Ciudades Autónomas no hacen en su Estatuto mención alguna a la posible existencia de un Comisionado Parlamentario Autonómico⁷². Por tanto, si hacemos una lectura literal del artículo 147.2 c) de la Constitución sólo doce Comunidades autónomas pueden instituir órganos similares al Defensor del Pueblo. Ahora bien, una interpretación dinámica del proceso de institucionalización de las Comunidades autónomas exige que las Comunidades autónomas que carezcan de previsión estatutaria expresa, puedan crear esta institución a través de una ley ordinaria y en virtud de la amplísima potestad de autoorganización de la que son titulares. Este ha sido el caso del legislador navarro a través de Ley Foral 4/2000, de 3 de julio del

⁷¹ Artículo 15 del Estatuto del País Vasco desarrollado en la Ley 3/1985, de 27 de febrero que crea y regula la institución del Ararteko; artículo 35 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, desarrollado por la Ley 14/1984, de 20 de mayo, del Sindic de Greuges de Cataluña, modificada por la Ley 12/1989, de 14 de diciembre; el artículo 14 del Estatuto de Autonomía de Galicia, desarrollado por la Ley 6/1984, de 5 de junio que regula el Valedor del Pueblo de Galicia; el artículo 46 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, desarrollado en la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz; el artículo 24 del Estatuto de Autonomía Valenciano, desarrollado por la Ley 11/1988, de 26 de diciembre del Síndico de Agravios; los artículos 11, 33 y 34 del Estatuto de Autonomía de Aragón, desarrollados en la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón; el artículo 14 del Estatuto de Autonomía Canario, desarrollado en Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común; en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía Balear, desarrollado en la Ley 1/1993, de 10 de marzo, del Sindic de Greuges de las Islas Baleares y en el artículo 14 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, desarrollado en la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla León también en el artículo 14. Tanto el Estatuto de Autonomía de Cantabria, como el Estatuto de Autonomía de La Rioja, como el Estatuto de Autonomía de Extremadura, aunque prevén la existencia del Comisionado Parlamentario en el artículo 16, el artículo 22 y el artículo 52 respectivamente, no han desarrollado legalmente esta previsión estatutaria y por tanto carecen de su efectiva existencia.

⁷² Comunidades Autónomas de Asturias, Murcia, Castilla la Mancha, Navarra y Madrid, y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra y del legislador castellano manchego a través de la Ley 16/2001, de 20 de diciembre.

Por el lugar en el que nos encontramos y por ser la primera Comunidad autónoma que puso en práctica esta institución detengámonos en el caso andaluz.

El Estatuto de autonomía andaluz aprobado por la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre establece en su artículo 46 que “*sin perjuicio de la institución prevista en el artículo 54 de la Constitución y de la coordinación con la misma, una ley regulará la institución del Defensor del Pueblo, como comisionado del Parlamento, designado por éste, para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración autonómica dando cuenta al Parlamento*”. Se puede decir que este artículo del Estatuto se engloba entre aquellos que, desde sus orígenes, fue absolutamente aceptado al predicarse de él un categórico consenso.

La redacción del actual artículo es la misma que contenía el Proyecto de Estatuto remitido por la Asamblea de Parlamentarios⁷³, no se planteó sobre el mismo ni una sola enmienda y tampoco generó debate alguno, sólo cabe destacar un motivo de desacuerdo que resaltó D. Manuel Fraga Iribarne, por su condición de portavoz del Grupo Parlamentario de coalición Democrática, y que hacía referencia a la denominación de la institución en el sentido de especificarlo o caracterizarlo para evitar confusiones con el Defensor del Pueblo de Cortes Generales⁷⁴.

Hubo que esperar al desarrollo legislativo autonómico de este precepto estatutario para especificar su denominación a través de una enmienda “*in voce*” formulada por el Grupo Parlamentario Andalucista que pretendía sustituir la denominación “Defensor del Pueblo de Andalucía” que propuso la Ponencia, por la expresión “Defensor del Pueblo Andaluz” que a juicio de los enmendantes “*contribuía al fomento y consolidación de la conciencia del pueblo andaluz*”⁷⁵. Esta enmienda fue rechazada en la Comisión, pero defendida en el Pleno consiguiendo ser finalmente aprobada con un total de 69 votos a favor, ninguno en contra y diez abstenciones.

⁷³ Publicado en el B.O.C.G. de 15 de abril de 1981, serie H, núm. 56-I.

⁷⁴ “Estatuto de Autonomía de Andalucía: Trabajos Parlamentarios” Edición preparada por SANTAMARÍA PASTOR J. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1984; pag. 38.

⁷⁵ Diario de sesiones del Parlamento de Andalucía núm. 34. Sesión Plenaria de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1419.

El Estatuto de autonomía andaluz por la disposición sistemática que ha dado al artículo 46 regulador de la institución del Defensor del Pueblo Andaluz dentro del Título II denominado “Organización Institucional de la Comunidad Autónoma” concretamente en el Capítulo III relativo al Consejo de Gobierno y el Presidente de la Junta (artículos 34 a 46) en lugar del Capítulo I que versa sobre el Parlamento (artículos 25 a 30) se ha dotado de una singularidad en cuanto a su técnica jurídica, ya que, al contrario de la mayoría de los Estatutos de Autonomía, para su localización ha primado el objeto de su misión, cual es el control de la Administración autonómica, sobre el carácter de Comisionado Parlamentario⁷⁶.

La previsión estatutaria del artículo 46 se hizo realidad con la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz que posteriormente ha sido modificada en cuatro ocasiones: la primera por Ley 3/1996, de 17 de julio⁷⁷; la segunda por la Ley 1/1998, de 20 de abril⁷⁸, la tercera por la Ley 3/2001, de 22 de mayo⁷⁹ y la cuarta por la reciente Ley 11/2001, de 11 de diciembre⁸⁰.

Con la aprobación de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre Andalucía se convertía en la primera Comunidad Autónoma que daba vida a un Comisionado Parlamentario Autonómico. Esta ley fue el resultado del Proyecto de Ley remitido por el Consejo de Gobierno⁸¹, pero sin embargo no fue éste el que desencadenó en el

⁷⁶ Mantenemos que el criterio de los redactores del Estatuto fue el mismo que siguieron los redactores de nuestro texto Constitucional ya que si observamos la ubicación sistemática del artículo 54 este se encuentre en el Capítulo IV “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales” del Título I con lo que se puede extraer que también primó la misión del Defensor del Pueblo sobre su carácter de alto Comisionado de las Cortes Generales.

⁷⁷ Publicada en el B.O.J.A. núm. 82, de 18 de julio. Con esta ley se modificó el artículo 5.4 otorgando a la, entonces, Comisión de Gobierno Interior y Peticiones la competencia de designar al adjunto que debiera desarrollar interinamente las funciones del Defensor en los casos de muerte, cese, incapacidad temporal o definitiva, en detrimento de la redacción originaria que preveía las sustitución por el orden de los Adjuntos; también se modificó el artículo 8.1 ampliando el número de Adjuntos a tres; y por último la Disposición Adicional estableció que las referencias a la Comisión de Gobierno Interior y Peticiones debía sustituirse por la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos que se regula en el artículo 50 del Parlamento.

⁷⁸ Publicada en el B.O.J.A. núm. 53, de 12 de Julio de 1998.

⁷⁹ Publicada en el B.O.J.A. núm. 64, de 5 de junio. Con esta ley se ha modificado el artículo 5 por lo que se refiere a las causas de cese, a la iniciativa de declaración de la vacante y de decisión de la causa de cese, y siguiendo el criterio que siguen la mayoría de las leyes autonómicas en caso de cese por expiración del plazo de mandato se opta por establecer que la continuidad en funciones se desempeñe por la misma persona titular del cargo, ya que fue éste quien alcanzó en su día la cualificada aceptación parlamentaria.

⁸⁰ Publicada en el B.O.J.A. núm. 144, de 15 de diciembre. Con esta Ley se ha modificado el apartado 1 del artículo 8 a los efectos de añadir un Adjunto más que auxilie al Defensor en sus tareas como Defensor del Menor de Andalucía.

⁸¹ Publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía de 27 de junio de 1983.

Parlamento el primer debate sobre el Defensor del Pueblo Andaluz. El Grupo Parlamentario Centrista redactó una Proposición de Ley que fue publicada en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía número 27, de 17 de mayo de 1983, es decir treinta y un días antes que el Proyecto de ley remitido por el Consejo.

De la Proposición de ley presentada se puede destacar su escasa originalidad ya que prácticamente consistía en la reproducción de una iniciativa similar que se llevó a cabo en el Parlamento y que, en exceso escrupulosa, trasponía la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; la escasa originalidad del texto se justificaba por el portavoz y firmante de la iniciativa andaluza en base al obligado cumplimiento en todo el territorio del Estado de la LODP, de ello se derivaba que cualquier texto que se propusiera para regular la institución del Defensor del Pueblo en un ámbito territorial concreto debía ser a la fuerza idéntico. De mantener esta postura nos preguntamos: ¿En qué queda la competencia de la Comunidad autónoma para organizar y estructurar sus instituciones de autogobierno⁸²? El legislador autonómico respetando el principio de coordinación y cooperación enunciado en el artículo 46 del Estatuto; legislando en el ámbito propio de sus competencias; y conservando los principios inspiradores de la Institución regulada en el artículo 54 de la Constitución podía haber incorporado las especificidades que hubiera considerado oportunas.

Esta Proposición fue finalmente rechazada y aunque los motivos que se arguyeron fueron de carácter económico al estimar que suponía un aumento de los créditos presupuestarios, del estudio de la tramitación parlamentaria se puede llegar a concluir que la razón oculta de la votación en contra del Gobierno y del grupo que lo apoyaba, y por ende de su rechazo, fue la presentación por el Consejo de un proyecto de Ley sobre esta misma materia y la consiguiente reticencia y negativa del Consejo de Gobierno a ceder su legítima iniciativa.

⁸² La predicación constitucional de la autonomía de las Comunidades autónomas implica la existencia de una amplísima potestad de autoorganización, no en vano lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la Sentencia 35/1982: “*Las instituciones de las Comunidades autónomas son primordialmente las que el mismo estatuto crea y que están, por ello, constitucionalmente garantizadas, pero no sólo ellas, pues la Comunidad puede crear otras en la medida en que lo juzgue necesario...*”

2.3. *El desarrollo legal de los Estatutos de Autonomía. Las peculiaridades de los Comisionados Parlamentarios*

En este epígrafe nos vamos a centrar en destacar las peculiaridades que los legisladores autonómicos han aportado al régimen jurídico de los Comisionados Parlamentarios autonómicos, tanto en sus excesos como en sus defectos, los cuales se pueden valorar unas veces de afortunados y otras de desafortunados.

2.3.1. La afortunada Exposición de Motivos de las Leyes Autonómicas

La primera diferencia que destacamos es la ausencia de Exposición de Motivos en la LODP y la existencia de Exposición de Motivos en las leyes autonómicas.

A nuestro juicio, la omisión de la LODP merece una valoración negativa ya que habría sido el lugar adecuado para justificar el nacimiento de esta institución, una vez que con anterioridad se habían asentado, lo que Álvaro GIL-ROBLES llama, “presupuestos de viabilidad”⁸³ y que consiste en la existencia de una infraestructura político-constitucional adecuada, infraestructura que no es otra que un sistema político y constitucional realmente democrático que se basa en el principio de control mutuo de los diversos poderes en su ejercicio y no en la preeminencia indiscutible y total de uno de ellos sobre todos los demás, “*donde falten los presupuestos propios del Estado de Derecho para la responsabilidad y el control de la Administración Pública, la institución del Ombudsman no puede más que caer en el vacío; en vez de una autorizada y eficaz magistratura de persuasión, se trataría de una vox clamantis in deserto*”⁸⁴.

Una vez mencionada en la Exposición de Motivos esta infraestructura político-constitucional, el segundo tema a resaltar habría sido la delimitación de competencias con la finalidad de salvar obstáculos como el recelo o la hostilidad que pudiera suscitarse no solo en el ámbito funcional sino también en los medios judiciales que pudieran verse afectados en su independencia al tener que compaginar la justicia administrativa con la actividad fiscalizadora característica y definida del Ombudsman.

⁸³ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. El control parlamentario... cit. pag. 225.

⁸⁴ Vid. LA PERGOLA, A. “*Ombudsman y Defensor del Pueblo: apuntes para una investigación comparada*”. Revista de Estudios Políticos, n.º 7, 1979, cit. págs 71 y ss.

En la Exposición de Motivos, aparte de la explicación del contenido de cada división en Títulos y Capítulos, se hubiera podido asentar, con una redacción clara y precisa, las ideas que planean y subyacen en el articulado de la ley cuales son:

- Concebir al Defensor del Pueblo como instrumento de garantía de los derechos del ciudadano frente a la Administración y por tanto como elemento de consolidación del Estado social, democrático y de derecho porque *“un régimen democrático no solo debe dotarse de una justicia libre e independiente sino también de todos aquellos instrumentos válidos de defensa de los derechos del ser humano que le ayuden a ser cada día más libre”*⁸⁵.
- Considerar al Defensor del Pueblo como auténtico colaborador de la Administración y no como un opositor dialéctico frente al funcionario. Colaborador con una finalidad cierta: lograr que ciertos métodos de funcionamiento, cuanto menos irrespetuosos con los derechos y libertades de los ciudadanos, se tornen en promocionales y respetuosos para con ellos. Colaborador crítico para hacer que las relaciones entre la Administración y los ciudadanos se humanicen y se hagan eficaces.
- Al haber sido concebido por la Constitución y LODP como una magistratura de opinión o de persuasión, es capaz de adentrarse tanto en una crítica de acciones y conductas que puedan considerarse ilegales, como en comportamientos que entran dentro del marco formal de la ley, pero que sean ineficaces, morosos, o en ocasiones, incluso, contrarios a la ética siempre que afecten a los derechos y libertades de los ciudadanos. Por ello el gran valor de la Institución ha de derivar de su autoridad (auctoritas) y de su funcionamiento informal y ágil.
- El reconocimiento del principio de coexistencia pacífica y coordinada con los medios tradicionales de control de las Administraciones públicas, a los que no pretende sustituir para la defensa de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, sino que su instauración persigue la finalidad de complementarlos, dinamizarlos y, con ello, hacerlos más eficaces.
- La aclaración del ámbito general de las competencias del Defensor del Pueblo que abarca todas las Administraciones territoriales: la Administración

⁸⁵ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. El control parlamentario... cit. págs. 325 y 326.

General del Estado, las Administraciones autonómicas y la Administración local. Si la ley hubiera tenido Exposición de Motivo y hubiera sostenido esta afirmación se hubieran evitado los ríos de tinta en argumentaciones interpretativas en un sentido u otro que actualmente se asientan en la descoordinación, en este punto, de los preceptos de la ley. Sirva de ejemplo que los artículos 1º y 9º utilizan el término “*Administración*”, que para unos autores ha de interpretarse referido a la Administración del Estado y otros a la Administración en general y en todas sus variantes territoriales⁸⁶; y los artículos 10.2º y 33º utilizan el término “*Administraciones*” que parece más acorde con esta última interpretación.

Por su parte, el legislador autonómico con la única excepción del catalán sí ha recurrido a la Exposición de motivos para justificar la creación del Comisionado Parlamentario Autonómico. En todas las Exposiciones de Motivos existen unas afirmaciones comunes:

Los Comisionados se crean para continuar con el desarrollo estatutario y la institucionalización del autogobierno de la Comunidad Autónoma. Peculiar es el caso del legislador castellano-leonés y del legislador navarro que para dar solidez a este argumento recurren a la doctrina del Tribunal Constitucional⁸⁷.

⁸⁶ “...parece que de la redacción del artículo 54 de la Constitución se desprende una competencia universal a favor del Defensor del Pueblo estatal”. El Procurador del Común. Cortes de Castilla y León. Universidad de Valladolid. 1995. Valladolid. Cit. Pág. 130. “...el término *Administración* debe entenderse en el sentido genérico con el que sin duda a querido utilizarse, es decir, abarcando las distintas *Administraciones públicas personificadas* o en un sentido más amplio aún, a las distintas manifestaciones concretas de la función de administrar... sería competente para investigar y supervisar todos los actos y resoluciones de las distintas *Administraciones Públicas*, sean éstas la Central, la Provincial, la Municipal, la Regional autonómica o las distintas manifestaciones de la llamada *Administración institucional, periférica, corporativa, etcétera*.” Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. El Defensor del Pueblo. (Comentarios...) cit. págs. 100 y 101. “...el Defensor del Pueblo no puede ser considerado un órgano del Estado central, sino más bien del Estado en su conjunto, del Estado total en el sentido que nos es conocido. Estamos, como decía antes, ante un órgano constitucional que supervisa también la actividad de las *Administraciones autonómicas* o que puede supervisarla, sin perjuicio de sus relaciones con los distintos *Defensores autonómicos*... En definitiva mi última reflexión quiere poner de manifiesto que la competencia del Defensor es universal...” Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas. Universidad Carlos III, Madrid, 1992. Cit. págs 83 y 82.

⁸⁷ “El artículo 26 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León establece aquellas materias en las que tiene competencia exclusiva la Comunidad Autónoma, y en su apartado primero se refiere a la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno. Esas instituciones, según doctrina del Tribunal Constitucional, son primordialmente las que el mismo Estatuto crea y están por ello constitucionalmente garantizadas, pero no sólo ellas, pues la Comunidad puede crear otras en la medida en que lo juzgue necesario para su propio autogobierno.” Exposición de Motivos de la Ley 2/1994, de 9 de marzo. Respecto al Legislador navarro: “Además el Tribunal Constitucional ha

Se configura como Alto Comisionado del Parlamento autonómico para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución, así como para el esclarecimiento de los actos y resoluciones de las Administraciones que integran la Comunidad Autónoma, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Constitución. Algunas Exposiciones de Motivos, es el caso del legislador valenciano, andaluz, vasco y castellano-leones, afirman expresamente que la creación de estas instituciones suponen la existencia de un nuevo control externo sobre la Administración.

El legislador autonómico se muestra respetuoso con la Institución del Defensor del Pueblo, reconoce la necesidad de cooperación y colaboración en sus funciones, e incluso en algún caso se concreta que estos principios de actuación se materializarán a través de acuerdos y convenios.

Sólo dos Exposiciones de Motivos, la vasca y la aragonesa, hacen mención expresa a una consideración que evita el choque competencial con otras instituciones: la configuración del Comisionado como una Magistratura moral o de persuasión, en clara diferenciación con una magistratura de acción o procesal, encarnada ésta última en el Ministerio Fiscal⁸⁸.

2.3.2. Las Competencias de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos y los mecanismos de coordinación con el Defensor del Pueblo

El Pueblo tiene competencia universal de supervisar la actuación de todas las Administraciones públicas para cumplir con su misión de defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución⁸⁹.

dejado sentado jurisprudencialmente cómo la capacidad de regulación de las instituciones de autogobierno alcanza incluso la posibilidad de crear éstas, aún cuando no estuvieran expresamente previstas en la letra de la norma estatutaria; en nuestro caso, La Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.” Exposición de Motivos de la Ley Foral 4/2000, de 3 de julio del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra.

⁸⁸ Es importante esta apreciación si se tiene en cuenta la tramitación parlamentaria del artículo 54 de nuestra Constitución, ya que en el debate que se generó del mismo se manifestaron opiniones en esta línea.

⁸⁹ Artículo 54 de la Constitución Española, artículo 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. A todo lo analizado con anterioridad en el estudio de la tramitación parlamentaria del artículo 54 de la Constitución cabe añadir que en la Ley orgánica del Defensor del Pueblo, concretamente en el artículo 10.2 que regula quienes tienen derecho a solicitar su intervención se precisa que: “...podrán solicitar, mediante escrito motivado, la intervención del Defensor del Pueblo para la investigación o el esclarecimiento de actos, resoluciones o conductas concretas

El problema surge cuando en virtud de la autonomía de las Comunidades autónomas éstas crean sus propios Comisionados autonómicos con la misión de defender los derechos y libertades del Título Primero de la Constitución a cuyo efecto pueden supervisar la actividad de la Administración Autonómica, e incluso en algunos casos, su capacidad de supervisión se extiende a los entes locales en todas aquellas materias que les hayan sido transferidas o delegadas por la Comunidades Autónomas⁹⁰.

La cuestión de la relación de los Comisionados parlamentarios autonómicos y del Defensor del Pueblo ha de partir de una idea: La ausencia de referencias de los Comisionados autonómicos en la Constitución y la configuración de un Defensor con aparentes fines y funciones generales es la causa de que en los Estatutos de autonomía se haga una referencia de la relación de ambos que se asienta sobre el principio de cooperación y colaboración. Una excepción a esta referencia la encontramos en el artículo 16 del Estatuto cántabro, en el artículo 52 del Estatuto extremeño, en el artículo 29 del Estatuto balear y en el artículo 14 del Estatuto castellano-leonés, en ninguno de ellos se hace mención de los principios de cooperación y colaboración.

La necesidad de establecer una delimitación de competencias y un sistema coherente de relaciones tiene su razón de ser en las graves repercusiones que podrían tener tramitaciones paralelas con resoluciones coincidentes o no⁹¹. Estas repercusiones recaerían por un lado en los funcionarios que deberían responder a estas tramitaciones paralelas con las correlativas dudas y disfunciones que ello acarrearía; por otro lado a los ciudadanos que no sabría a qué institución dirigirse,

producidas en las Administraciones públicas...” con lo cual se refiere no sólo a la Administración Central sino a todas las Administraciones. Lo mismo ocurre en el artículo 33 refiriéndose de nuevo a las Administraciones públicas.

⁹⁰ La facultad de supervisión de los entes locales por parte de los Comisionados parlamentarios autonómicos no fue una cuestión pacífica e incluso se llegaron a plantear recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 36/1985, de 6 de noviembre que regula las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las figuras similares de las Comunidades autónomas, (STC 157/1988) y contra la Ley 4/1985, de las Cortes de Aragón, de 27 de junio reguladora del Justicia de Aragón, (STC 142/1988). Las leyes que prevén la supervisión de los entes locales son: artículo 2.2 de la ley del Justicia de Aragón, artículo 17 de la ley canaria, artículo 1.1 del Sindic de Greuges de Cataluña, artículo 1.2 de la ley del Procurador del Común, el artículo 1.3 de la Ley foral del Defensor del Pueblo navarro, el artículo 1.2 de la Ley del Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha, y artículo 1.2 de la ley del Sindic de Greuges balear.

⁹¹ Para detectar estas duplicidades de quejas existen mecanismos de información mutua, consistentes en la remisión mensual de una relación nominal de las quejas que tengan entrada en las oficinas del defensor del pueblo y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos para su comprobación informática.

aún más si consideramos que los colectivos que se dirigen al Defensor o a los Comisionados parlamentarios autonómicos son los ciudadanos más desfavorecidos o marginados; pero a la larga estas repercusiones negativas no sólo recaerían en los funcionarios o ciudadanos, sino también en la propia institución porque las resoluciones contradictorias o la sensación de desatención de los ciudadanos por parte de la institución conllevarían a un desgaste y a una situación de descrédito de la misma.

El artículo 12 de la LODP delimita las competencias en la supervisión de la actividad de las Comunidades Autónomas entre el Defensor del Pueblo y las instituciones similares de las Comunidades Autónomas obligando a éstas a coordinarse con el Defensor del Pueblo debido a que éste tiene competencia para investigar cualquier queja que se corresponda con la actuación de cualquier Administración pública de España.

En consecuencia no estamos ante un supuesto de competencias compartidas, sino concurrentes. Para aclarar ideas y perfilar el verdadero sentido de la cuestión que analizamos, veamos cual fue la tramitación parlamentaria del artículo 12 de la LODP.

2.3.2.1. Tramitación parlamentaria del artículo 12 de la LODP

La proposición de Ley del Defensor del Pueblo establecía en el artículo 14 una fórmula de intervención mixta con primacía del Defensor de Cortes Generales. En el primer párrafo se enunciaba que no sería competente para conocer de aquellas quejas que formularan los ciudadanos en relación con el funcionamiento de la Administración Pública de las Comunidades Autónomas en aquellas materias que fuesen de su exclusiva competencia. Tampoco sería competente en lo que respecta al ejercicio de las funciones que le correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones Locales y que hubieren sido transferidas a los entes autonómicos. A pesar de esta delimitación, nada clara entre otras razones por utilizar como criterio de atribución las polémicas competencias exclusivas, el segundo apartado del artículo excepcionaba la limitación de competencias estableciendo que “*no obstante, velaría por el respeto a los derechos definidos en el Título I de la Constitución, en relación con los actos y resoluciones de la Administración Pública de las Comunidades Autónomas*”.

Para ello, y cuando la infracción observada revistiera notoria gravedad, el Defensor del Pueblo podía adoptar las siguientes resoluciones: Dirigirse a la Institución similar al Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma en cuestión, si

ésta existía y había sido elegida por su Asamblea Legislativa, a los efectos oportunos; Dirigirse al Presidente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma afectada, a idénticos efectos⁹² y poner los hechos en conocimiento de las Cortes Generales, por medio de un informe extraordinario que sería estudiado en trámite de urgencia.

Además de estas medidas, se contemplaba en la redacción del artículo una cláusula de competencia en virtud de la cual le correspondía, en todo caso, la supervisión de los actos y resoluciones de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas.

El modelo que se diseñaba en este artículo tenía por tanto las siguientes características: por lo que respecta a la Administración Local, el criterio de distribución de competencias era la transferencia o no de las competencias sobre éste, en el primer sentido correspondería a la Comunidad Autónoma, en el segundo sentido correspondería al Defensor, pero en este último caso, en la Disposición Transitoria Primera se determinaba que esta ley no se aplicaría a los entes locales hasta que transcurrieran cinco años de la entrada en vigor de la misma, con la estricta finalidad de potenciar, siguiendo las palabras del Profesor GIL-ROBLES⁹³, una verdadera consolidación de la Institución antes de que tuviera que enfrentarse con todas las posibles manifestaciones de la actividad de los entes Administrativos. Finalmente y con buen juicio esta aplicación paulatina de la Ley fue rechazada.

Respecto a la supervisión de la actuación de las Comunidades Autónomas la proposición de Ley distinguía entre aquellas Comunidades que tuvieran Comisionado Parlamentario Autonómico y aquellas que carecieran de él.

Para las primeras aunque le excluían de los ámbitos enumerados en el apartado primero del artículo, ante una situación administrativa de notoria gravedad actuaría respetando la iniciativa de autosupervisión regional y responsabilidad directa de los órganos autonómicos, para ello y a la luz de la disposición enunciada y de la interpretación realizada por el Profesor GIL-ROBLES, el Defensor, en una primera fase, se dirigiría al Comisionado Parlamentario Autonómico o al Presidente del

⁹² A este respecto se presentó en el Congreso la enmienda número 8 del Grupo Comunista que por coherencia con la naturaleza jurídica de la Institución pretendía sustituir el texto anotado por el siguiente: “Dirigirse al Presidente de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma afectada a idénticos efectos”. Finalmente esta enmienda no prosperó. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo... cit. pag. 31.

⁹³ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. “El Defensor del Pueblo...” cit. pag. 103.

Consejo de Gobierno obligándosele a estos a informarle del resultado de sus gestiones. A resultas de esta información el Defensor decidía si realizaba o no una investigación directa. En los casos en los que esta tuviera lugar, y pese a haber efectuado las gestiones oportunas ante los órganos competentes, si la infracción persistía sin resolverse, entonces debía informar a las Cortes Generales.

Si por el contrario no existía Comisionado Parlamentario Autonómico la competencia de supervisar la actuación de las Comunidades Autónomas y los entes locales recaía en el Defensor del Pueblo y para ello era útil que contara con delegados que realizaran las correspondientes labores de investigación y relación directa con la Administración autonómica, provincial y municipal facilitándose con ello la comunicación⁹⁴.

La proposición de ley no mencionaba la figura de los delegados pero si lo hizo una enmienda que se formuló en el Congreso⁹⁵ y que pretendía dar una nueva redacción al artículo 14 con el que realizaba un nuevo diseño como solución a esta cuestión de la supervisión de la actuación de las Comunidades Autónomas. La enmienda partía reconociendo la competencia del Defensor del Pueblo para supervisar este ámbito y la capacidad de éste para delegar el ejercicio de las funciones de supervisión de la Comunidad Autónoma a los Comisionados Parlamentarios Autonómicos que se constituyesen al amparo de los respectivos Estatutos. Según la dicción literal del texto propuesto parecía reducirse la competencia del Comisionado Parlamentario al hecho de que el Defensor realizara la delegación. Además, en el caso de que la delegación se produjera, el Comisionado Parlamentario en sus investigaciones estaría acompañado en todo momento por un representante del Defensor del Pueblo que éste nombraría con la finalidad de participar en las investigaciones que se efectuaran y, en correlación con ello, dar cuentas a las Cortes. Sin perjuicio de ello, la enmienda le reservaba al Defensor del Pueblo la posibilidad de supervisar por sí mismo la actividad de la Comunidad Autónoma en cualquier asunto que estimara conveniente⁹⁶.

Como se puede observar con tal de salvaguardar la competencia general del Defensor del Pueblo para supervisar a todas las Administraciones Públicas se quería

⁹⁴ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. “El Defensor del Pueblo ...” cit. pag. 113.

⁹⁵ Enmienda número 29 del Grupo Centrista UCD. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo... cit. 37.

⁹⁶ Ver el comentario que al artículo 12 de la LODP realiza FLERTRER RAMBAU, Loreto, en “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi, Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 291 – 331.

establecer un sistema carente de autonomía para los Comisionados Parlamentarios Autonómicos que se veían constreñidos por la necesidad de delegación para actuar y por la figura del representante del Defensor del Pueblo en la Comunidad autónoma que más que participar en la investigación sospechamos que tendería a dirigirla.

No es llamativo que estas cuestiones se debatieran con mayor profundidad en el Senado, por su componente territorial, que en el Congreso. Las posturas enfrentadas en esta Cámara se resumen en aquellas que consideraban necesario deslindar la Administración Central del Estado de la Administración Autonómica entre otras razones por cuestionar que el Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, pudiera intervenir en las quejas que se refirieran a actuaciones administrativas que estaban dentro de la esfera de la aplicación legislativa o reglamentaria de los Parlamentos Autónomos⁹⁷; y aquellas que aún defendiendo que la razón esencial de las autonomías es acercar la Administración al pueblo y por ende acercar también su control, daban argumentos que impedían limitar la capacidad de supervisión del Defensor del Pueblo en el ámbito autonómico.

Estos argumentos se pueden resumir en tres: primero, en no olvidar que la Administración autonómica es parte de la Administración del Estado y el Defensor como Comisionado de las Cortes puede inspeccionar todas las Administraciones Públicas; segundo, en no olvidar que el Defensor del Pueblo para la mejor defensa de los derechos y libertades está facultado para interponer recursos de inconstitucionalidad y amparo mientras que los Comisionados Parlamentario Autonómicos no tienen conferida esta atribución⁹⁸ y tercero, en no olvidar que hay una tendencia del ordenamiento jurídico a no limitar la defensa de los derechos y las libertades⁹⁹.

Rechazando ambos sistemas expuestos, es decir, el del artículo 14 y el de la enmienda comentada, la Ponencia optó por dar una redacción propia que se convirtió en el texto definitivo aprobado por las Cortes Generales en el que se parte de un reconocimiento expreso de la competencia del Defensor del Pueblo para supervisar la

⁹⁷ Ver la intervención del Senador Ferrer y Girones en el debate del Pleno del Senado de la sesión celebrada el día 17 de febrero de 1981, páginas 4854 a 4857.

⁹⁸ Esta cuestión ha sido resuelta por las legislaciones autonómicas al prever que el Comisionado Parlamentario Autonómico pueda instar al Defensor del Pueblo para interponer los recursos.

⁹⁹ Ver la intervención del Senador Morán López en el debate del Pleno del Senado de la sesión celebrada el día 17 de febrero de 1981, páginas 4857 a 4858.

actuación de las Comunidades Autónomas para después reconocer que los Comisionados parlamentarios autonómicos también tiene competencia para ello, más deben coordinarse¹⁰⁰ con el Defensor de Pueblo quien puede solicitarles su cooperación.

2.3.2.2. Competencias concurrentes y principios de coordinación y colaboración

Ya hemos visto como la competencia del Defensor del Pueblo es universal en el sentido de que su supervisión engloba a la Administración Central, Autonómica y Local. A su vez el legislador autonómico ha atribuido, en todos los casos, la supervisión de la actividad de la Comunidad Autónoma a los Comisionados Parlamentarios y, en unos pocos, la mención expresa a los entes locales.

En lo que se refiere a la supervisión de la actividad de la Comunidad Autónoma, mientras que la mayoría de las leyes autonómicas atribuyen a sus Comisionados Parlamentarios la función de defender los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución, y por tanto respetan literalmente la redacción del artículo 54 de la Constitución y 1 de la LODP, algunas leyes autonómicas han introducido peculiaridades en su redacción.

Así, la Ley del Ararteko ha sido original en el sentido de establecer que es función del Ararteko garantizar los derechos mencionados de acuerdo con la Ley y velar porque se cumplan los principios generales del orden democrático contenidos en el artículo 9 del Estatuto de Autonomía Vasco. Además, constituye como función primordial salvaguardar a los ciudadanos frente a los abusos de autoridad y poder y las negligencias de la Administración Pública Vasca. Por otro lado, concreta que sus poderes se extienden tanto a los actos y resoluciones como a la omisión de los mismos¹⁰¹. La Ley foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad foral de Navarra comparte estas mismas expresiones a la hora de definir la competencia¹⁰².

¹⁰⁰ Sobre la obligación de coordinación es interesante destacar que en el Congreso la enmienda número 35 del Grupo Andalucista creaba la figura de un Alto Consejo integrado por el Defensor del Pueblo y las instituciones análogas de las Comunidades Autónomas, que debería reunirse, al menos, una vez al año, con objeto de coordinar sus acciones bajo la presidencia del Defensor del Pueblo. Esta idea no tuvo su reflejo formal en el texto legal, pero en la práctica tenemos que señalar que el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos se reúnen en unas jornadas para tener frecuentes comunicaciones, coordinar sus acciones, debatir los problemas comunes y buscar soluciones conjuntas.

¹⁰¹ Artículo 1 y 10 de la Ley del Ararteko. El artículo 9 del Estatuto Vasco establece que los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos del País Vasco son los establecidos en la

Por su parte la ley del Diputado del Común concreta las funciones del siguiente modo: La defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos reconocidos en la Constitución, frente a la vulneración reconocida por acciones u omisiones de las Administraciones Públicas canarias; la supervisión de la actividad las administraciones públicas canarias; la protección de los derechos de los sectores de población más desprotegidos, con relación a la actividad de las Administraciones públicas canarias; y la difusión de los derechos y libertades de los ciudadanos reconocidos en la Constitución¹⁰³.

Por lo que se refiere a la supervisión de los entes locales, de la Ley del Justicia de Aragón, la Ley del Diputado del Común, la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña, la Ley del Procurador del Común, la Ley foral del Defensor del Pueblo navarro, la Ley del Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha, y la ley del Sindic de Greuges balear, han asumido esta supervisión en todas aquellas materias transferidas o delegadas por la Comunidades Autónomas a los entes locales¹⁰⁴.

A este respecto de la supervisión de la Administración local, detengámonos en el caso andaluz ya que aunque la redacción del artículo 46 del Estatuto de Autonomía es totalmente respetuosa con la redacción del artículo 54 de la Constitución y del artículo 12 de la LODP, la tramitación parlamentaria de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, cuya redacción final también es respetuosa, tuvo sus desacuerdos en torno a esta cuestión.

El artículo 1 del Proyecto de Ley del Defensor del Pueblo Andaluz supuso el primer y mayor inconveniente en su tramitación ya que se pretendía aprobar el siguiente texto: *“El Defensor del Pueblo es el Comisionado del Parlamento de Andalucía, designado por éste para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la*

Constitución. Y además, que los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia: a) velaran y garantizarán el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos; b) Impulsarán particularmente una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo; c) Adoptarán aquellas medidas que tiendan a fomentar en incremento del empleo y la estabilidad económica; d) Adoptarán aquellas medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean efectivas y reales; e) facilitarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del país vasco.

¹⁰² Artículo 1.1. y artículo 15.

¹⁰³ Artículo 16.

¹⁰⁴ Artículo 2.2, artículo 17, artículo 1.1, artículo 1.2, artículo 1.3, artículo 1.2, artículo 1.2., respectivamente.

actividad de la Administración autonómica y Local, dando cuenta al Parlamento”. Esta redacción presentaba un inconveniente principal: suponía un exceso y una falta de coherencia respecto a la competencia que atribuía el artículo 46 del Estatuto ya que éste circunscribía la competencia expresamente en “*supervisar la actividad de la Administración autonómica*”. Durante la tramitación parlamentaria de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, se originó un acalorado debate sobre la interpretación de la expresión “*actividad de la administración autonómica*” recogida en el artículo 46 del Estatuto.

Mientras unos respaldaban una interpretación extensiva de la expresión que englobaba no sólo los órganos propios de la Administración autonómica, es decir, el Gobierno andaluz y la Administración Local en cuanto que funcione o actúe por delegación de la Comunidad autónoma o del Gobierno andaluz, sino también a la Administración, considerada en su conjunto, que opera en el seno de nuestra Comunidad autónoma; otros mantenían una interpretación restrictiva al considerar que la anterior interpretación era incorrecta y por tanto manifestaban que el Defensor del Pueblo Andaluz sólo estaba legitimado para supervisar la actividad de la Comunidad autónoma entendiendo por ésta la Administración propia de la Comunidad autónoma y la posibilidad de considerar como Administración de la Comunidad autónoma la Administración Local en cuanto que ejerza competencia o preste servicios propios de la Comunidad autónoma¹⁰⁵.

El inconveniente enunciado con anterioridad intentó superarse a través de la redacción de un texto transaccional que añadiera, cuando se mencionaba a la Administración local, “*en lo que se refiere al ejercicio de competencias y gestión de servicios propios de la Comunidad Autónoma*”. Aceptada esta redacción por la mayoría de los Grupos Parlamentario se manifestó la oposición expresa del Grupo Parlamentario Andalucista que, defensor de la interpretación extensiva, quería ampliar el ámbito de actuación del Defensor del Pueblo Andaluz a la Administración Central en Andalucía y a la Local aunque no actuara por delegación.

Como consecuencia de esta oposición se efectuó la votación de la enmienda de este Grupo Parlamentario que fue rechazada, aprobándose el artículo 1.1 con su

¹⁰⁵ La interpretación restrictiva fue mantenida en la sesión parlamentaria de 22 de noviembre de 1983 por Rodríguez de la Borbolla que ocupaba el cargo de Vicepresidente del Consejo de Gobierno y Consejero de Gobernación, interpretación que fundamentaba en la voluntad del Parlamento materializada en el Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma, de 21 de julio y en la Ley de Organización Territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 1 de julio.

redacción actual, de la que se deriva que el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz poseen competencia concurrente para supervisar la actuación de la Comunidad autónoma y de los entes locales cuando actúen en ejercicio de competencias delegadas por aquella, para proteger los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución.

Volviendo a la LODP, ésta para encauzar el sistema de relaciones el legislador establece en el artículo 12 apartado segundo que *“los órganos similares de las Comunidades autónomas coordinaran sus funciones con las del Defensor del Pueblo y éste podrá solicitar su cooperación”*. Atendiendo al tenor literal del precepto se puede interpretar que en él se establece una cierta subordinación de los Comisionados parlamentarios autonómicos respecto al Defensor, puesto que han de coordinarse con él y sólo a este se le otorga la posibilidad de solicitar la cooperación.

Si descendemos en el rango normativo y examinamos el artículo 24 del su Reglamento de Organización y Funcionamiento¹⁰⁶ observamos que entre las funciones del Defensor se halla la de ejercer la alta coordinación entre sus propias competencias y las atribuidas a los órganos similares que puedan constituirse en las Comunidades autónomas. Por la regulación hasta ahora mencionada, aquella que emana del Estado central, de las Cortes Generales, parece deducirse que el Defensor del Pueblo es superior jerárquico de los Comisionados, planteamiento que varía de forma sustancial en la legislación de las Comunidades Autónomas, donde no se establece en ningún caso una posición de sumisión, y la coordinación entre ambas se plantea como una relación entre instituciones con la finalidad de servir al mejor funcionamiento de las dos.

Esta realidad se consolida con la Ley de Cortes Generales 36/1985, de 6 de noviembre por la que se regulan las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas. Esta ley, cuyo origen es peculiar por tratarse de una proposición de ley de las previstas en el artículo 87.2 de la Constitución española¹⁰⁷, está compuesta de dos artículos; el

¹⁰⁶ Este reglamento ha recibido numerosas críticas entre otras la de considerar que por tratarse de una norma parlamentaria destinada a organizar la estructura y el funcionamiento interno de una institución, no parece que deba contener normas destinadas a producir efectos frente a sujetos externos a la misma organización parlamentaria. Vid. EMBID IRUJO, A. “El control de...” cit. pág. 83.

¹⁰⁷ Tuvo su nacimiento en una Conferencia de Presidentes de Parlamentos de Comunidades Autónomas que se reunió en el Senado el día 31 de enero de 1984 con la voluntad de impulsar en sus respectivos Parlamentos el texto de una Proposición de Ley que sirviera para dar solución al problema de la coordinación entre el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios autonómicos.

primero relativo a las prerrogativas y las garantías; y el segundo, al régimen de colaboración y coordinación de las instituciones, siendo por tanto complemento y desarrollo indispensable del artículo 12 de la LODP¹⁰⁸. Este último precepto tiene un triple contenido:

Delimita, desde la perspectiva material y orgánica, el ámbito donde se produce la concurrencia de actuaciones: “la actividad de la Administración Pública propia de cada Comunidad Autónoma, así como la de los entes locales cuando actúen en ejercicio de competencias delegadas por aquella (...) las materias sobre las cuales se atribuyan competencias a la Comunidad Autónoma en la Constitución y en el propio Estatuto de Autonomía”.

Se establece la forma de regular las relaciones de cooperación a través de la suscripción de determinados acuerdos. Estos acuerdos deberán tener como contenido mínimo: el ámbito de actuación de las Administraciones Públicas objeto de supervisión; los supuesto de actuación de los Comisionados; las facultades que puedan ejercitar; el procedimiento de comunicación entre el Defensor del Pueblo y cada uno de dichos Comisionados; y la duración de los mismos.

Se diseña un terreno para la colaboración respecto a la supervisión de la actividad de ciertos órganos de la Administración Pública que se circunscribe a la supervisión de la actividad de los órganos de la Administración pública estatal que radiquen en el territorio de cada Comunidad autónoma, teniendo esta posibilidad de colaboración como límite legal que el Defensor del Pueblo sea quien reciba las quejas formuladas contra la Administración periférica del Estado.

La clarificación final de toda esta cuestión nos da la situación siguiente que fue descrita por D^a. Margarita RETUERTO BUADES¹⁰⁹ durante su intervención en una Mesa Redonda sobre el estudio de “El Procurador del Común: Defensor del

Meses más tarde los Parlamentos de Andalucía, Aragón y Cataluña depositaron en el Registro del Congreso de los Diputados el texto de su proposición de Ley que en los tres casos fue idéntico.

¹⁰⁸ Ya en el debate del Pleno del Senado se presagiaba que la única solución a esta cuestión residía en la colaboración entre ambas, de manera que los ciudadanos pueden enviar las quejas a uno u otro indistintamente y deben ser los Defensores del Pueblo quienes trasladen las que atañan a sus respectivas competencias. Ver la intervención del Senador Calatayud Maldonado en el debate del Pleno del Senado de la sesión celebrada el día 17 de febrero de 1981, páginas 4858 a 4859.

¹⁰⁹ El BOE de 21 de abril de 1983 publica su nombramiento como Adjunta segunda del Defensor del Pueblo cuya titularidad ostentaba Don Joaquín Ruiz-Giménez. El BOE de 22 de marzo de 1988 es nombrada de Adjunta primera del Defensor del Pueblo cuya titularidad ostenta Don Álvaro GIL-ROBLES GIL-DELGADO. El 16 de marzo de 1993 como consecuencia del cese por expiración del tiempo del Defensor, queda como Defensora en funciones.

Pueblo y Comunidades Autónomas” organizadas por las Cortes de Castilla y León y la Universidad de Valladolid¹¹⁰:

“En relación a las actividades de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de los entes locales en aquellas materias en que hubiesen recibido competencias transferidas o delegadas por aquellas y que afecten a los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, el Defensor del Pueblo y los Comisionados autonómicos ostentan ambas competencias concurrentes de supervisión, que deben ejercerse en un régimen de cooperación, en base a la suscripción de acuerdos bilaterales donde se desarrollen y concreten adecuadamente mecanismos de colaboración y coordinación. En cualquier caso, en ausencia de dichos acuerdos, quedan a salvo las facultades atribuidas al Defensor del Pueblo por la Constitución y su Ley Orgánica.

En relación a las actividades de los órganos de la administración General del Estado, tanto central como periférica, la competencia de supervisión corresponde al Defensor del Pueblo. A este propósito, el Defensor del Pueblo podrá recabar la colaboración del respectivo Comisionado autonómico, sin que en estrictos términos legales sea necesario el establecimiento de ningún convenio de colaboración. En cualquier caso, sea cual sea la colaboración requerida, la Ley obliga a que sea el Defensor quien reciba las quejas formuladas contra la actuación de la Administración estatal, central o periférica.

En relación a las actividades de los entes locales en el ejercicio de sus competencia propias y siempre que no estuvieran delegadas o transferidas a las Comunidades Autónomas, la competencia de supervisión corresponde, asimismo, al Defensor del Pueblo, sin que a este respecto la ley se pronuncie sobre los mecanismos de colaboración y la posibilidad de establecer convenios en relación a esta materia.”

Todo este marco normativo y convencional ha permitido hasta la actualidad el mantenimiento de unas relaciones fructíferas de colaboración caracterizadas por la fluidez del diálogo y por una, cada vez más frecuente, coordinación en los criterios

¹¹⁰ El Procurador del Común: Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas... cit. pag. 110.

de actuación¹¹¹. Los instrumentos a través de los cuales puede hacerse efectiva la exigencia de coordinación son varios, en concreto, se pueden destacar los siguientes:

- Conferencias o reuniones de los responsables de las instituciones coordinadas.
- Intercambio de información entre ambas instancias.
- Participación vía informe o audiencia en las investigaciones realizadas por la otra instancia.
- Convenios o acuerdos interinstitucionales.

En las conferencias o reuniones anuales de coordinación en las que participan todos los Defensores del Pueblo se tratan cuestiones comunes mediante la elección previa de unos temas monográficos y se adoptan acuerdos sobre algún punto de interés. Estas reuniones en principio se celebraban semestralmente, pero a partir de 1987 se efectúan cada año y, desde las VIII Jornadas de Coordinación celebradas en Madrid, comenzaron a publicarse separadamente del informe anual el contenido de las mismas. Estas reuniones han ayudado a la superación de las disfunciones y dificultades que han venido surgiendo, sirven para profundizar en la coordinación necesaria para que las instituciones funcionen eficazmente y sientan los criterios sobre la forma de actuar ante situaciones o problemas específicos cuando existen competencias concurrentes¹¹².

También se celebran reuniones singulares. Estas se llevan a cabo tanto entre todos los Defensores autonómicos y el Defensor del Pueblo, como entre este último y alguno de los comisionados de forma individual cuando surge alguna cuestión que lo

¹¹¹ Esta cuestión relativa a los acuerdos o convenios de coordinación y colaboración ha demostrado tener su trascendencia incluso para la elección de los candidatos a Defensor del Pueblo así se demuestra en la sesión de 31 de mayo de 2000 de la Comisión Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo en la que se llevo a cabo la comparecencia del Sr. MÚGICA HERZOG para que se procediera al examen y votación de su candidatura. Tras la comparecencia fue preguntado sobre sus planteamientos sobre los acuerdos y las posibilidades de acuerdo a que pudieran llegar el Defensor del Pueblo con los Defensores tradicionales, como el Justicia de Aragón, el Ararteko del País Vasco o el Sindic de Greuges de Cataluña, para llegar a unificar gestiones y evitar que la ciudadanía percibiera de alguna forma una dispersión o la posibilidad de tener respuestas paralelas o al menos no unívocas en un solo sentido de los diferentes defensores del pueblo. Diario de Sesiones de las Cortes Generales, núm. 6 cit. Pág. 25.

¹¹² Sobre el contenido de cada una de las Jornadas de coordinación ver el comentario que al artículo 12 de la LODP realiza FLERTRER RAMBAU, Loreto, en “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi, Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 291 – 331.

requiere sobre la que se adopta un criterio a elegir. Los Comisionados entre sí realizan reuniones, cuando se pretende alguna postura común respecto a un problema. El Defensor del Pueblo mantiene relaciones directas con todos los comisionados de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento de organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo de 6 de abril.

El modelo de reparto competencial entre el Defensor del Pueblo y los Comisionados autonómicos respecto a la supervisión de la actividad de la Administración autonómica y de las entidades locales cuando ejercen competencias delegadas por las Comunidades autónomas, se pueden definir como hemos visto de concurrencia plena. Es por esta concurrencia que la técnica del convenio se presenta especialmente eficaz para diseñar las técnicas de cooperación y coordinación. Hasta el momento se han suscrito los siguientes acuerdos de cooperación y coordinación: tres con el Sindic de Greuges de Cataluña, uno de 24 de julio de 1986, otro de 27 de febrero de 1991 y el último de 15 de junio de 1995; dos con el Diputado del Común de Canarias, el primero el 3 de febrero de 1993 y el segundo el 7 de julio de 1997; uno con el Procurador del Común de Castilla y León el 1 de febrero de 1996; uno con el Valedor do Pobo el 26 de febrero de 1997; uno con el Ararteko el 11 de julio de 1990 y uno con el Defensor del Pueblo Andaluz, de 19 de junio de 1997.

Es curioso destacar un dato en relación a la técnica de colaboración de los convenios: algunas de las leyes autonómicas anteriores a la Ley 36/1985, de 6 de noviembre, ya preveían la posibilidad de formalizar estos acuerdos, así la ley del Justicia de Aragón de 1985 que en su artículo 6º contempla la celebración de convenios tanto con el Defensor como con las instituciones semejantes de otras Comunidades Autónomas, este artículo tiene la peculiaridad de determinar el contenido mínimo así como la necesidad de publicación en el “Boletín Oficial de las Cortes de Aragón” y en el “Boletín de Aragón”. Otro ejemplo es la ley Sindic de Greuges de Cataluña en cuyo artículo 4 se establece la posibilidad de formalizar acuerdos con el Defensor. Por último, tengamos en cuenta la ley del Ararteko que dedica el Título Cuarto a las relaciones con el Defensor del Pueblo exigiendo en el apartado 3º del artículo 36 la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del País Vasco.

Una última cuestión es necesario abordar sobre la Ley 36/1985 y su artículo 2.1. Fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad¹¹³ promovido por el

¹¹³ STC 157/1988, de 15 de septiembre, publicada en el BOE núm. 247 de 1988. El último de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre las competencias de los Comisionados

Presidente del Parlamento de Cataluña al considerar que el inciso “(...) *así como de las Administraciones de los entes locales, cuando actúen en el ejercicio de competencias delegadas por aquellas*” era contrario a los artículos 149.1.18, y 149.3 de la Constitución, en relación con los artículos 8, 9.1, 9.8, y 35 del Estatuto de Autonomía de Cataluña ya que este último atribuía al Sindic de Greuges la capacidad de supervisar la actuación de los entes locales de Cataluña en todo aquello que afecte a las materias en que el Estatuto otorga competencias a la Generalidad. El Tribunal Constitucional concluyó que no existía restricción del ámbito de actuación previsto en el artículo 35 del Estatuto, sino que en realidad el precepto impugnado de la Ley 36/1985 contemplaba una actuación de los Comisionados parlamentarios autonómicos más amplia de lo que podría entenderse en una interpretación literal y estricta del artículo del Estatuto.

2.3.2.2.1. Un ejemplo de Acuerdo de Colaboración: El Acuerdo de cooperación y Coordinación entre el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz

El sistema de relación entre ambas instituciones fue un motivo de preocupación durante la tramitación parlamentaria de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, ya que la cuestión no quedaba solucionada con la enunciación genérica que se realizaba en el artículo 46 del Estatuto de Autonomía, sino que se hacía esencial establecer mecanismos de cooperación y coordinación con el Defensor del Pueblo en las Cortes Generales, incluso el Sr. Rodríguez de la Borbolla adelantaba la forma al afirmar que “*serán los propios Defensores del Pueblo quienes deberán estudiar el problema y llegar a los acuerdos precisos mediante los mecanismos que estimen pertinentes*”¹¹⁴.

Ya hemos visto como esta cuestión se contempla en la Ley de Cortes Generales 36/1985, de 6 de noviembre por la que se regulan las relaciones entre la

Parlamentarios ha sido la Sentencia 162/1996, de 17 de octubre que anuló el artículo 24.2 de la Ley del Síndico de Agravios. El citado precepto recogía la responsabilidad de las autoridades y funcionarios en términos similares al artículo 24.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, en él se otorgaba una protección penal específica a la función investigadora del Síndico. El precepto calificaba como delito de desobediencia ciertas conductas en relación con el envío de Informes o datos solicitados e introducía alguna modificación en el tipo formulado por el Código Penal y por la LODP. El Tribunal calificó el precepto como legislación penal, puesto que se trata de la configuración de un tipo, ámbito material que el artículo 149.1.6 de la Constitución reserva ala competencia exclusiva del Estado, por lo que declara la inconstitucionalidad del mismo y procede a su anulación.

¹¹⁴ Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía número 34. Sesión de 22 de noviembre de 1983. Pág. 1418.

institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas Comunidades Autónomas.

Esta Ley ha dado lugar a que el 19 de junio de 1997 se formalizara un Acuerdo de Cooperación y Coordinación entre el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz¹¹⁵. Este acuerdo responde a la voluntad de quienes, por aquel entonces, eran titulares de las respectivas instituciones: Fernando Álvarez de Miranda Torres, Defensor del Pueblo y José Chamizo de la Rubia, Defensor del Pueblo Andaluz. Decíamos que responde a la voluntad, en primer lugar, de ampliar y concretar en marco de colaboración en el que ambas instituciones han venido ejerciendo sus funciones respectivas; en segundo lugar, de reforzar al máximo el principio constitucional de eficacia en la gestión de las quejas, en beneficio de los ciudadanos que acuden a ambas instituciones y en tercer lugar, de evitar una eventual duplicidad de actuaciones que comprometa la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos.

El acuerdo está formado por tres grandes partes: una primera relativa a la cooperación que abarca los seis primeros capítulos; una segunda que versa sobre la colaboración contemplada en el artículo séptimo y una tercera parte, constituida por los dos últimos artículos, en las que se resuelve las cuestiones de la vigencia, la resolución, la interpretación y la difusión del acuerdo.

Analicemos brevemente el contenido del acuerdo. En cuanto a la cooperación, el acuerdo resalta que ambas instituciones deben ejercer sus respectivas funciones y competencias con absoluto respeto a los principios de lealtad institucional, coordinación, información recíproca, eficacia y asistencia mutua. Teniendo estos principios como marco la distribución de competencias se establece del siguiente modo:

a) Supervisión de los órganos periféricos de la Administración General del Estado

La investigación y la resolución de las quejas relativas a estos órganos es asumida exclusivamente por el Defensor del Pueblo, por esta razón el Defensor del

¹¹⁵ Publicado en el BOJA número 79, de 10 de julio de 1997.

Pueblo Andaluz debe remitirle, dando cuenta al interesado, las quejas relativas a estos órganos que se le presenten¹¹⁶.

Sin perjuicio de su competencia el Defensor del Pueblo puede solicitar la cooperación del Defensor del Pueblo Andaluz para la investigación de dichas quejas. Esta cooperación puede concretarse tanto en quejas individualizadas como en áreas generales de la actuación administrativa. En todo caso, la cooperación en este ámbito, se limita al procedimiento de investigación ya que una vez concluido, el Defensor del Pueblo Andaluz ha de proceder a su documentación elaborando unas conclusiones que remitirá al Defensor del Pueblo quien finalmente adoptará la resolución pertinente.

Si la materia objeto de investigación ha sido transferida, el acuerdo prevé que el Defensor del Pueblo Andaluz para desempeñar las funciones que le son atribuidas por el Estatuto, por su ley reguladora y por el acuerdo que estamos analizando, pueda dirigirse a toda clase de autoridades, organismos, funcionarios y dependencias de cualquier clase de Administración con sede en la Comunidad Autónoma.

b) Supervisión de la Administración de la Comunidad Autónoma

En este caso se puede decir que es el propio ciudadano el que concreta la competencia de supervisión a una u otra institución en función de ante quién presenta la queja. No obstante, aquella institución que la reciba puede solicitar la colaboración de la otra para la investigación y propuesta de resolución si entiende: en el caso del Defensor del Pueblo, que la intervención próxima y directa del Defensor del Pueblo Andaluz puede contribuir a una más rápida y eficaz solución; y en el caso del Defensor de Andaluz, cuando considere que los efectos de la resolución, debido a la trascendencia de las quejas, incidan en el área de actuación de la Administración General del Estado.

Asimismo, el acuerdo prevé que ambas instituciones se remitan mensualmente una relación nominal de las quejas y, cuando se detecten duplicidades por haberse dirigido el ciudadano a ambas instituciones, será investigada y resuelta por el Defensor del Pueblo Andaluz, siendo informado el solicitante por el Defensor

¹¹⁶ Un ejemplo de ello lo veremos en la queja 836/1992 relativa a la privatización encubierta de parte de la “Playa del Chorrillo”, incluida en el perímetro de la Base Aeronaval de Rota, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, págs 387-392.

del Pueblo que se reserva la posibilidad de investigar los problemas generales derivados de estas quejas.

c) Supervisión de la Administración Local

El Defensor del Pueblo Andaluz asume la investigación y la resolución de todo aquello que afecte a las materias en las que el Estatuto de Autonomía de Andalucía otorga competencias a la Comunidad Autónoma y ha de remitir al Defensor del Pueblo aquellas quejas que sean competencias de éste. Cuando existan duplicidades, el Defensor del Pueblo Andaluz es quien resuelve sobre ellas.

No obstante, el Defensor del Pueblo se reserva la competencia de investigar y resolver todas las quejas que por su trascendencia o por razón de homologar criterios anteriores, lo requieran. El acuerdo en este punto es poco concreto por lo que incorpora una cláusula abierta en virtud de la cual ambas instituciones pueden fijar los criterios que estimen convenientes.

El primer apartado del acuerdo relativo a la cooperación concluye con el establecimiento de un principio de colaboración entre ambas instituciones en las actuaciones que realicen en la Comunidad Autónoma. Esta colaboración se materializa en diversas formas:

- Dando la posibilidad al Defensor del Pueblo Andaluz no solo de proponer al Defensor del Pueblo la presentación de recursos de inconstitucionalidad y de amparo respecto de materias y cuestiones que haya conocido en el uso de sus competencias, sino también de solicitarle que sugiera, si lo estima procedente, la creación o modificación de normas que pudieran tener una incidencia especial en la mejora de la protección y defensa de los derechos constitucionales.
- Dando la posibilidad al Defensor del Pueblo de solicitar al Defensor del Pueblo Andaluz la difusión ante la Administración Andaluza y de los Entes Locales de Andalucía aquellas recomendaciones o sugerencias de carácter supracomunitario adoptadas en uso de sus competencias.
- Dando la posibilidad a ambas instituciones de que se trasladen recíprocamente los informes monográficos confeccionados, así como la posibilidad de que hagan suyas las consideraciones, recomendaciones y sugerencias de la otra, en su respectiva labor de control de las Administraciones públicas.

Bastan como botón de muestra de esa fructífera relación entre la Institución Andaluza y las Administraciones Locales de la Comunidad Autónoma de Andalucía una serie de datos estadísticos que, por sí solos, son exponentes de la confianza que los reclamantes han mostrado con este marco de cooperación entre la Institución andaluza, las Diputaciones Provinciales y los Ayuntamientos.

El cuadro estadístico de las quejas presentadas en los últimos diez años ante ambas Instituciones es el siguiente:

Año	Defensor del Pueblo Estatal			Def. Pueblo Andaluz	
	Quejas Total	Quejas de Andalucía	Quejas Ad. Local	Quejas Total	Quejas Ad. Local
1994	18.594	1.779	1.616	2.196	297
1995	13.214	1.726	1.237	4.040	332
1996	25.875	2.369	648	3.125	597
1997	18.138	1.830	689	4.385	735
1998	24.120	2.135	734	4.418	663
1999	13.700	1.578	605	4.503	646
2000	26.874	2.570	604	4.513	643
2001	13.365	1.315	120	4.552	1.114 ¹¹⁷
2002	21.191	2.854	207	4.823	798
2003	17.389	1.636	227	4.935	953

De acuerdo con estos datos, constituye una realidad que, sin perjuicio de la importante labor que viene desarrollando la Institución Estatal y las excelentes relaciones de coordinación y cooperación, existe una mayor presencia de la población andaluza que presenta quejas en relación con la Administración Autonómica y las Entidades Locales en la Institución Andaluza.

En la segunda parte relativa a las técnicas de coordinación, ésta se llevará a cabo a través de reuniones ordinarias o extraordinarias, entre los titulares de ambas instituciones y a través de reuniones periódicas de trabajo entre los asesores de las mismas áreas de ambas instituciones. En ellas se intercambiarán datos y se supervisará el desarrollo del acuerdo.

¹¹⁷ En este año se presentaron 463 quejas por idéntico motivo, todas ellas afectantes a la Administración Local. Por ello, deflactado este número, en realidad serían 651 quejas.

En conclusión, la creación y puesta en práctica de este acuerdo ha hecho que ambas instituciones mantengan sus relaciones de manera dinámica y fluida con lo que ello supone de contribución notoria a la efectiva defensa de los Derechos comprendidos en el Título I de nuestra constitución.

2.3.2.3. Competencias diferenciadas

En el epígrafe anterior hemos visto la competencia común que posee el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios autonómicos de defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución y la supervisión de la Administración Pública en sus respectivos ámbitos. Hemos analizado como, aunque la redacción de algunos preceptos autonómicos incorpora peculiaridades en su redacción¹¹⁸, el ámbito de protección y la esencia del funcionamiento de la institución es idéntica.

Ahora bien, existe una competencia del Defensor del Pueblo que sí le diferencia de los Comisionados parlamentarios, cual es la legitimación procesal para interponer el recurso de amparo y el recurso de inconstitucionalidad, y también existe una competencia que diferencia, a priori, a unos Comisionados Parlamentarios autonómicos de otros cual es la misión de tutelar el ordenamiento jurídico autonómico respectivo, así como el Estatuto de Autonomía propio. Las leyes autonómicas que han atribuido esta competencia a sus respectivos Comisionados parlamentarios autonómicos son: la Ley del Justicia de Aragón, la Ley del Procurador del Común y la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha.

¹¹⁸ El artículo 35 del Estatuto catalán junto a la defensa de los derechos fundamentales atribuye al Sindic de Greuges, la defensa de la libertades públicas; Por su parte la ley del Diputado del Común concreta en su artículo 16 las funciones del siguiente modo: La defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos reconocidos en la Constitución, frente a la vulneración reconocida por acciones u omisiones de las Administraciones Públicas canarias; la supervisión de la actividad las administraciones públicas canarias, a la luz de los dispuesto en los artículos 103.1 de la Constitución y 22.2 del Estatuto de autonomía de Canarias, con la finalidad establecida en el artículo 1 de la Ley reguladora del Diputado del Común; la protección de los derechos de los sectores de población más desprotegidos, con relación a la actividad de las Administraciones públicas canarias; y la difusión de los derechos y libertades de los ciudadanos reconocidos en la Constitución. El artículo 1 de la Ley del Ararteko establece que es función de éste garantizar los derechos mencionados de acuerdo con la Ley y velar porque se cumplan los principios generales del orden democrático contenidos en el artículo 9 del Estatuto de Autonomía Vasco¹¹⁸. Además, constituye como función primordial salvaguardar a los ciudadanos frente a los abusos de autoridad y poder y las negligencias de la Administración Pública Vasca. Compartiendo esta misma premisa nos encontramos a la Ley foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad foral de Navarra en el artículo 1.1. Por otro lado, el artículo 10 de la Ley reguladora del Ararteko concreta que sus poderes se extienden tanto a los actos y resoluciones como a la omisión de los mismos. En este mismo sentido se expresa el legislador navarro en el artículo 15.

2.3.2.3.1. La legitimación procesal del Defensor del Pueblo: el recurso de amparo e inconstitucionalidad

Tanto la Constitución en su artículo 162.1,a) y b), como la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional en su artículo 32.1,b) y 46.1,a) le han atribuido al Defensor del Pueblo legitimidad para interponer el recurso de amparo y el recurso de inconstitucionalidad. De esta manera el legislador lo único que ha hecho ha sido llevar este reconocimiento al artículo 29 de la Ley reguladora de la institución del Defensor del Pueblo¹¹⁹.

Si durante la tramitación parlamentaria de la LODP no se suscitó ninguna polémica porque ésta ya se mantuvo en la tramitación parlamentaria de la Constitución¹²⁰, para la doctrina no ha dejado de ser una cuestión sumamente controvertida el reconocimiento de la legitimación procesal del Defensor del Pueblo defendiéndose tanto argumentos en contra como argumentos a favor.

Entre los argumentos a favor destacan: primero, que la posibilidad de interponer recursos de inconstitucionalidad representa la máxima demostración de independencia frente al Parlamento ya que supone manifestar de forma directa su oposición a un acto de éste; segundo, permitir que a través de una queja un ciudadano pueda llegar a promover un recurso de inconstitucionalidad ante una ley que les afecte injustamente, siendo éste un ámbito que está completamente vedado a un particular¹²¹, pero tenemos que señalar que en este caso el Defensor del Pueblo

¹¹⁹ Vid. al respecto AGUILAR DE LUQUE, Luis y ELVIRA PERALES, Ascensión: *“Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales”* Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas. Universidad Carlos III, Madrid, 1992. cit. Pág. 161 y ss. PÉREZ UGENA, y COROMINA, María *“El Defensor del Pueblo en los procesos de tutela constitucional”*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, curso 1993-1994. Originariamente la previsión del artículo 29 de la LODP se contenía en los mismos términos en el artículo 19 de la Proposición de Ley. Es interesante el dato de que el reconocimiento de una competencia tan extraordinaria al Defensor del Pueblo, pasara sin discusión alguna por ambas Cámaras: en el Congreso no fue objeto de enmienda alguna y en el Senado sólo se formuló una enmienda, sin éxito, a los efectos de sustraer la interposición de los recursos al plazo de interposición establecido en la LOTC. Enmienda número 4 de D. Vicente Bosque Hita del Grupo Mixto. B.O.C.G. Senado, número 147 (b), de 12 de diciembre de 1980, Serie II.

¹²⁰ Nos remitimos al estudio que ya hemos realizado de la tramitación parlamentaria del artículo 54 de la Constitución y al comentario que del artículo 29 de la LODP lleva a cabo LUNA ABELLA, Carlos, en *“Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo”* Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 713 – 762.

¹²¹ Antes de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad la queja que solicita la interposición se remite al área que corresponda por la materia y los asesores adscritos a la misma estudian el caso y elevan un Informe resultante a la Junta de Coordinación que puede convocar a los responsables de área para que hagan las aclaraciones que sean pertinentes. A continuación la Junta debate internamente y del resultado obtenido se informa al Defensor del Pueblo sin que dicho Informe

actúa con legitimación activa directa, desbordando su papel de controlador de la Administración para convertirse en garante de la Constitución.

El Profesor VARELA SUANCES-CARPEGNA reconoce la posibilidad de interposición del recurso de inconstitucionalidad cuando el Defensor del Pueblo entienda que las disposiciones normativas susceptibles de ser recurridas infringen los derechos subjetivos reconocidos en el Título I, y no procederá por tanto cuando se alegue una infracción del derecho objetivo reconocido en el texto de la Constitución¹²².

Otro de los argumentos a favor de la legitimación descansa en la protección que se realiza de los intereses difusos entendiendo por tales aquellos que ofrecen una línea conceptual de naturaleza sociológica capaz de movilizar corrientes de opinión que procuran reformas legislativas tendentes a la regulación y desarrollo normativo, como consumo, ecología, urbanismo cultura, vivienda, tercera edad, salud...¹²³. A pesar de estos argumentos a favor la doctrina coincide en valorar que la actuación del Defensor del Pueblo en esta materia debe ser prudente para evitar el desgaste en el ejercicio desmedido de litigar.

Por otro lado los argumentos negativos que se esgrimen son los siguientes: primero, el riesgo de politización de la que puede ser objeto su actuación, un vivo ejemplo de ello ha sido su negativa a recurrir por inconstitucionalidad leyes polémicas como la de Extranjería o la llamada Ley del Catalán¹²⁴; segundo, un argumento de carácter organizativo en relación a la dotación de medios personales que necesitaría la institución dedicada a la preparación y defensa de los recursos que produciría una sobrecarga de tareas en detrimento de la investigación de quejas pudiendo llegar a un riesgo de bloqueo.

sea vinculante respecto a la decisión final que le corresponde adoptar. Vid. PÉREZ-UGENA y COROMINA, María, "Defensor del Pueblo y Cortes Generales", Publicaciones Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, cit. Pág. 293.

¹²² Vid. VARELA SUANCES-CARPEGNA J. "*Naturaleza jurídica...*", cit. pág. 78. Este autor continúa con su razonamiento aclarando que el Defensor del Pueblo tutela los derechos subjetivos, más no el Derecho objetivo, mientras que la tutela de ambos corresponde al Ministerio Fiscal según preceptúa el artículo 124 de la Constitución. Por este motivo critica la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recurso de inconstitucionalidad si se tiene en cuenta que de esta legitimación se excluye al Ministerio Fiscal.

¹²³ Vid. ALMAGRO NOSETE, J. "*Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos*", Revista de Derecho Político número 16/1982-1983, págs 93 a 107.

¹²⁴ Sobre la negativa a recurrir la denominada "Ley del Catalán" encontramos referencias en NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "El Derecho y el Revés. Diálogo Epistolar sobre leyes, abogados y jueces" Editorial Ariel, Barcelona, 1998, 1ª Edición, págs. 195 y 196.

Respecto al recurso de amparo además de estos argumentos negativos señalamos otros dos: el primero asentado en una razón de fondo: líneas más arriba señalábamos la competencia controvertida de la supervisión de la Administración de Justicia y concluíamos estableciendo que el ámbito de supervisión se circunscribía a la Administración de Justicia en cuanto servicio público sin entrar a supervisar ni controlar la decisión judicial emanada por los órganos judiciales, pues bien, cuando el Defensor del Pueblo plantea un recurso de amparo puede fundarse no sólo en una actuación de la Administración sino también de las Cortes Generales y lo que nos resulta más interesantes ante un acto u omisión de un órgano judicial permitiéndole por tanto examinar e impugnar el contenido de una resolución judicial cuando estime que ha sido vulnerado alguno de los derechos y libertades susceptibles de amparo. En este caso el Defensor no actúa como representante del que ha sido o se siente vulnerado en su derecho, sino que es él mismo el que interpone el recurso.

Una crítica y un inconveniente se particularizan en esta cuestión: La crítica radica en que no es misión del Defensor del Pueblo sustituir al particular en la interposición del recurso de amparo y ya que la ley reconoce la legitimidad a todo ciudadano, dejemos que sea el ciudadano el que en primer término defienda sus derechos¹²⁵ porque de lo contrario cabe el riesgo de que el Defensor se convierta en un mero abogado alejándose en mucho de su misión¹²⁶; además no puede considerarse válido el argumento de su intervención para aquellos casos en los que existe escasez de medios económicos por parte del recurrente porque el ordenamiento jurídico ya ha dado soluciones para esta circunstancia¹²⁷. Consciente

¹²⁵ El Defensor del Pueblo ha sido consciente de ello desde un principio y ello se constata en el Auto 94/1984, de 15 de febrero. El Defensor del Pueblo formuló un recurso de amparo contra una sentencia de la Sala Tercera del TS por estimar que en los procesos precedentes se había producido por los órganos jurisdiccionales actos u omisiones que habían supuesto una violación del derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución. Más adelante el Defensor manifestó por escrito que el recurso lo entablaba subsidiariamente respecto a los que pudieran estar particularmente interesados por las resoluciones impugnadas, al sólo efecto de proteger el derecho fundamental del artículo 24.1 de la CE, y para el supuesto de que la propia legitimación de estas personas no fuera admitida. Como consecuencia de la admisión de la legitimidad de los directamente afectados el Defensor del Pueblo desistía de la pretensión ejercitada. Finalmente la sección del Tribunal que conoció de este asunto aceptó el desistimiento por entender que la legitimación del Defensor se había ejercido *ad cautelam*.

¹²⁶ Este riesgo es lo que ha llevado a algunos autores a manifestar que al Defensor no debía habersele otorgado competencias en el orden jurisdiccional y aún menos en materia de amparo, lo que puede acarrear una desfiguración de la institución haciendo que no funcione como el mecanismo legal de defensa del ciudadano que es situándose en un ámbito distinto del jurisdiccional, y concretándose en su actividad de persuasión. Vid. DE JORGE, Esteban y LÓPEZ GUERRA, Luis, Curso de Derecho Constitucional Español. Labor Universitaria, Barcelona, 1983, Tomos I y II. Cit. pág. 278

¹²⁷ Es oportuno hacer esa aclaración porque en un principio la ciudadanía podía confundir y de hecho confundió que la intervención del pueblo estaba asociada al beneficio de la pobreza legal así se desprende por ejemplo: el Auto 378/1983, de 30 de julio entre cuyos antecedentes se exponía que el

de que esta es una competencia extraordinaria el Defensor del Pueblo ha interpuesto un total de diez recursos de amparo de los cuales sólo uno de ellos ha sido desistido y los restantes otorgados¹²⁸.

Respecto al inconveniente, éste radica en uno de los requisitos de interposición del recurso de amparo: la necesidad de agotar previamente la vía judicial. La Constitución, la LOTC y la LODP le legitiman para promover los recursos de inconstitucionalidad y amparo pero no le legitima para la jurisdicción ordinaria.

La postura de la doctrina está encontrada en esta cuestión; unos consideran que debe entenderse implícita la legitimación del Defensor del Pueblo para promover el recurso previo cuando éste sea un requisito necesario para la interposición¹²⁹. Otros no aceptan esta legitimación implícita ya que no parece posible que pueda poner en marcha la jurisdicción contencioso-administrativa para interponer el recurso de amparo en vía ordinaria¹³⁰.

La falta del reconocimiento legal expreso conlleva que el Defensor haya de requerir el auxilio al Ministerio Fiscal. Nosotros entendemos que si el legislador hubiera tenido la voluntad de dotarle de legitimidad en la modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que ha dado lugar a la Ley 29/1998, de 13 de julio, en el extenso artículo 19 regulador de la legitimidad habría incluido al Defensor del Pueblo, al igual que incluye al Ministerio Fiscal en el apartado 1, f), aunque se hubiera limitado al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en el Capítulo I del Título V.

A nuestro modo de ver la no inclusión del Defensor en el artículo 19 de la LJCA merece una valoración positiva en la medida en que le mantiene alejado de la actividad jurisdiccional ordinaria¹³¹.

recurrente presumía que no le alcanzaran los supuestos de pobreza legal, y sin que se le pudiera considerar como rico, por lo ajustado de sus medios al disponer sólo de una modesta pensión, había tomado la resolución de encauzar el recurso de amparo a través del Defensor del Pueblo.

¹²⁸ Los Recursos de amparo interpuestos por el Defensor del Pueblo se pueden consultar en la dirección de página Web <http://www.defensordelpueblo.es>.

¹²⁹ Vid. PRIETO SANCHÍS Luis, en su intervención de las jornadas celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid y publicadas en Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas. Universidad Carlos III, Madrid, 1992. cit. Pág. 198.

¹³⁰ VARELA SUANCES-CARPEGNA, J. “*La naturaleza jurídica...*”, cit. Pág. 73.

¹³¹ El proyecto de Ley sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa incluía entre los legitimados en el orden Contencioso-administrativo al “Defensor del Pueblo e instituciones

Desde el punto de vista teórico la institución ha manifestado que la facultad de recurrir en inconstitucionalidad otorgada al Defensor del Pueblo por la Constitución no debe, ni puede ser calificada jurídicamente de excepcional dado que está abierta a todos los casos que los ciudadanos le plantean al Defensor o éste aborde por propia iniciativa, con tal de que concurren los requisitos establecidos en el ordenamiento constitucional, como para las demás autoridades u órganos a quienes se reconoce análoga legitimación¹³². Más en la práctica, el carácter extraordinario de la defensa de los derechos del Título I de la Constitución se ha dejado sentir en el número de recursos de inconstitucionalidad que ha formalizado el Defensor del Pueblo en total 19 de los cuales tres han sido estimados, uno estimado parcialmente, dos desistidos, cinco desestimados y ocho aún están pendientes.

Los Comisionados Parlamentarios no tienen reconocida la legitimidad procesal para interponer recursos de inconstitucionalidad o amparo ni en la Constitución ni en la LOTC, pero las leyes autonómicas en su deseo de atribuir competencias a sus respectivos Comisionados han previsto que éstos puedan instar al Defensor del Pueblo la interposición del mismo.

La Ley del Defensor del Pueblo Andalúz le atribuye la posibilidad en el artículo 26, de instar del Defensor del Pueblo la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra las disposiciones normativas emanadas del Parlamento y del Consejo de Gobierno de Andalucía, guardando absoluto silencio sobre el recurso de amparo. Mientras, en la Ley del Sindic de Greuges de Baleares ocurre lo contrario, es decir, el artículo 25 le atribuye la posibilidad de dar a conocer al Defensor del Pueblo que una resolución de los Tribunales infringe el Estatuto de Autonomía en tanto que supone el desconocimiento de un derecho fundamental, para

autonómicas análogas y el Ministerio Fiscal para la defensa de los derechos y libertades a que se refiere al artículo 53.2 de la Constitución y en los demás supuestos previstos por las leyes”. Sin embargo, en el Anexo al Informe de la ponencia del Congreso, sólo permanece “la legitimación del Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley” al proponer el Informe una transacción sobre las enmiendas de supresión de la letra f) del número 1 del artículo 18 del proyecto. No parece por tanto exagerado afirmar que el descarte de la legitimación del Defensor del Pueblo equivale en buena lógica a la negación de la misma. Tan importante como esta conclusión es el criterio que la guía: las atribuciones del Defensor del Pueblo están predeterminadas sustantivamente en la Constitución y su Ley Orgánica Reguladora, escapando a esta reserva de Ley Orgánica que la Constitución hace, la pretensión de establecimiento de una nueva atribución cual es la del ejercicio de acciones ante los Tribunales Ordinarios, incluida por tanto la relativa a la protección de los derechos fundamentales de la persona prevista en el artículo 53.2 de la Constitución y regulada hoy en los artículos 114 a 122 de la Ley Jurisdiccional. Vid. LUNA ABELLA, Carlos, comentario al artículo 29 de la LODP en “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo”... cit. pag. 731.

¹³² Informe del Defensor del Pueblo de 1984, pág 17.

que si procede interponga un recurso de amparo, sin embargo omite toda referencia al recurso de inconstitucionalidad.

Por su parte la ley del Ararteko en el artículo 37.a), la Ley foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad foral de Navarra en su artículo 14.2 y la Ley del Diputado del Común en el artículo 21 establecen que respectivamente podrán solicitar del Defensor del Pueblo que interponga tanto el recurso de amparo como el recurso de inconstitucionalidad. En esta misma línea, pero en el desarrollo de las competencias que analizaremos en el epígrafe inmediatamente posterior, se pronuncian la Ley del Procurador del Común en su artículo 22 y 24.4, la Ley del Justicia de Aragón en su artículo 23 y 27.4 y la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en su artículo 30 y 31.

A diferencia del resto de leyes, la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña, la Ley del Valedor del Pueblo gallego y la Ley del Síndico de Agravios no han reconocido esta facultad a su respectivo Comisionado Parlamentario.

Antes de concluir recordemos que esta posibilidad de instar la interposición no vincula ni obliga al Defensor del Pueblo que motivadamente puede rechazar tal propuesta.

2.3.2.3.2. Las competencias peculiares del Justicia de Aragón, del Procurador del Común y del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha

Tres leyes autonómicas necesitan un estudio más detenido por las competencias singulares que atribuyen a sus Comisionados Parlamentarios Autonómicos y que las diferencian claramente de las demás. Estas leyes son la Ley del Justicia de Aragón, la Ley del Procurador del Común y la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha.

El artículo 1 de la primera enuncia que el Justicia de Aragón es la institución que tiene como misión la protección y defensa de los derechos y libertades individuales o colectivos reconocidos en el Estatuto, hasta aquí todo normal excepto la referencia al Estatuto pero a efectos prácticos éste contiene los mismos derechos que la Constitución, lo peculiar viene a continuación cuando establece que tiene la misión de tutelar el ordenamiento jurídico aragonés velando por su defensa y aplicación, y también tiene por misión la defensa del Estatuto.

Por su parte el artículo 1 de la Ley del Procurador del Común le atribuye la protección y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la tutela del

ordenamiento jurídico castellano-leonés y la defensa del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

El artículo 1 de la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha le encomienda la protección y defensa de los derechos y libertades, individuales y colectivos, comprendidos en el Título I de la Constitución y en el artículo 4 del Estatuto de Autonomía de Castilla la Mancha, a cuyo efecto velará por la tutela del ordenamiento jurídico propio de la Comunidad Autónoma y su Estatuto.

Las leyes citadas han regulado esta competencia en un capítulo distinto al que regula la protección y defensa de los derechos. La Ley del Procurador del Común lo ha hecho en el Título III cuya denominación es “De la defensa del Estatuto de Autonomía y del ordenamiento jurídico de Castilla y León”, la Ley del Justicia de Aragón ha regulado en el Capítulo Segundo del Título II la defensa del Estatuto de Autonomía y en el Capítulo III la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, y la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en el Título IV.

Antes de entrar a analizar en qué consiste esta competencia adelantemos que la finalidad última de las mismas es habilitar al Comisionado Parlamentario la posibilidad de instar del Defensor del Pueblo o del órgano competente el recurso de inconstitucionalidad y el conflicto de competencias. Por ello adelantábamos que es una competencia que a priori les diferencia del resto de Comisionados Parlamentarios autonómicos, pero a posteriori y con las matizaciones que vamos a analizar a continuación no es así.

La competencia enunciada se desarrolla de la siguiente manera: cuando alguno de los tres Comisionados Parlamentarios Autonómicos estime que una Ley o disposición con fuerza de Ley contradicen los respectivos Estatutos de Autonomía o una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra Comunidad o del Estado o no respetan el orden de competencias establecido en la Constitución, el Estatuto o la correspondiente Ley se dirigirán inmediatamente o a su respectivo órgano colegiado de Gobierno o a su respectivo Parlamento autonómico para instarles a interponer el pertinente recurso de inconstitucionalidad o el conflicto de competencias. Esta recomendación deberá ser motivada y publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o en el Boletín de sus respectivas Cortes, según proceda.

Frente a la pregunta de si tanto el órgano de Gobierno como las Cortes están obligados a plantear el recurso de inconstitucionalidad o el conflicto de competencia debemos contestar que no existe tal obligación y la decisión que adopten en un

sentido u otro deberá ser motivada y publicada en el mismo Boletín que la recomendación. Si la decisión de ambos es no interponer el recurso o no estuvieran legitimados para ello se da la posibilidad al Comisionado Parlamentario Autonómico de dirigirse al Defensor del Pueblo sugiriéndole la interposición del recurso, no estando éste tampoco obligado a interponerlo.

Además de ello cuando la violación del Estatuto provenga de la actuación de una corporación local con sede en la Comunidad Autónoma respectiva, el Procurador, el Justicia y el Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha, en su ámbito de actuación, podrá dirigirse a ella sugiriéndole la medida a adoptar, informándole que ha puesto el caso en conocimiento de sus respectivas Cortes. Si por el contrario la violación se deriva de un acto de las Cortes de Aragón, de Castilla y León o de Castilla la Mancha, el Justicia, en el primer caso, el Procurador, en el segundo, y el Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha, en el tercero, requerirá motivadamente a éstas para que lo subsanen y, si no lo hacen, podrá hacerlo llegar al Defensor del Pueblo, sugiriéndole la medida a adoptar.

Como se observa esta competencia que permite instar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad o un conflicto de competencia parece configurarse como una competencia de defensa objetiva del Estatuto de Autonomía, con el ejercicio de esta competencia problemática y que puede llevar al solapamiento de otros órganos como los Consejos Consultivos, la institución ha sido calificada como una magistratura de acción en la defensa del Estatuto¹³³.

A nuestro modo de ver, estos Comisionados Parlamentarios ni pueden separarse de la misión principal que tienen atribuida cual es la defensa de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, ni pueden asumir competencias que menoscaben el ejercicio y desarrollo eficaz de la misma, por esta razón la competencia explicada líneas más arriba sólo tiene sentido cuando ha tenido conocimiento de la infracción del Estatuto a través de una queja, a través de la defensa subjetiva, y tras la investigación y resolución de ésta decide con carácter extraordinario y tras un juicio de oportunidad iniciar el procedimiento de defensa del Estatuto. En estos términos, la competencia que se ha explicado, ut supra, no implica diferencias respecto al resto de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, mientras que si se configura como una competencia de defensa objetiva del

¹³³ Vid. CASCAJO CASTRO, J.L. “*La creación del Procurador del Común de Castilla y León*”, El Procurador del Común, Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas. Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid, 1995, Valladolid, págs. 125 – 128.

ordenamiento jurídico autonómico y del Estatuto de Autonomía respectivo no sólo nos encontramos ante una competencia diferenciadora sino que desvirtúa y menoscaba la naturaleza vocacional de la institución del Ombudsman.

Del mismo modo ha de ser entendida la competencia de defensa del respectivo ordenamiento jurídico. Mientras la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha guarda silencio las otras dos leyes dedican un artículo para definir qué se entiende por ordenamiento jurídico de su Comunidad Autónoma. En el caso del Justicia de Aragón el artículo 30 enumera el derecho civil o foral de Aragón; las leyes aprobadas por las Cortes de Aragón; las disposiciones con fuerza de ley aprobadas por la Diputación General por delegación de las Cortes de Aragón; y los Reglamentos emanados de la Diputación General en materia cuya competencia corresponda a la Comunidad Autónoma. Por su parte el artículo 27 de la ley del Procurador del Común enumera las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla y León; las disposiciones con fuerza de Ley aprobadas por la Junta de Castilla y León; los Reglamentos y Disposiciones administrativas de la Administración de la Comunidad Autónoma.

El procedimiento que se sigue en esta caso es el siguiente: cuando los Comisionados Parlamentarios Autonómicos tengan conocimiento de graves y reiterados supuestos de inaplicación o deficiente aplicación del ordenamiento jurídico de la respectiva Comunidad Autónoma que, en su opinión deban ser corregidos sin tardanza, lo pondrá en conocimiento del Presidente de las Cortes. Éste, tras consultar con la Junta de Portavoces, podrá trasladar la queja del Comisionado Parlamentario al superior jerárquico del funcionario responsable o al correspondiente Colegio Profesional.

A los solos efectos de fijar la doctrina legal, el Comisionado Parlamentario podrá dirigirse a cualesquiera autoridades que tengan competencia para interponer recursos y ejercitar acciones ante los Tribunales, a fin de solicitarles su actuación con la finalidad de defender el Estatuto de Autonomía respectivo y proceder a la mejor defensa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma. Además, cuando el Comisionado Parlamentario estime que algún precepto reglamentario emanado del órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma infringe el Estatuto de Autonomía o el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma, se dirigirá motivadamente a éste recomendando su modificación o derogación. Dicha recomendación se publicará en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma.

Una peculiaridad presenta la Ley del Justicia de Aragón en su artículo 33 al establecer que dentro de los límites presupuestarios puede realizar cualesquiera

actividades conducentes a la difusión del ordenamiento jurídico aragonés, su conocimiento, su estudio y su investigación.

El ejercicio de esta competencia debe tener su reflejo también en el Informe anual que el Justicia de Aragón y el Procurador del Común elevan a sus respectivas Cortes en el que se hará una especial referencia al estado de observancia, aplicación, e interpretación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma, pudiendo incluir recomendaciones que las respectivas Cortes trasladarán al organismo o autoridad competente. Por el contrario, esta previsión no ha sido incorporada en la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha.

Como conclusión sobre esta especialización de funciones dirigida a controlar la inaplicación del ordenamiento jurídico estatutario resaltamos que si se desarrolla desde el punto de vista objetivo por sí, se le está pidiendo tanto al Justicia como al Procurador actuar como un Consejo Consultivo y ello supone mezclar la naturaleza de quien es un Comisionado Parlamentario para la defensa de los derechos y libertades del Título I de la Constitución con la naturaleza propia de otra institución auxiliar como es el Consejo Consultivo. Ambas cosas no tienen mucho que ver y la segunda puede ir en detrimento del buen funcionamiento de la primera, que es, además, su función principal y característica¹³⁴.

3. Las virtudes del Procedimiento del Defensor del Pueblo

Acudir al Defensor del Pueblo o a los Comisionados Parlamentarios Autonómicos en el ámbito de sus respectivas competencias para la resolución de un conflicto con la Administración Pública ofrece notables ventajas que intentar la resolución del mismo conflicto a través de los órganos judiciales.

Ello se debe no sólo a los principios informadores de la actuación del Ombudsman sino a la efectiva puesta en práctica de los mismos. Dichos principios son la informalidad y la sumariedad, entre otros. Nosotros en nuestro estudio vamos a incidir especialmente en estos dos y en el principio de coordinación que preside las relaciones de los Comisionados parlamentarios con otras instituciones. No obstante

¹³⁴ Vid. GARCÍA ROCA F.J “*La creación del Procurador del Común de Castilla y León*”. El Procurador del Común, Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas. Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid, 1995, Valladolid, págs. 133 – 138.

tenemos que decir que se ha de tener la referencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Existe abundante doctrina sobre los principios del procedimiento administrativo, y como bien señalan GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, es posible la inclusión de principios que inspiran el procedimiento administrativo¹³⁵. El tratamiento íntegro de tal elenco de principios en su aplicación al procedimiento que se sigue por el Defensor podría exceder las necesidades del análisis de su influencia en la tramitación de las quejas. Por ello aunque nosotros nos vamos a centrar en los principios que antes hemos anunciado, nos remitimos a la sugerente enumeración de principios elaborada por GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ¹³⁶, que fue seguida con notable acierto por LÓPEZ DE FORONDA en la ponencia que presentó en las XIII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, pues arrancando de tales principios, extrae los que a su vez informan el procedimiento de tramitación de un expediente de queja o actuación de oficio¹³⁷.

La LODP recoge diversas previsiones procedimentales de necesaria observancia para el Defensor, para el que presenta la queja y para la Administración supervisada, aunque escasas, y por tanto con notables vacíos normativos, omitiendo previsiones que se recogen ordinariamente en las normas de procedimiento, lo cual puede considerarse reflejo del antiformalismo que preside las investigaciones del Defensor del Pueblo, permitiendo la adaptación de la institución a las peculiaridades de cada caso.

La informalidad se deja sentir no solo en la fácil accesibilidad del ciudadano al Defensor del Pueblo en cuanto a la amplia legitimidad¹³⁸ y la ausencia de requisitos formales de la queja, al margen de los estrictamente necesarios para la identificación del afectado y los hechos que éste considera vulneradores de su

¹³⁵ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Comentarios al artículo 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 3ª edición, Edit. Civitas, Madrid, 1999.

¹³⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Curso de derecho Administrativo II, Séptima Edición, Edit. Civitas, Madrid, 2001.

¹³⁷ Vid. LÓPEZ DE FORONDA VARGAS, Faustino, “*Algunas reflexiones sobre las relaciones de los Defensores del Pueblo con las Administraciones públicas*”, ponencia expuesta en las XIII Jornadas de Coordinación entre los Defensores del Pueblo celebradas en Canarias del 21 al 24 de octubre de 1998. Servicios de publicaciones del Diputado del Común de Canarias. Ver también BRUÑÉN BARBERÁ, Francisco M., “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 15, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 383 - 413.

¹³⁸ Artículo 10 de la LODP.

derecho¹³⁹, sino también en las actuaciones concretas de investigación que lleva a cabo.

Esta informalidad no debe entenderse como una ausencia de parámetros básicos en su actuación ya que estos están perfectamente definidos en la Ley, sino como la ausencia de unas reglas estrictas a que someterse en su relación con los entes públicos. Por esta razón, por haber contemplado unos requisitos para la admisión de las quejas, y por guardar un escrupuloso cuidado en la adopción de garantías para los organismos y funcionarios afectados, no tienen fundamento las críticas que se han realizado en cuanto a la posible inseguridad jurídica que puede derivarse de la ausencia de un rígido procedimiento de actuación. Haber dotado al Defensor de un procedimiento rígido habría supuesto un encorsetamiento de su actuación, le habría constreñido y limitado al someterlo a la burocracia administrativa estrangulando con ello su efectividad y restando a la confianza que han depositado los ciudadanos en ella. El carácter antiformalista del procedimiento habilita al Defensor a disponer sus investigaciones en el modo que estime más idóneo, sujetándose a las escasas normas previstas en la LODP, pudiendo decidir la práctica de las pruebas que estime más pertinentes para efectuar las comprobaciones a que haya lugar, pudiendo servirse para ello de entrevistas personales, personaciones en dependencias administrativas, examen de documentos, etc.

Este principio de informalidad también es predicable en mayor o menor medida de los Comisionados Parlamentarios autonómicos. La ley que regula la institución del Ararteko en su artículo 12 establece que para el correcto ejercicio de sus facultades y competencias “*actuará con medios informales y expeditivos*”. Otras leyes autonómicas como es el caso de la Ley reguladora del Síndico de Agravios; la Ley del Valedor del Pueblo; la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra; la Ley del Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha y la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz reproducen fielmente la misma expresión utilizada por la LODP para calificar la investigación: “*oportuna investigación sumaria e informal*”¹⁴⁰. En el análisis de las quejas realizado en páginas posteriores tendremos múltiples ejemplos de la aplicación de estas técnicas metodológicas.

Peculiar, por la claridad que incorpora, es el estilo reflejado en la nueva Ley del Diputado del Común al enunciar en su artículo 28.1 que sus actuaciones se

¹³⁹ Artículo 15 de la LODP

¹⁴⁰ Artículo 18, artículo 22, artículo 24.1, artículo 18.1, artículo 18.1, respectivamente.

desarrollarán por el cauce procedimental que se fija en la respectiva Ley. Las restantes leyes autonómicas¹⁴¹ omiten el término “informal” y optan en la redacción del artículo que regula el inicio de las investigaciones por reducir la calificación de las medidas de investigación a “oportunas”, quizá estos legisladores olvidaron que no nos encontrábamos ante simples calificativos sino ante principios informadores del proceder de la Institución.

En cuanto a la sumariedad la Ley no establece un plazo de tiempo para que la queja sea resuelta, pero el haber recogido el legislador de forma expresa el término “*sumaria*” en el artículo 18 y los cortos plazos de tiempo que se conceden para el envío del informe previo del mismo artículo o la respuesta del funcionario afectado por la investigación en el caso del artículo 20, dejan sentir que se debe llevar a cabo en el menor tiempo posible.

Que duda cabe que esta sumariedad está estrechamente ligada, no podía ser de otro modo, a la finalidad que el Defensor cumple de tutela de los derechos, de ahí que en el artículo 19 de la LODP se establezca que los poderes públicos están obligados a auxiliarle con carácter preferente y urgente, términos éste de “*preferente*” y, aquél de “*sumaria*” que recuerdan la redacción del artículo 53 de la Constitución española.

Tampoco las leyes autonómicas reguladoras de los respectivos Comisionados parlamentario establecen un plazo de tiempo para que la queja sea resuelta, pero se inspiran igualmente en el principio de sumariedad, haya sido éste expresamente incorporado al texto de la ley o no. Entre los primeros, la Ley reguladora del Síndico de Agravios en su artículo 18; la Ley del Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha en el artículo 18.1, la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 24.1; la Ley del Valedor del Pueblo en su artículo 22; La ley del Defensor del Pueblo Andaluz en el artículo 18.1; y la Ley del Diputado del común en dos artículos, el artículo 28 relativo a los principios del procedimiento y el artículo 29 relativo al impulso de las actuaciones. Las restantes leyes¹⁴², al igual de lo que ocurría con el principio de informalidad, omiten el reconocimiento expreso del principio de sumariedad.

¹⁴¹ Ley del Sindic de Greuges catalán, artículo 19; Ley del Sindic de Greuges balear, artículo 16; Ley del Procurador del Común, artículo 13; Ley del Justicia de Aragón, artículo 16.

¹⁴² Ley del Sindic de Greuges catalán, artículo 19; Ley del Sindic de Greuges balear, artículo 16; Ley del Procurador del Común, artículo 13; Ley del Justicia de Aragón, artículo 16. A ello hay que añadir la Ley reguladora del Ararteko en cuyo articulado no hallamos el término “sumaria”.

3.1. La informalidad y sumariedad de la actuación del Defensor vs la formalidad y dilación en el proceder de los Tribunales

3.1.1. La presentación de la queja

El concepto de queja fue definido por Joaquín Ruiz-Giménez, primer titular de la Institución, en el primer informe anual presentado a las Cortes Generales¹⁴³:

“Toda pretensión formulada al Defensor del Pueblo por una persona individual o colectiva que cumpliendo los mismos requisitos de legitimación fijados por el artículo 10.1 de la Ley Orgánica, recaba su intervención para que esclarezca un acto o una resolución de la Administración pública, sus agentes y autoridades administrativas, así como los supuestos del artículo 28.3 de la Ley siempre que cualquiera de los hechos denunciados presuntamente vulneren el Título I de la Constitución o se desvíen de lo previsto en el artículo 103.1 de la misma, según preceptúa el artículo 9º de la Ley Orgánica reguladora de la Institución del Defensor”

La legitimación para presentar una queja ante el Defensor del Pueblo es el objeto del artículo 10 de la LODP que la regula con una gran amplitud al reconocer este derecho a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna¹⁴⁴, y sin que la nacionalidad, la residencia, el sexo, la minoría de edad, la incapacidad legal, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o, en general, cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una Administración o Poder Público, se constituya como impedimento.

En su inicial planteamiento la legitimación no era tan amplia, pues se limitaba se limitaba a las personas físicas que tuvieran un interés directo en relación con el objeto de la queja¹⁴⁵. La referencia a las personas jurídicas se introdujo a través de enmiendas¹⁴⁶ que consideraban que las personas jurídicas podían ser sujetos de

¹⁴³ Informe anual a las Cortes Generales emitido por el Defensor del Pueblo, correspondiente a la gestión realizada durante el año 1983, pag. 18. B.O.C.G., Congreso de los Diputados, número 47, de 17 de mayo de 1984, Serie E.

¹⁴⁴ La expresión “*sin restricción alguna*” ha de entenderse, en palabras del profesor GIL-ROBLES, en sus justos términos, y entendiendo por ella que el legislador no se está refiriendo al objeto de la queja sino a la condición de poder ser reclamante. Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A “El Control Parlamentario de la Administración. (El Ombudsman)”. INAP, Madrid, 1983, cit. pág. 292.

¹⁴⁵ Artículo 11 de la proposición de ley. B.O.C.G., Congreso de los Diputados, número 39-I, de 20 de junio de 1979, serie B.

¹⁴⁶ Enmienda núm. 15 del Grupo de Minoría Catalana; enmienda núm. 51 del Grupo

derechos e intereses legítimos y también podían ser objeto de resoluciones o actos administrativos anormales o contrarios a derecho. A este respecto Álvaro GIL-ROBLES, redactor de la proposición de Ley, justificó la no inclusión de las personas jurídicas en la fase de puesta en marcha y rodaje de la institución con el criterio de la oportunidad, al considerar que su inclusión podía llegar a ser un factor altamente distorsionante¹⁴⁷.

El requisito de interés directo en relación con el objeto de la cosa, quedó sustituido por el de interés legítimo en virtud de una enmienda presentada en el Congreso de los Diputados¹⁴⁸. En cuanto a la determinación de qué se entiende por interés legítimo debemos concretar que ha de tratarse de una posición de ventaja o beneficio que provenga del ordenamiento jurídico, no nos referimos a la existencia de un derecho subjetivo, pero sí a que la posición que se trate de defender venga amparada por la norma; en definitiva que la persona que presenta la queja haya sido, directa o indirectamente, perjudicada en un derecho o un interés que tiene reconocido por el ordenamiento jurídico.

Ello nos lleva a entender que con la introducción de este término se pretende proteger no la salvaguarda del Derecho objetivo, sino la defensa de los derechos de los ciudadanos. El interés legítimo relativo al objeto de la queja también se presenta

Andalucista. Enmienda número 87 del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., cit págs. 33, 42 y 51, respectivamente. La enmienda número 15 también perseguía incluir en el texto la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pudiera dirigirse al Defensor del Pueblo a los solos efectos de instar a éste la interposición de un recurso de inconstitucionalidad ya que el Defensor del Pueblo en virtud del artículo 162.1,a) de la Constitución tiene atribuida dicha legitimación, mientras que el Ministerio Fiscal, a quien el artículo 124.1 de la CE le asigna la misión de defensa de los derechos de los ciudadanos pudiendo éstos verse vulnerados, entre otras formas, a través de una norma legal, carece de la posibilidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad contra ésta. Finalmente esta idea fue rechazada.

¹⁴⁷ GIL-ROBLES se expresaba en los siguientes términos: *“Es obvio que las personas jurídicas están en condiciones de dotarse a sí mismas de unos medios de asesoramiento jurídico y defensa, suficientemente eficaces como para que sea difícil mantener que se encuentran tan indefensas como puede llegar a estar un ciudadano individual. Esta es una vía que me temo que puede llegar a ser utilizada para forzar de entrada una intervención del Defensor en cuestiones perfectamente solventables por otros cauces, cuando no para procurar presiones indirectas sobre la Administración. Pienso que éste antes de nada debe consolidar su posición, su prestigio e imagen de eficacia y servicio a los ciudadanos, escapando al máximo de todo intento de manipulación, y es innegable que permitiendo de entrada la presentación de quejas y denuncias a las personas jurídicas se está dificultando el alcanzar tales objetivos. Sin duda son éstos argumentos de oportunidad, pero ocurre que en momentos como los que se apresta a vivir el Defensor del Pueblo, los argumentos de oportunidad pueden ser decisivos para su supervivencia”*. Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. “El Control Parlamentario...”, cit. pág. 293.

¹⁴⁸ Enmienda número 87 del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., cit. pag. 51.

como requisito necesario de legitimidad en las legislaciones autonómicas¹⁴⁹ a excepción de la Ley del Diputado del Común que ha omitido esta referencia en el artículo 22 relativo al inicio de actuaciones. En lo que no ha existido separación alguna de los textos autonómicos respecto al texto del artículo 10 de la LODP es en la enumeración de las condiciones y circunstancias que bajo ningún concepto pueden constituirse como impedimentos. Solo encontramos una singularidad en la Ley del Valedor del Pueblo que en lugar de reproducir la enumeración del artículo 10 de la LODP sustituyó la misma por la expresión “*sin limitación alguna*”.

Aquellas personas físicas, jurídicas o naturales¹⁵⁰ que cumplen con los escasos condicionantes de legitimidad se dirigen al Defensor del Pueblo a través de una queja, firmada por ellos, con indicación de su nombre, apellidos, domicilio, en escrito razonado, en papel común y en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma¹⁵¹.

Para la interposición de la queja no será necesaria y preceptiva la asistencia de letrado ni procurador, y además esta actuación revestirá un carácter gratuito. Este artículo 15 de la LODP es el resultado del artículo 13 de la proposición de ley que en su origen no requería ni la firma, ni el nombre, ni el apellido, ni el domicilio del interesado, y cuyo tránsito por el Congreso pasó prácticamente desapercibido al formularse sobre él sólo dos enmiendas, una¹⁵² que fijaba el plazo de un mes del obligado acuse de recibo que sobre la queja debía realizar el Defensor; y otra¹⁵³ que perseguía la ampliación del plazo de un año a dos, aunque justificaba que sería mejor no poner plazo alguno de caducidad al no tratarse de un procedimiento formal y al no caducar los derechos que se protegen.

¹⁴⁹ Ley del Ararteko: artículo 18; Ley del Procurador del Común: artículo 10.2,a); Ley del Justicia de Aragón: artículo 12.1,a); Ley del Sindic de Greuges de Catalunya: artículo 12.1,a); Ley del Sindic de Greuges de Balears: artículo 11,a); Ley del Síndico de Agravios artículo 10; Ley del Valedor del Pueblo Gallego: artículo 14; Ley del Defensor del Pueblo Andaluz: artículo 1; Ley del Defensor del Pueblo de la Castilla la Mancha: artículo 12.1 y la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 19.1.

¹⁵⁰ El término natural es el utilizado por la Ley del Síndico de Agravios en el artículo 10 y de la Ley del Valedor del Pueblo en el artículo 14.1.

¹⁵¹ Para ver un análisis exhaustivo de las distintas teorías sobre la legitimidad y la invocación del interés legítimo Vid. BRUÑÉN BARBERÁ, Francisco M., “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 10..., págs. 245 - 280.

¹⁵² Enmienda núm. 54 del Grupo Andalucista. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., cit. pag. 43.

¹⁵³ Enmienda núm. 88 del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., cit. pag. 52.

Fue a su paso por el Senado donde se introdujeron las notas de su redacción actual que incluía los requisitos de firma, nombre, apellido y domicilio que implícitamente se configuraban como causa de inadmisibilidad de las quejas¹⁵⁴. No fue aceptada la sugerencia de reducir el plazo de un año a seis meses, ni la de establecer un plazo no inferior a quince días al acuse de recibo con la finalidad de agilizar el trámite y tranquilizar al firmante de la queja, evitando que se reincidiera en sus escritos con excesiva presencia¹⁵⁵.

En cuanto a los requisitos que establecen las legislaciones todas han respetado los mínimos de la LODP, pero algunas presentan las singularidades que analizamos a continuación.

La Ley del Justicia de Aragón, la Ley del Procurador del Común, la Ley del Ararteko, la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña, la Ley del Sindic de Greuges de Baleares y la Ley del Diputado del Común establecen que el escrito razonado en el que se exponen los hechos objeto de la queja puede ir acompañado de cuantos documentos sirvan para clarificar el caso¹⁵⁶.

Otro dato a destacar lo encontramos en la Ley del Sindic de Greuges de Baleares que omite la referencia expresa no sólo al nombre o apellidos sino también a la necesidad de identificación, ello se salva por un lado al obligar que la queja se presente firmada y por otro al establecer como motivo de rechazo el anonimato de las quejas¹⁵⁷. Ley del Sindic de Greuges de Cataluña, al igual que la anterior no se hace mención ni al nombre, ni a los apellidos, ni a la identificación, ni siquiera a la firma, aunque implícitamente ha de deducirse estos requisitos al establecerse de la Ley mencionada que deberá rechazar las quejas anónimas¹⁵⁸. Entre los requisitos la Ley

¹⁵⁴ Enmienda núm. 23 presentada por el Grupo Parlamentario de UCD. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., cit. pag. 164. Si esta enmienda fue aceptada unánimemente en esta cuestión, no ocurrió lo mismo con la sugerencia de sustituir el término “*queja*” por “*solicitud*” en este artículo y en la rúbrica del Capítulo III. Otras enmiendas también se referían al requisito de identificación pero se pronunciaban en unos términos genéricos. Este es el caso de la enmienda número 71 formulada por UCD: “*Toda queja se formulará por el interesado con la debida identificación*”. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., cit. pag. 183.

¹⁵⁵ Enmienda núm. 46 del Grupo UCD y Enmienda núm. 70 del Grupo UCD. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., cit. págs. 175 y 182 respectivamente.

¹⁵⁶ Artículo 14.1, artículo 11.1, artículo 19.1, artículo 13.1, artículo 12.1 y artículo 24, respectivamente.

¹⁵⁷ Artículo 12.1 y artículo 14.3.

¹⁵⁸ Artículo 13.1 y artículo 16.4.

Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra incluye el Documento Nacional de Identidad o la Carta de Identificación¹⁵⁹.

En otra línea, la Ley canaria del Diputado de Común ha reconocido expresamente la posibilidad de que la queja sea presentada por un representante legal¹⁶⁰. Para concluir con el análisis de las peculiaridades mencionar la Ley del Síndico de Agravios permite solicitar subsanación, en la forma que reglamentariamente se determine, de los defectos o deficiencias que contenga la queja presentada¹⁶¹.

La gratuidad del procedimiento y la no preceptiva asistencia letrada y de procurador se establece en el artículo 15.2 de la LODP. La gratuidad es consecuencia del sentido y naturaleza de la Institución del Defensor, facilitando que todos los ciudadanos cualesquiera que sean sus posibilidades económicas acudan al Defensor a exponer sus quejas, sin necesidad de asistencia letrada y representación por Procurador, dada la informalidad del procedimiento. La gratuidad del procedimiento y la no necesidad de abogado o procurador son reconocidas por todas las legislaciones autonómicas¹⁶².

El apartado 2 del artículo 10 de la LODP recoge la posibilidad que tienen de dirigirse al Defensor del Pueblo, a través de un escrito motivado, los Diputados y Senadores, individualmente, las comisiones de investigación o relacionadas con la defensa general o parcial de los derechos o libertades públicas y, principalmente, la Comisión Mixta Congreso-Senado¹⁶³ de relaciones con el Defensor del Pueblo para solicitar de éste la investigación o el esclarecimiento de actos, resoluciones o

¹⁵⁹ Artículo 21.

¹⁶⁰ Artículo 24.

¹⁶¹ Artículo 15 .3.

¹⁶² Ley del Ararteko: artículo 43.1; Ley del Procurador del Común: artículo 11.2; Ley del Justicia de Aragón: artículo 14.2; Ley del Sindic de Greuges de Cataluña: artículo 13.2; Ley del Sindic de Greuges de Baleares: artículo 12.2; Ley del Síndico de Agravios artículo 15.2; Ley del Valedor del Pueblo Gallego: artículo 18.4 y 5; Ley del Defensor del Pueblo Andaluz: artículo 16.2; Ley del Diputado del Común: artículo 24.2; Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha: artículo 16.2 y la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 21.2.

¹⁶³ Este apartado ya se preveía en la proposición de Ley y en los mismos términos que el actual, pero con dos diferencias: la ausencia de referencia expresa a la Comisión de relaciones con el Defensor del Pueblo que en sede del Congreso se incorporó a través de la enmienda núm. 87 del Grupo Coalición Democrática, y la omisión de la referencia al escrito razonado. La forma de dirigirse al Defensor del Pueblo de los Diputados, los Senadores y las Comisiones que se enumera. en su origen se silenciaba, fue a través de la anterior enmienda en la que se especificaría que no se solicitaría su intervención a través de una queja sino a través de un escrito motivado. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 51.

conductas concretas producidas en las Administraciones Públicas, que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos, en el ámbito de sus competencias¹⁶⁴.

Debemos tener muy claro que el acceso del Defensor del Pueblo es directo, es decir que, aunque se recoge la posibilidad de que un Diputado o Senador solicite la intervención del Defensor a través de un escrito motivado al tener conocimiento, por sí o por la solicitud de un ciudadano o un conjunto de ciudadanos¹⁶⁵ dando entrada a los intereses difusos¹⁶⁶ de una situación o actuación que lo requiera, no es obligatorio que la queja haya de presentarse a través de un miembro de las Cortes. En la práctica son las Asociaciones quienes directamente remiten a través de su presidente o secretario un escrito de queja o denuncia al Defensor del Pueblo o al Defensor del Pueblo Andaluz¹⁶⁷.

¹⁶⁴ El artículo 202 del Reglamento del Congreso de los Diputados establece que “*Los Diputados, Grupos Parlamentarios y las Comisiones podrán solicitar mediante escrito motivado y a través del Presidente del Congreso, la intervención del Defensor del Pueblo para la investigación o el esclarecimiento de actos, resoluciones y conductas concretas producidas en las Administraciones Públicas, que afecten a un ciudadano o grupo de ciudadanos*”. El artículo 77.1 de la Constitución dispone que las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas. En el artículo 49.2 del Reglamento del Congreso, al tratar de la Comisión de Peticiones, establece que “*La Comisión de peticiones examinará cada petición individual o colectiva, que reciba del Congreso de los Diputados y podrá acordar su remisión, según proceda, por conducto del Presidente de la Cámara: 1º Al Defensor del Pueblo...*” Por su parte la LO 4/2001, de 12 de noviembre, Reguladora del Derecho de Petición, en lo que se refiere al Defensor del Pueblo, la Disposición adicional segunda establece que “*queda excluido de la aplicación de esta Ley el régimen de las quejas dirigidas al Defensor del Pueblo y a las instituciones autonómicas análogas, que se regirán por su legislación específica.*” Todo ello nos lleva a afirmar que el procedimiento de petición de intervención del Defensor por los parlamentarios y las Comisiones se reduce a la remisión de escrito razonando al Defensor y a la necesidad de que la remisión se haga a través del Presidente de la Cámara. Sobre la cuestión de la duplicidad de actuaciones de las Comisiones de Peticiones del Congreso y el Senado y el Defensor del Pueblo ver SAINZ MORENO, F. “Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las Cámaras)”, Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas. Universidad Carlos III, Madrid, 1992. Cit. págs. 41 y 42.

¹⁶⁵ En el Seno de la Cámara alta se formuló una enmienda, la número 62 del Grupo de UCD, a este apartado con la intención de sustituir las palabras “*un ciudadano o grupos de ciudadanos*” por “*una persona o grupo de personas*”. La finalidad era armonizar el contenido de este apartado con el precedente ya que en éste la competencia del Defensor se extendía también a los no españoles que residan en España, mientras que el sentido dado por la Constitución al término ciudadano se equipara al de españoles. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 180.

¹⁶⁶ Como se ha visto al examinar el apartado primero, no sólo tienen acceso directo al Defensor del Pueblo las personas naturales, sino también las jurídicas, de modo que también mediante esta vía cabe el acceso de los intereses colectivos al Defensor; sin embargo la necesaria mediación de la persona jurídica, en este último caso, no siempre puede estar al alcance o en el deseo de los interesados colectivamente que prefieren presentar su queja ante un Diputado o Senador para que éste mediante escrito motivado solicite la intervención del Defensor del Pueblo.

¹⁶⁷ A lo largo de nuestro trabajo tendremos múltiples ejemplos de ello, pero sirva de adelanto

En relación a esta legitimación hay que rechazar la idea de que menoscabe la independencia del Defensor del Pueblo puesto que una vez presentado el escrito motivado el Defensor lo examina en las mismas condiciones que examina una queja y si observa que no se dan los presupuestos para poder actuar, porque quede fuera de su competencia o cualquier otra razón, decidirá no intervenir e informará al Diputado, al Senador o a la Comisión razonando su desestimación porque desempeña sus funciones con autonomía y según su criterio.

Las legislaciones autonómicas aparte de a los Diputados integrantes de su Parlamento autonómico, individualmente considerados, y a sus Comisiones han dotado también de legitimidad para dirigirse a los Comisionados Parlamentarios autonómicos respectivos a los Diputados y Senadores a las Cortes Generales elegidos por las circunscripciones electorales de los respectivos territorios y a los miembros de las Corporaciones Locales, en este último caso para solicitar la intervención del Comisionado en su ámbito territorial, excepto en las materias relacionadas con el funcionamiento de la Corporación¹⁶⁸

El artículo 11.3 de la proposición de ley orgánica presentaba un contenido, cuanto menos, peculiar ya que establecía la posibilidad de que el Presidente del Gobierno, previo acuerdo favorable del Consejo de Ministro, pudiera solicitar la intervención del Defensor del Pueblo para la investigación y el esclarecimiento del funcionamiento anormal de la Administración en relación con un ciudadano o un grupo de ciudadanos. Los requisitos formales exigidos consistían, aparte del acuerdo previo y favorable del Consejo de Ministros, en remitir un escrito motivado al Presidente del Congreso que convocaría una sesión conjunta de las Comisiones

las siguientes citas: en la *queja 9003182*, una asociación de vecinos solicitaba la mediación del Defensor del Pueblo para solucionar el problema que afectaba a los vecinos que habitaban en una zona donde se encontraban instalados al menos treinta locales, en un radio inferior a 500 metros, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1990, pag. 428; la gran mayoría de las quejas recibidas que se refieren a denuncias por la mala conservación o por el deterioro de bienes del Patrimonio, aparecen remitidas por colectivos o asociaciones de defensa de intereses comunes, así el expediente de queja 96/2635, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 281 – 288, y en relación al capítulo dedicado al dominio público marítimo terrestre, sirva de ejemplo la *queja 93/2092* en la que una Asociación de Vecinos exponía los problemas más graves y acuciantes del núcleo de población de Bolonia en Tarifa (Cádiz), entre los que destacaba la defectuosa prestación del servicio municipal de limpieza de la playa que constituye la principal fuente de ingresos del núcleo, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 959 – 964. Ver el estudio de estas quejas respectivamente en las páginas 432, 701 y 364.

¹⁶⁸ Artículo 12.1,b) y 2 de la Ley de Sindic de Greuges de Cataluña; artículo 11.b) y d) de la Ley del Sindic de Greuges de Baleares; artículo 12.1b) y c) de la Ley del Justicia de Aragón; artículo 12.3 de la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha, y artículo 10.2,b) y d) de la Ley del Procurador del Común.

previstas en el artículo 2º, recordemos que en su origen se estableció una Comisión en el Congreso y otra en el Senado, para que tras la conformidad de éstas se diera traslado al Defensor del Pueblo a los efectos oportunos.

Este apartado no generó muchas simpatías ya que las enmiendas que se formularon al mismo¹⁶⁹ en el Congreso fueron todas de supresión, quedando efectivamente suprimido en el Texto aprobado por la Cámara baja que se remitió al Senado. Entre los argumentos que se esgrimieron en las enmiendas se destacó de forma reiterada que al tener el Defensor del Pueblo como misión la defensa y la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos frente a la Administración, no parecía conveniente que pudiera actuar a instancia del Gobierno porque, por un lado podría suponer un riesgo de manipulación por éste del Defensor; y por otro lado, el Gobierno ya disponía de sus mecanismos propios para controlar a la Administración y realizar sus necesarias investigaciones.

El profesor GIL-ROBLES hizo frente a estas críticas admitiendo que le hubieran parecido convincentes si el precepto citado no hubiera sido tan explícito; pero estimó que con las exigencias formales previstas no era posible mantener seriamente que el Defensor fuera manipulado por el Gobierno. Además de ello esta posibilidad se configuraba como un recurso absolutamente extraordinario, sólo utilizado por el Gobierno en asuntos de gran gravedad y trascendencia nacional, y que afectarían incluso a la credibilidad de sus propios servicios de inspección. En estos casos, el Gobierno no sería más que el impulsor, el Parlamento lo analizaría y, en razón de su naturaleza, se uniría o no a tal petición. Si la cuestión fuese una mera argucia política, el profesor GIL-ROBLES sostiene que no obtendría la conformidad parlamentaria; y si la obtuviera, el asunto se habría revestido de la importancia debida para que ambos poderes se pusieran de acuerdo en solicitar que una institución independiente, y neutral realizara una investigación e informara de sus resultados¹⁷⁰.

Finalmente esta idea quedó totalmente rechazada y hoy el apartado 3 del artículo 10, contiene una prohibición, que ha sido reconocida en los mismos términos por la mayoría de las legislaciones autonómicas¹⁷¹. Esta prohibición que no se

¹⁶⁹ Enmiendas núm. 25 y 26 del Grupo Centrista –UCD; enmienda núm. 52 del Grupo Andalucista y enmienda núm. 87 del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, págs. 36, 42, y 51.

¹⁷⁰ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. “El Control Parlamentario...”, cit. pág. 296.

¹⁷¹ Ley del Ararteko, artículo 17.3; Ley del Justicia de Aragón, artículo 12.3; Ley del Síndico de Agravios, artículo 10; Ley del Diputado del Común, artículo 22.4; Ley del Defensor del Pueblo

preveía en la proposición de ley, consiste en la imposibilidad de que una autoridad administrativa presente quejas en asuntos de su competencia. La enmienda que introdujo este texto en el Congreso de los Diputados¹⁷² extendía esta prohibición no sólo a las autoridades sino también a los poderes públicos, a personas que ostenten cargo de dirección, cualquiera que fuera su cargo, en entidades o empresas públicas, organismos autónomos o entidades de cualquier tipo que ostentaran carácter público o en las entidades de ellas dependientes.

La Ponencia en su informe ya configuró el texto como se aprobó definitivamente. Algunos autores han interpretado que con esta prohibición se pretende evitar toda confusión con la actividad inspectora interna de la propia Administración diferenciándola de la misma¹⁷³. Otros autores estiman que aunque la prohibición es correcta, debe modificarse en sus términos y eliminar la expresión “*los asuntos de su competencia*” para sustituirlo por la expresión “*en asuntos de la competencia de la Administración a que pertenezca o esté adscrito*”. Esta modificación se fundamenta en que las Administraciones se constituyen con arreglo al principio de personificación, por lo que con entera independencia de su mayor o menor complejidad, la distribución interna de competencias no es más que un arbitrio para su mejor funcionamiento, en modo alguno una técnica sustantivadora de compartimentos estancos dotados de intereses distintos. En consecuencia desde el Estatuto del Defensor del Pueblo en modo alguno debe propiciarse la ruptura del principio de coherencia y cohesión interna de las Administraciones¹⁷⁴.

En cuanto a las formas de presentación de la queja, a diferencia de lo que ocurre en las leyes autonómicas que omiten este dato, excepto la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 21.1 y la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en el artículo 16, el artículo 15.1 de la LODP hace referencia expresa al “*papel común*”. Esta previsión debe interpretarse no como un requisito en sentido afirmativo, sino como una ausencia de requisito de papel especial.

Andaluz, artículo 11.3; Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, artículo 19.3; Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha, artículo 12.4 y Ley del Valedor del Pueblo, artículo 14.4. La ley balear, catalana y castellano-leonesa guardan silencio en relación a esta prohibición.

¹⁷² Enmienda núm. 89 del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 52.

¹⁷³ Vid. ASTARLOA VILLENA, F. “El Defensor del Pueblo en España” Universitat de les Illes Balears. 1994, Palma. Cit. pag. 80

¹⁷⁴ Vid. PAREJO ALFONSO, L. “*El Defensor del Pueblo como institución de control...*”, cit. págs. 113 y 114.

Aunque de este artículo pueda deducirse que la única presentación es a través de la presentación física del papel, debe admitirse la posibilidad de que un ciudadano se dirija personalmente a la oficina del Defensor del Pueblo formule la queja verbalmente y sea ayudado por el personal de la institución a formalizarla por escrito. En este sentido encontramos la única referencia expresa a esta posibilidad en la Ley del Ararteko, concretamente en el artículo 19 en el que después de enunciar la posibilidad de presentar las quejas por escrito u oralmente, restringe la validez de las quejas orales a aquellas presentadas en la oficina en que tenga su sede los servicios del Ararteko y que hayan sido firmadas por el afectado una vez transcritas y leídas.

No olvidemos un dato, vivimos en lo que se denomina la sociedad de la información, y es precisamente la incorporación a las nuevas tecnologías lo que ha llevado a la Junta de Coordinación del Defensor del Pueblo a adoptar un acuerdo que admite la presentación de quejas mediante el correo electrónico, debiendo éste reunir los mismos requisitos que se enumeran en el artículo 15 de la LODP. Consultando las páginas de Internet de algunos de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos comprobamos que disponen de un formulario de queja a rellenar para su envío por e-mail. Los Comisionados que disponen de tal facilidad aplican los medios de verificación de la identidad del remitente que estimen oportunos, que normalmente consisten en el envío por el solicitante de ratificación de la queja por medio de la remisión de escrito firmado por correo ordinario o vía fax.

La posibilidad de presentación de las quejas mediante Internet u otro procedimiento electrónico está expresamente recogida en el artículo 16 de la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha al prever que podrá presentarse la queja por Internet o cualquier otro procedimiento electrónico siempre que estén plenamente garantizados sus datos mediante el reconocimiento de la firma electrónica.

Un controvertido límite temporal se prevé en la LODP para la presentación de la queja ya que ésta deberá presentarse en el plazo máximo de un año contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma. Este límite sólo es predicable del inicio de sus actuaciones a instancia de parte y no cuando proceda de oficio. Ambas previsiones se recogían expresamente en la proposición de ley, aunque los avatares de su tramitación parlamentaria eliminaron la mención expresa de la ausencia de límite temporal cuando procediera de oficio.

El límite que se impone a la presentación de la queja tuvo inicialmente su razón de ser en configurarse como una barrera para evitar el aluvión, que sin dudas se produciría, de quejas carentes ya de sentido por el mero paso del tiempo; ahora

bien, la virtualidad de este límite es relativa en el sentido de que el Defensor ante una queja que considere justa y presentada fuera de plazo puede asumirla de oficio e iniciar su investigación. En este mismo sentido se pronuncia la disposición adicional 2º de la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra y la Disposición Adicional 1ª de la Ley del Ararteko cuando disponen que las quejas que tuvieran su origen en un acto administrativo dictado con anterioridad a un año de la toma de posesión del Comisionado Parlamentario Autonómico o, en caso de silencio administrativo, cuando el plazo hubiese vencido con anterioridad a un año de su toma de posesión, serían desestimadas, sin perjuicio de que el Comisionado Parlamentario pudiera iniciar de oficio una investigación por entender que la causa de la queja se debía al mal funcionamiento general de la Administración.

Hemos calificado este límite como controvertido y ello queda avalado no sólo por la tramitación parlamentaria de la LODP sino también por las opiniones discrepantes de la doctrina.

En relación a la tramitación parlamentaria, en el Congreso las enmiendas presentadas tendían a su eliminación argumentando que este plazo se establecía de forma injustificada para la iniciación a instancia de parte a diferencia de la iniciación de oficio donde se reconocía expresamente que dicho plazo no existía¹⁷⁵, o a la ampliación del mismo justificado por la excepcionalidad del procedimiento admitiendo, en todo caso, que lo más oportuno sería no poner plazo alguno puesto que no estamos ante un procedimiento formal y los derechos protegidos no caducan nunca¹⁷⁶.

En este sentido se ha pronunciado el profesor PAREJO ALFONSO reafirmando que esta limitación temporal no tiene justificación real porque el Defensor del Pueblo no es una institución paralela y que duplique las que proporcionan remedio jurídico, es más bien un mecanismo de garantía flexible e informal, basado en la *auctoritas* de la propia institución, un mecanismo de control y, por tanto, de corrección de la actividad administrativa desde el punto de vista de los derechos y las libertades constitucionales, de ahí que no tenga ningún sentido limitar

¹⁷⁵Enmienda núm. 54 del Grupo Andalucista. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 43.

¹⁷⁶ Enmienda núm. 88 del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 52.

temporalmente el ejercicio de la queja en términos equivalentes a las limitaciones propias de los remedios jurídicos formales¹⁷⁷.

En el Senado el debate del texto remitido por el Congreso se centró en dos puntos: confirmar la existencia del plazo¹⁷⁸ e incluso reducirlo a seis meses para dotarlo de un carácter mucho más procesal¹⁷⁹; y eliminar el reconocimiento expreso de la inexistencia de plazo en la actuación de oficio del Defensor; éste se encontraba previsto en el inciso final del artículo 14.1 del texto remitido por el Congreso, pero se eliminó a través de una enmienda *in voce* formulada por el Senador Calatayud del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático en el trámite de debate de la Comisión. Los argumentos enfrentados eran de eliminación de este inciso por considerar que el reconocimiento expreso de la no sujeción a plazo de la actuación del Defensor en una ley orgánica y en virtud del principio de jerarquía de las normas podría implicar de hecho una derogación de las normas preclusivas, considerando más oportuno no decir absolutamente nada, suprimir la exención y que se aplique la legislación general. Por otro lado los argumentos que pretendían mantener este inciso se basaban en reconocer que el Defensor del Pueblo es una magistratura de persuasión, es una magistratura que no adopta resoluciones jurídicas, sino que únicamente formula recomendaciones, sugerencias y que, por lo tanto, esas sugerencias, esas recomendaciones no alteran en ningún momento la situación jurídica ya consolidada, y en consecuencia no pueden afectar a la seguridad jurídica, como sostenían aquellos que se oponían al reconocimiento de este inciso¹⁸⁰. Finalmente, en el artículo 15.1 de la LODP se ha mantenido el plazo del año en los casos de iniciación a instancia de parte, omitiéndose toda referencia a la existencia o inexistencia de plazo en la actuación de oficio, con lo cual debemos interpretar que si él legislador a diferenciado, el límite ha de ser tenido en cuenta sólo para el caso previsto expresamente.

¹⁷⁷ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, “*El Defensor del Pueblo como institución de control de la Administración Pública...*”, cit. 117.

¹⁷⁸ Enmienda núm. 40 del Grupo Centrista de UCD. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, p 173.

¹⁷⁹ Enmienda núm. 46 del Grupo Centrista de UCD. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, p 175.

¹⁸⁰ Diario de Sesiones del Senado, sesión plenaria núm. 93 celebrada el 17 de febrero de 1981, págs. 4860 y 4861.

3.1.2. Admisión, rechazo y clasificación de la queja:

El Defensor del Pueblo antes de tramitar o rechazar la queja, la registrará y acusará recibo de ella¹⁸¹. El rechazo de una queja se hará mediante un escrito motivado, pudiendo informar al interesado sobre las vías más oportunas para ejercitar su acción, en el caso de que a su entender hubiere alguna, y sin perjuicio de que el interesado pueda utilizar las que considere más pertinentes¹⁸². La motivación es el único dato que permite controlar la discrecionalidad tan amplia que posee el Defensor a la hora de admitir o rechazar la queja y evitar la arbitrariedad, teniendo especial trascendencia en la medida en que las decisiones del Defensor no son objeto de posterior control, sin perjuicio de la posibilidad que asiste a aquel que presentó la queja de poder dirigirse a las Cortes Generales o a los parlamentarios para manifestar al menos su descontento.

Las causas de rechazo de las quejas, reguladas en el artículo 17.3 de la LODP, se clasifican en dos grupos: aquellas que son obligatorias, así las anónimas, entendiendo por anónimas aquellas que no cumplen con las previsiones del artículo 15.1 de la LODP de contener el nombre, los apellidos y el domicilio; y aquellas en las que el Defensor advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión o aquellas cuya tramitación irroque perjuicio al legítimo derecho de tercera persona. Aún así las causas de rechazo del artículo 17.3 no son las únicas que pueden motivar la inadmisión de la queja existiendo otras que se derivan de lo establecido en el artículo 10 para la legitimación, en el artículo 14 relativo al mando de la Defensa Nacional, en el artículo 17.2 que impide al Defensor conocer de los asuntos que se encuentran “*sub iudice*” y, en general, en aquellos otros preceptos de la LODP de los que se derive la falta de competencia del Defensor¹⁸³.

¹⁸¹ En su origen la proposición de ley no preveía el acuse de recibo de las quejas que se presentaran ante el Defensor, fue la Ponencia, que dio una redacción propia a este artículo, la que introdujo este trámite que redundaba en la confianza y tranquilidad del ciudadano y en el trato deferente de la Institución respecto de aquel y por tanto en beneficio de su propio prestigio. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 76.

¹⁸² En el artículo 20 párrafo 2º de la proposición de ley ya se exigía el requisito del escrito motivado en el caso de que la queja se rechazara, pero este párrafo fue objeto de una enmienda, oportunamente rechazada, enmienda núm. 35 del Grupo Centrista UCD, formulada en el Congreso que pretendía su supresión para no imponer al Defensor una carga burocrática que entorpeciera su misión. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 38.

¹⁸³ Un análisis completo de las posibles causas de rechazo de las quejas, siguiendo las enumeraciones que se ofrecen en los Informes anuales del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales lo encontramos en BRUÑÉN BARBERÁ, Francisco M., “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 17... págs. 431- 466.

La redacción de este precepto fue el resultado de admitir una enmienda formulada en el Senado¹⁸⁴. La razón por la que se adoptó esta previsión estando tan avanzada la tramitación parlamentaria radica, por una parte, en que los requisitos formales para la presentación de las quejas se establecieron también en el Senado y por el mismo Grupo Parlamentario; por otra parte, y como consecuencia de la anterior, en el Congreso al no poder establecer como causa obligatoria de rechazo la queja anónima por no exigirse previamente la identificación de la misma, se establecieron como causas de rechazo, que pueden ser interpretadas como imperativas por la expresión verbal “*rechazará*”, la mala fe, la carencia de fundamento, la inexistencia de derecho fundamental alguno lesionado o inexistencia de pretensión, o que se deduzca perjuicio al legítimo derecho de otras personas¹⁸⁵. Esta enmienda también pretendió eliminar la confusión que radicaba en la posibilidad, o no, de la actuación simultánea del Defensor del Pueblo con otra acción judicial o administrativa incluyendo otro supuesto de rechazo de la queja cuando estuviera pendiente una resolución judicial o administrativa o fuera posible una acción en esta vía o en otra vía de reclamación que no fuera el Derecho de petición.

La Ponencia introdujo modificaciones en la redacción propia que dio a este artículo: en primer lugar diferenció dos tipos de exámenes de las quejas, de un lado el examen individual, y de otro, el examen de los problemas generales planteados en las quejas señaladas. Por lo que respecta al examen sobre los problemas generales planteados en las quejas, el texto de la Ponencia determinó que no se impediría aunque se estuviera en alguno de los supuestos de imposibilidad de examinar individualmente la queja. Por otro lado, el examen individual de la queja no puede ser abordado en el caso de estar pendiente resolución judicial, teniendo en cuenta que de esta circunstancia sólo tendrá conocimiento cuando una de las partes así lo haga constar; y si se inicia el proceso judicial, ante los Tribunales ordinarios o el Tribunal Constitucional, una vez presentada la queja ante el Defensor éste debía suspender sus actuaciones inmediatamente.

Si comparamos ambas redacciones, la de la enmienda y la dada por la Ponencia, observamos una diferencia: en el caso del texto de la enmienda se imposibilitaba al Defensor de tramitar e investigar la queja no solo si se entablaba una acción, sino incluso, cuando no habiendo sido entablada se podía entablar; en el

¹⁸⁴ Enmienda núm. 21 del Grupo de Unión de Centro Democrático. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 163.

¹⁸⁵ Enmienda núm. 93 del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 54.

texto de la Ponencia esta segunda previsión se eliminaba ya que sólo se le impedía entrar en el examen individual de la queja cuando con anterioridad se ha ejercitado la acción, y se le obliga a suspenderlo cuando se ha ejercitado una vez iniciadas sus actuaciones, pero en ningún caso se le impide entrar en el examen individual cuando no habiéndose ejercitado la acción judicial sea posible hacerlo.

Esta modificación, que ha tenido su reflejo en el texto definitivamente aprobado, ha sido oportuna, aunque no suficiente. Oportuna porque con ella se evita al ciudadano la necesidad de tener que agotar todas las vías posibles de reclamación antes de acudir al Defensor del Pueblo por considerar que alguno de sus derechos del Título I de la Constitución sigue siendo vulnerado a pesar de haber ejercitado las acciones oportunas, porque de lo contrario, es decir, de haberse visto satisfecho en alguna de las reclamaciones no tiene sentido recurrir al Defensor. Pero además de ello, de haberse exigido agotar todas las vías de reclamación, se hubiera restado eficacia a la labor del Defensor del Pueblo porque de qué sirve acudir al Defensor una vez agotada todas las vías, administrativas o judiciales, de reclamación. Si debemos destacar un aspecto de las funciones del Defensor es la de examinar el caso concreto y mediar para buscar una solución entre el ciudadano afectado y la Administración que dictó el acto o que realizó u omitió una determinada actuación con la finalidad de hacer cesar la situación conflictiva lo antes posible, y dentro de lo posible lograr evitar su judicialización que independientemente del sentido favorable o desfavorable en relación a la pretensión del ciudadano será siempre más gravosa económica y temporalmente.

Ahora bien, consideramos que la modificación incorporada al texto de la Ley por la Ponencia no es suficiente en la medida en que obliga a suspender la actividad del Defensor cuando el asunto se encuentre “*sub iudice*”. Esta suspensión suscita la cuestión de si no sería conveniente que el Defensor continuara conociendo del asunto, cuando así lo estime procedente, a fin de propiciar una solución rápida de la cuestión litigiosa. A este respecto no debemos confundir la sugerencia del Defensor a la Administración de someter a mediación las controversias con la mediación misma, en la que el Defensor actuaría como sujeto encargado de acercar posiciones y aportar posibles vías de solución.

Recogida la mediación en la norma del procedimiento administrativo, tanto para los procedimientos que se sustancian en primera instancia, artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como para impugnación de los actos administrativos, artículo 107 del texto legal citado, se ha venido considerando que la Institución del Defensor del Pueblo, por su naturaleza y sus características, resulta idónea para desarrollar tareas de mediación entre la Administración y los administrados que

propicien la pronta solución de los conflictos. En tanto que Alto Comisionado de las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo reúne cualidades de absoluta imparcialidad que le han hecho merecedor de un alto grado de confianza entre los ciudadanos y la Administración. Por otra parte, es una institución cualificada por su conocimiento de la Administración y experimentada en el trato con los ciudadanos que plantean sus quejas o tienen problemas con la Administración.

Aunque la LODP impone al Defensor suspender sus actuaciones en el caso del artículo 17.2, éste podría realizar una labor muy valiosa a través de su influencia moral en la Administración y ciudadanos para que ambas partes llegaran a un acuerdo. La LJCA de 1998 recoge como otros medios de terminación del proceso el desistimiento, el allanamiento, el reconocimiento en vía administrativa de las pretensiones del demandante y la transacción, y evidentemente el Defensor puede ejercer una notoria influencia persuasoria para propiciar los acuerdos que pongan al proceso, propiciando así la más pronta satisfacción de los derechos y libertades constitucionales en juego.

Es por ello que, aunque la actividad mediadora del Defensor no es contraria a la naturaleza de la Institución, consideramos necesario que se reconozca al Defensor la posibilidad de ejercer funciones de mediación en el marco de lo establecido en la LRJ-PAC, en primer lugar, para solventar cualquier duda sobre el particular; en segundo lugar, para estimular el recurso a la mediación de la Institución por parte de los ciudadanos y las Administraciones Públicas; y tercero, para establecer una ordenación legal, siquiera mínima, de los supuestos en que cabe solicitar o sugerir la mediación y de las condiciones generales con que puede realizarse. También sería conveniente determinar si la solicitud puede o no formularse mientras esté pendiente una resolución judicial. En el caso afirmativo se alteraría la regla general recogida en el artículo 17.2 de la LODP, si bien cabe entender que en tales casos no se está ante la tramitación de una queja sino ante una solicitud consensuada de mediación para buscar una solución extrajudicial al conflicto que se trate, y por tanto no hay interferencia con las actuaciones judiciales.

Si la Ponencia y posteriormente la Comisión fueron claras y contundentes respecto a los recursos judiciales, no lo fueron tanto respecto a los recursos administrativos ya que se limitó a establecer que *“En cualquier caso velará porque la Administración resuelva expresamente en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados”*. ¿A qué se refiere el legislador cuando en el artículo 17.2 *in fine* de la LODP utiliza la expresión de *“en todo caso”*? A nuestro juicio caben dos interpretaciones, por un lado entender que interpuesto recurso administrativo el Defensor no puede entrar a examinar individualmente la queja y su

actuación debe reducirse a instar a la Administración que resuelva expresamente en tiempo y forma, lo cual no es poco si tenemos en cuenta que nos encontramos ante una Administración que abusa del silencio administrativo con la inseguridad jurídica que ello ocasiona; y por otro lado cabe entender que *en cualquier caso*, permite entrar en el examen individual de la queja, y proceder a su actividad investigadora sin perjuicio de que paralelamente vele para que la Administración resuelva expresamente en tiempo y forma¹⁸⁶.

Los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, también tienen la carga de rechazar las quejas recibidas a través de un escrito motivado y de acusar recibo de todas las quejas le se presenten¹⁸⁷. Igualmente prevén, al igual que en la LODP, la posibilidad de informar a aquel que presentó la queja en el escrito de rechazo las vías más oportunas para ejercitar su acción, si a su entender hubiera alguna, y sin perjuicio de que el interesado pueda utilizar las que considere más pertinentes. De esta última previsión se separan al guardar silencio el artículo 16.1 de la Ley del Sindic de Greuges Catalán y el artículo 14.1 de la Ley del Sindic de Greuges balear.

Las causas de inadmisión o rechazo de las quejas también son contempladas y clasificadas en las legislaciones autonómicas. Mientras unas leyes autonómicas diferencian las causas entre potestativas e imperativas de manera análoga a la LODP¹⁸⁸, otras establecen algunas peculiaridades. Éste es el caso de la Ley del Ararteko en su artículo 21 y la Ley del Sindic de Greuges en su artículo 16.4 que no distinguen las causas en las dos modalidades que hemos señalado utilizando para ambas la expresiones “*serán rechazadas*” y “*deberá rechazar*”, respectivamente, adoptando por tanto el sentido imperativo. Además de ello la primera de estas dos leyes añade a la mala fe como causa el uso abusivo del procedimiento con el interés de perturbar o paralizar la Administración. De igual modo, la Ley del Ararteko y la Ley del Síndico de Agravio en su artículo 17.1 reconoce expresamente que otro

¹⁸⁶ Abunda en esta interpretación la enmienda presentada en el Congreso que trataba de impedir que el Defensor entrara en el examen de quejas que estuvieran pendientes de resolución en una dependencia u órgano de las Administraciones públicas. Enmienda núm. 92 del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 54.

¹⁸⁷ Artículo 15.1 de la Ley del Justicia de Aragón; artículo 20 y 21.3 de la Ley del Ararteko; artículo 17.3 de la Ley del Síndico de Agravios; artículo 23.1 la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra; artículo 12.1 de la Ley del Procurador del Común; artículo 19 de la Ley del Valedor del Pueblo; artículo 25.1 de la Ley del Diputado del Común; artículo 17.1 de la Ley del Defensor del Pueblo de la Castilla la Mancha, y de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz.

¹⁸⁸ La Ley del Procurador del Común, del Justicia de Aragón, la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, la del Sindic de Greuges de Baleares y la Ley del Valedor del Pueblo.

motivo de rechazo es que el contenido de la queja exceda de su competencia. Destacar por último en esta cuestión, que la Ley del Diputado del Común en su artículo 25 ha omitido como causa de inadmisión que la queja irroge perjuicio al legítimo derecho de tercera persona.

Los efectos de la presentación y la admisión de la queja darán lugar a promover la oportuna investigación sumaria e informal tal y como dispone el artículo 18 de la LODP; ahora bien, esta cuestión ha de ser completada con el artículo 23.2 del ROFDP ya que éste establece que la presentación y admisión de la queja no dará lugar en ningún caso a suspender ni los plazos previstos en las leyes para recurrir tanto en vía administrativa como jurisdiccional, ni la ejecución de la resolución o el acto afectado¹⁸⁹.

Respecto a la ejecución del acto o resolución no mantenemos ninguna objeción, pero respecto a la suspensión del plazo para recurrir administrativa o judicialmente hacemos la siguiente observación: si ponemos en relación este artículo del Reglamento con el artículo 17.2 de la ley, al ciudadano se le pone en la disyuntiva de acudir al Defensor del Pueblo o interponer el correspondiente recurso administrativo o judicial.

Utilizamos la conjunción disyuntiva porque al interponer el recurso, y debido a los cortos plazos que las leyes reconocen para la interposición de éstos, de forma indirecta se impide que el Defensor pueda entrar en el examen individual de la queja. Distinto sería si antes de agotar el plazo de interposición del recurso se pudiera presentar la queja y el Defensor contando con la colaboración y la diligencia de la unidad administrativa correspondiente concluyera su investigación y formulara las oportunas sugerencias, dándose la posibilidad de que siendo estas aceptadas por la

¹⁸⁹ El origen de este artículo está en el artículo 20 *in fine* de la proposición de ley que establecía lo siguiente: “*Las quejas que ante el mismo se presenten no afectarán en nada a los plazos legales previstos para el ejercicio de las acciones que procedan en vía administrativa y jurisdiccional*”. La desaparición de este párrafo en la LODP es cuanto menos peculiar ya que sobre este artículo se presentaron dos enmiendas en el Congreso, la número 35 perseguía la supresión del apartado segundo que imponía la carga de motivar el rechazo de la queja, sin hacer ninguna mención al texto reproducido y por tanto aceptándolo plenamente; por su parte la enmienda 93 daba una nueva redacción al precepto centrándose en la cuestión de las quejas cuyos hechos estuvieran *sub iudice* eludiendo toda mención expresa o referencia implícita a la no suspensión de los plazos. Como resultado de todo ello la Ponencia dio una redacción propia al precepto que fue fielmente reproducida por la Comisión en su dictamen y que guarda silencio en torno a la cuestión de la no suspensión de los plazos. Así es como desapareció este texto de la tramitación parlamentaria; pero las Mesas del Congreso y del Senado lo recuperaron y lo aprobaron en el artículo 23.2 del Reglamento de Organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo, aunque nos preguntamos si este es el texto normativo más adecuado para contener esta previsión.

Administración se resolviera la situación controvertida creada antes de acudir a los tribunales.

En este punto nos referimos sólo a los Tribunales porque si bien somos partidarios de acudir al Defensor antes que a los Tribunales con la sabia intención de utilizar un medio previo de resolución de conflictos más dinámico y con menor coste económico y temporal que el judicial y en consecuencia contribuir a descongestionar los órganos judiciales, consideramos que antes de acudir al Defensor sería oportuno agotar la vía administrativa para dar a la Administración la oportunidad de revisar y rectificar, cuando proceda, su actuación a través de sus mecanismos internos, ahora bien, esto sólo sería posible si realmente al presentar el recurso administrativo se llevara a cabo una verdadera revisión y la Administración no se limitara a confirmar la resolución o el acto administrativo dado o, lo que es aún más indignante, que se limitara a dejar pasar el tiempo e incurrir en el abusivo silencio administrativo.

Por tanto y en virtud de la conexión entre el artículo 17.2 de la LODP y el artículo 23.2 del ROFDP el ciudadano o acude al Defensor, dejando transcurrir los plazos de interposición de recursos y haciendo inimpugnable la actuación de la Administración, u opta por acudir a los Tribunales y si estos no han satisfecho su pretensión se podrá dirigir al Defensor del Pueblo, pero aquí surgen dos interrogantes: saber en qué medida el Defensor si tiene conocimiento de que sobre esa situación ya ha recaído sentencia admitirá la queja; y saber si nos encontramos ya fuera del plazo del año para poder presentar la queja. En contestación al primer interrogante de la lectura y el análisis de los informes anuales del Defensor del Pueblo extraemos que entre los motivos de inadmisión de las quejas está el haber recaído sentencia firme¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 1992, el 7,47 % de las quejas, pag. 658; Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 1993, el 7,12 % de las quejas, pag. 726; Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 1994, 6 % de las quejas, pag. 803; Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 1995, el 18 % de las quejas, pag. 60; Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 1996, el 8,74 % de las quejas, pag. 89; Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 1997, el 7,07 % de las quejas, pag. 32; Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 1998, el 7,33 % de las quejas, pag. 46; Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 1999, el 7,22 % de las quejas, pag. 69; Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 2000, 420 quejas fueron no admitidas, pag. 59; Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 2001, el 5,6 % de las quejas, pag. 91; Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada en el año 2002, 374 quejas fueron no admitidas, pag. 50.

En las legislaciones autonómicas no encontramos una postura unánime puesto que algunas leyes guardan silencio respecto al posible efecto de la presentación de la queja de suspensión de los plazos para recurrir en vía administrativa o judicial, siguiendo el patrón de la LODP;¹⁹¹ mientras otras si han reconocido expresamente que la presentación de la queja no suspende los plazos para recurrir en vía administrativa o judicial. Como se puede observar estos legisladores autonómicos han elevado a rango legal esta previsión a diferencia del reconocimiento por las Cortes Generales que guardaron silencio intencionado en la norma legal para recuperar esta previsión e incorporarla al Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo¹⁹².

3.1.3. Actuación investigadora y de inspección

La Investigación surge como consecuencia de la iniciativa de oficio o de admisión de la queja, de esta forma el Defensor promueve la oportuna investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de la misma¹⁹³. Estas dos cualidades, recogidas en el artículo 18.1 de la LODP, deben ser predicadas de todas las investigaciones que el Defensor pueda llevar a cabo en el marco de la Administración. Aunque este precepto se encuentra situado en el marco de las actuaciones a instancia de parte, también son sumarias e informales las actuaciones iniciadas de oficio.

Las quejas que lleguen al Defensor podrán ser de dos tipos: las objetivas y las subjetivas. Las primeras versan sobre actos y resoluciones de las Administraciones Públicas, o sobre el mal funcionamiento de un servicio habiéndose causado un daño al sujeto reclamante, haya sido el servicio prestado directamente por la Administración o indirectamente a través de un particular habilitado para ello. En las segundas se denuncian conductas irregulares de los funcionarios, siendo secundario

¹⁹¹ Ley del Ararteko, Ley del Síndico de Agravios, Ley del Valedor del Pueblo, Ley del Diputado del Común, Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha y Ley del Defensor del Pueblo Andaluz.

¹⁹² Ley del Sindic de Greuges de Cataluña en su artículo 17; la Ley del Sindic de Greuges de Baleares en su artículo 15; la Ley del Procurador del Común en su artículo 12.4; y la Ley del Justicia de Aragón en su artículo 15.4.

¹⁹³ Los caracteres de sumariedad e informalidad se preveía ya en la proposición de ley, pero fue objeto de una enmienda en el Congreso tendente a la supresión de ambos calificativos por considerar que reducían la importancia de la labor de tan importante institución. Enmienda núm. 57 del Grupo Andalucista. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 44.

el mal funcionamiento del servicio¹⁹⁴. También el legislador autonómico ha previsto estos dos tipos de quejas. A diferencia del legislador nacional y los autonómicos, el legislador comunitario no ha reconocido ambos tipos de quejas y por ello prevé un procedimiento uniforme de investigación ante las reclamaciones presentadas.

Ambas clases de quejas que no tienen que estar necesariamente originados por dos quejas individuales y diferentes sino que una sola queja puede encerrar los dos supuestos y en ese caso el Defensor en el curso de su investigación deberá contemplar las dos hipótesis, ya se encontraban previstos en la proposición de ley en términos muy parecidos a los actuales¹⁹⁵.

3.1.3.1. La queja Objetiva:

La investigación que tiene por objeto el funcionamiento objetivo de la Administración se inicia con el trámite previsto en el artículo 18.1. Éste establece que en todo caso, se dará cuenta del contenido sustancial de la solicitud¹⁹⁶, al Organismo o a la Dependencia administrativa procedente con el fin de que por su Jefe, en el plazo máximo de quince días, pudiendo ser éste ampliado cuando concurren circunstancias que lo aconsejen a juicio del Defensor del Pueblo, se remita informe escrito. La finalidad de este informe es dar a la Administración la posibilidad de aclarar su criterio con respecto a la queja y el sentido de establecer este plazo radica en cortar de raíz toda dilación indebida en la contestación de la

¹⁹⁴ Artículos 20 y 21 de la LODP. Aunque en la Proposición de Ley se expresaba que estas quejas afectaban a la conducta de las personas al servicio de la Administración se presentaron enmiendas tanto en el Congreso como en el Senado que incidieran en el sentido de que se investigaban no las conductas particulares de personas, sino sus actuaciones funcionariales. Ver la enmienda núm. 96 y 97 del Congreso formulada por el Grupo de Coalición Democrática, y la enmienda núm. 40 del Senado formulada por el Grupo Parlamentario UCD. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 55 y pag. 173 respectivamente.

¹⁹⁵ Los artículos 23 y 24 de la Proposición recogían el supuesto de las quejas subjetivas, y el artículo 21 el inicio de la investigación sumaria e informal una vez admitida la queja. Entre las enmiendas que se presentaron en el Congreso de los Diputados a los artículos 23 y 24, la número 61 y 62 pretendían suprimir ambos artículos al considerar que la existencia del artículo 21 hacía innecesario el mantenimiento de ambos preceptos. Finalmente estas enmiendas fueron rechazadas y la ley mantuvo las peculiaridades de las actuaciones de investigación de las denominadas quejas subjetivas. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 45.

¹⁹⁶ El término solicitud es empleado en este artículo como sinónimo de queja; a lo largo de la tramitación parlamentaria, especialmente en el Senado, se elevaron voces con la intención de generalizar el término solicitud y suprimir el de “queja” para evitar confusiones con el escrito de queja que se regulaba en La Ley del Procedimiento Administrativo vigente en aquella época. Vid. Enmiendas números 19, 20, 21 y 22, todas ellas formuladas por el Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático.

Administración Pública al Defensor del Pueblo¹⁹⁷. Si a pesar de ello, la dilación se produce la institución puede poner en marcha instrumentos de persuasión muy importantes y cuya puesta en práctica puede crear serios problemas al organismo cuestionado y al funcionario responsable.

Es interesante destacar otra cuestión relativa al informe previo. Tanto en el texto finalmente aprobado como en el texto originario de la proposición de ley el informe que se solicita al Organismo o a la Dependencia administrativa se considera el trámite que da inicio a la actuación investigadora del Defensor del Pueblo; pero ello varió durante la tramitación parlamentaria en el seno del Congreso ya que la Ponencia y la Comisión aceptaron una enmienda¹⁹⁸ que establecía que antes de iniciar la investigación se solicitaría este informe, con lo que lo situaba fuera de las actuaciones de investigadoras.

Aunque esta variante fue aprobada en el Congreso, en el Senado se eliminó justificando que no tenía sentido que ante una verdadera solicitud, admitida a trámite tras comprobar que la cuestión planteada es competencia del Defensor y que no existen causas de no admisión, el Defensor del Pueblo tuviera que posponer cualquier actuación de investigación, hasta que el funcionario o la autoridad evacuara el informe escrito¹⁹⁹.

¹⁹⁷ En la proposición de ley no se preveía la posibilidad de ampliar el plazo de quince días para remitir el Informe inicial, pero la toma en consideración por la Ponencia y la Comisión de una enmienda núm. 94 del Grupo Coalición Democrática, formulada en el Congreso de los Diputados, incorporó esta posibilidad de ampliar el plazo de quince días cuando concurrieran circunstancias que lo aconsejaran a juicio del Defensor. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 54.

¹⁹⁸ enmienda núm. 94 del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, pag. 54.

¹⁹⁹ Aunque en el debate mantenido en el Senado quedó claro que sobre quién recaía la obligación de emitir el Informe escrito era el Jefe de la dependencia administrativa, esta cuestión suscitó numerosas dudas y opiniones discrepantes en una oportuna Mesa Redonda que se desarrolló los días 1, 2 y 6 de julio de 1981 en Madrid organizada por el Centro de Estudios Constitucionales y la Dirección General de Ordenación y Desarrollo Administrativo. Uno de los puntos más destacados en estas jornadas fue profundizar en la necesidad que padecería la Administración de organizarse y contar con los medios adecuados para canalizar, no sólo la recepción de los Informes solicitados, sino la remisión de los mismos. En este sentido se propuso que la Administración designara un órgano que tuviera como misión encargarse de las relaciones con el Defensor del Pueblo, y entre los órganos que podían cumplir esta misión se apuntaron, como posibles soluciones: crear unos órganos con esta exclusiva misión, atribuir esta misión a las Inspecciones de Servicio o a las Secretarías Generales Técnicas. Pero también se mantuvo la postura opuesta al interpretar que la Ley autorizaba y exigía que el Defensor del Pueblo se dirigiera directamente al Jefe de la dependencia interesada. En la práctica el Defensor del Pueblo se dirige a los organismos administrativos en cuyo seno se ha producido la supuesta irregularidad. Es costumbre, por otra parte, que el Defensor del Pueblo sea quien dirija las comunicaciones a las Autoridades de rango de Secretario de Estado o superior, así como a los

Este informe inicial solicitado al Organismo o a la Dependencia administrativa procedente que da lugar al inicio de la actividad investigadora del Defensor y tiene por tanto un carácter obligatorio y necesario, de ahí la expresión “*En todo caso...*”, no ha sido configurado de la misma manera por el legislador autonómico. Mientras unas leyes autonómicas siguen la línea imperativa de la LODP²⁰⁰, otras se desviándose de esta línea para darle un carácter potestativo por la utilización del verbo poder o la expresión “*En su caso*”²⁰¹.

3.1.3.2. La queja Subjetiva

Las actuaciones de investigación de la queja subjetiva se caracterizan por cumplir una serie de requisitos cuyo fin es garantizar la seguridad jurídica y la defensa del funcionario. En este tipo de quejas resulta necesario compaginar el derecho de los ciudadanos a ser atendidos y defendidos por el Defensor del Pueblo frente a una posible conducta irregular del funcionario, y los derechos del funcionario a no ser sometido a un ataque indiscriminado y en cualquier caso a gozar de todas las garantías en orden a ser escuchado y defenderse frente a las imputaciones que se le formulen, de ahí que la ley otorgue a éste la preeminencia absoluta de este procedimiento.

Las actuaciones de investigación deben iniciarse con una doble comunicación: por un lado, al afectado, es decir, al funcionario cuya conducta vaya a investigar; y de otro lado, a su inmediato superior u organismo de quien aquél dependa²⁰².

El funcionario debe responder por escrito aportando cuantos testimonios y documentos considere necesarios. La ley orgánica deja que el Defensor fije el plazo

Presidentes de los órganos constitucionales, y a los Presidentes de las Comunidades Autónomas y Directores Generales. Los Adjuntos se dirigen a los Subsecretarios y Directores Generales, supuesto este el más frecuente. El criterio de actuación que sigue el Defensor del Pueblo al dirigirse directamente a las autoridades administrativas afectadas por la queja tiende a obtener la más pronta respuesta y rápida solución, a la irregularidad denunciada, y en tal sentido goza de una cierta flexibilidad de criterio. Vid. BRUÑÉN BARBERÁ, Francisco M., “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 18..., págs. 467- 487.

²⁰⁰ Artículo 22 de la Ley del Valedor del Pueblo; artículo 18.1 de la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha; artículo 18.1 de la Ley del Síndico de Agravios; artículo 24.1 de la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra y artículo 18.1 de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz.

²⁰¹ Artículo 29 de la Ley del Diputado del Común; artículo 16 de la Ley del Justicia de Aragón; artículo 13 de la Ley del Procurador del Común; artículo 16 de la Ley del Sindic de Greuges Balear y artículo 19 del Sindic de Greuges Catalán.

²⁰² Artículo 20 de la LODP.

que considere oportuno para que le sea remitida la respuesta, pero establece un límite inferior ya que en ningún caso podrá ser inferior a diez días, pudiendo ser prorrogado por la mitad del concedido a instancia de parte²⁰³.

La información y los datos dados por el funcionario pueden ser completados por el Defensor a través de una entrevista. La ley prevé que el funcionario pueda negarse a ésta, pero le otorga la posibilidad al Defensor de poder requerir al funcionario que por escrito le manifieste las razones que justifiquen la decisión. Esta negativa del funcionario a entrevistarse con el Defensor puede deberse a una decisión propia y tomada por él mismo, o como prevé el artículo 21 siguiendo la prohibición de responder o entrevistarse con el Defensor dada por el superior jerárquico o por el Organismo correspondiente; en este caso, el superior jerárquico está obligado a manifestarlo por escrito motivado tanto al funcionario como al Defensor del Pueblo, al efecto de que este último dirija las actuaciones investigadoras necesarias al referido superior jerárquico.

A juicio del profesor GIL-ROBLES, las previsiones del artículo 21 no deben jugar automáticamente sino que el Defensor del Pueblo debe valorar las razones aducidas en el escrito del superior jerárquico, así como la opinión del funcionario afectado, y aceptar tal sustitución si como consecuencia de ello no se derivase una infracción de los derechos constitucionales del funcionario, o se pusiera en peligro la autenticidad de la investigación.

Esta interpretación se fundamenta en considerar que tal prohibición de responder o entrevistarse con el Defensor dirigida al funcionario tiene sentido en las quejas objetivas si el superior decide asumir la responsabilidad de dirigir la relación con el Defensor del Pueblo; pero también se comprende cuando la actuación del funcionario se debe al cumplimiento de órdenes dadas por el superior y éste decide

²⁰³ En un principio la proposición de Ley no concretaba el plazo de tiempo en el que debía ser dada la respuesta, sino que la redacción era sumamente indeterminada y se expresaba en los siguientes términos: “*El interesado responderá por escrito y en el más breve plazo posible*”. Esta situación varió levemente en el Congreso al fijarse que el plazo debía ser concretado por el Defensor con el único límite de no ser inferior a diez días. Ello fue el resultado de la presentación de dos enmiendas: por una parte, la número 9 del Grupo Comunista que sustituía la expresión tan vaga de la proposición de ley por una expresión que concretaba que la respuesta no quedaba al arbitrio del funcionario sino que se le fijaba un plazo para ello. Por otra parte la enmienda número 96 y 97 formulada por el Grupo de Coalición Democrática precisaba más que la anterior enmienda al establecer un límite mínimo de veinte días. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, págs. 31 y 55. La previsión del plazo se perfiló en el Senado al incorporar la posibilidad de la prórroga a instancia de parte y por la mitad del plazo concedido, enmienda núm. 50 del Grupo Parlamentario UCD. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, p 177.

asumir la responsabilidad exonerando al inferior. Ahora bien, en este último supuesto no parece aceptable que si la queja afecta al buen nombre y honorabilidad funcional de una persona, pueda el superior jerárquico, a través de un escrito motivado, eliminar del procedimiento a la persona más directamente afectada, privándole de su derecho constitucional a defender su honor, buen nombre y demás derechos que pueda tener afectados, de ahí que el Defensor para aplicar la previsión del artículo 21 también tenga en cuenta la opinión del funcionario afectado por la queja²⁰⁴.

Esta cuestión ha quedado deficientemente en la legislación autonómicas pues mientras la Ley del Diputado del Común no prevé que el superior jerárquico pueda prohibir al funcionario a sus órdenes responder a las requisitorias del Comisionado, y por tanto no prever los efectos de tal la negativa; la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña, la Ley del Procurador del Común y la Ley del Justicia de Aragón han previsto la orden del superior jerárquico pero no sus efectos²⁰⁵. Las restantes leyes autonómicas reguladoras de los Comisionados Parlamentarios autonómicos tienen previsiones idénticas a la LODP²⁰⁶.

3.1.4. Las garantías

El Defensor del Pueblo es una magistratura de opinión que no puede modificar o anular los actos y resoluciones emanadas de la Administración, no añade nada nuevo al orden administrativo²⁰⁷.

Igual afirmación se predica de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos²⁰⁸. Son una magistratura de persuasión que se basa en el prestigio y en

²⁰⁴ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A., “El Control parlamentario...”, cit. pag. 302.

²⁰⁵ Artículo 21, 15 y 18 respectivamente.

²⁰⁶ Ley del Valedor del Pueblo en su artículo 24.3; Ley del Sindic de Greuges de Baleares en su artículo 18; Ley del Síndico de Agravios en su artículo 21, Ley del Ararteko en su artículo 25, Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 28, Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en el artículo 20 y 21 y Ley del Defensor del Pueblo Andaluz en su artículo 21.

²⁰⁷ Artículo 28.1 de la LODP.

²⁰⁸ Las normas autonómicas predicen de sus Comisionados Parlamentarios que no son competentes para modificar o anular los actos y resoluciones de sus respectivas Administraciones Autonómicas en los siguientes artículos: Ley del Ararteko: artículo 14; Ley del Procurador del Común: artículo 19; Ley del Justicia de Aragón: artículo 22.1; Ley del Sindic de Greuges de Cataluña: artículo 27; Ley del Sindic de Greuges de Baleares: artículo 22; Ley del Síndico de Agravios artículo 28; Ley del Defensor del Pueblo Andaluz: artículo 28.1 y la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha: artículo 27.1. La nota discordante la proporcionan la Ley del Diputado del Común y la Ley del Valedor del Pueblo Gallego.

la autoridad moral para actuar, reavivar, y vitalizar el orden administrativo en la corrección de sus defectos, sus incorrecciones o sus procederes poco adaptados.

Para agilizar y modernizar la actuación de las Administraciones públicas, aunque carece de toda potestad sancionadora, la ley le ha dotado, junto a sus garantías personales, de una serie de garantías procedimentales para que su investigación sea sumaria y totalmente eficaz sirviendo a su misión principal de tutela de los derechos del Título I de la Constitución. Estas garantías son: El deber de colaboración que le es exigido a todos los poderes públicos, incluso con la remisión de documentos reservados; sus poderes de inspección; su relación con el Ministerio Fiscal; la posibilidad de calificar la conducta del funcionario y prever la consecuencia de dicha calificación.

3.1.4.1. Deber de colaboración de los poderes Públicos:

El deber de colaboración se concreta en la obligación que tienen todos los poderes públicos de auxiliar con carácter preferente y urgente al Defensor del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones²⁰⁹.

Una enmienda formulada en el Senado, que finalmente no prosperó pretendía sustituir la expresión “*todos los poderes públicos*” por “*todas las autoridades administrativas*” al considerarla más precisa²¹⁰. La expresión se conservó afortunadamente pues cuando la Constitución se refiere a “*poderes públicos*” se sirve de esta expresión como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes, y sus órganos, que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado, y procedente, en consecuencia, del propio pueblo de forma más o menos mediata. De ahí que se interprete de forma amplia, no sólo haciendo referencia a aquellos órganos

²⁰⁹ Se encuentra reconocido en el artículo 19.1 de la LODP.

²¹⁰ Es interesante traer a colación que este deber de colaboración suscito diferentes posturas en el Congreso y en el Senado. Mientras que la enmienda núm. 95 del Grupo Coalición Democrática, presentada en el Congreso lo introdujo en el texto de la ley, al no preverse en el texto de la proposición, diseñándolo para todos los poderes públicos, una enmienda formulada en el Senado, enmienda núm. 23, del Grupo de Unión de Centro Democrático, pretendía sustituir la expresión “*todos los poderes públicos*” por “*todas las autoridades administrativas*” al considerarla más precisa. Esta enmienda, cuya redacción completó el Informe de la Ponencia y el dictamen de la Comisión al precisar que la obligación recaía no sólo en las autoridades administrativas sino también en todos los funcionarios, se aprobó en el debate del Pleno de la Cámara Alta aunque en todo caso se mantuvo el voto particular de los senadores del Grupo Parlamentario Socialista, Sr. Moran López y Sr. Ojeda Escobar, de mantener el texto remitido por el Congreso de los Diputados justificando que aunque el término era vago comprendía realmente la obligación de cooperación que pueden tener la cabeza de la Administración que no tienen exactamente un carácter administrativo, como los Ministros o Subsecretarios. Diario de Sesiones del Senado, número 94, año 1981, págs. 4868 y 4869.

que no tienen un carácter administrativo, sino a poderes distintos del Poder ejecutivo, es decir, que en el caso de ser necesaria la colaboración del Poder legislativo o del Poder judicial, estos le presten una colaboración preferente y urgente²¹¹. Recordemos que esta obligación de colaboración no debe reducirse a aquellos que por su comportamiento funcional o como responsables del servicio que prestan están siendo objeto de una investigación, sino que esta colaboración puede solicitarse en forma de documentación o informe de consulta o asesoramiento a instituciones incardinadas en otros poderes que nada tienen que ver con el objeto de investigación²¹². En relación al deber de colaboración de estas instituciones incardinadas en otros poderes, se advierte que se trata de un deber que, sin perjuicio de su enunciado enérgico al prever que sea preferente y urgente, adolece de una cierta indefinición en cuanto a sus límites, a las condiciones de ese auxilio y colaboración, y sobre todo, se echa en falta, un medio jurídico para su exigencia.

Esta misma disyuntiva es la que se puede observar en el análisis de las leyes autonómicas. Mientras unas han atribuido la obligación de colaborar con carácter preferente y urgente exclusivamente a las Administraciones Públicas, es decir a los funcionarios y a las autoridades que las integran²¹³, otras extienden esta obligación, al igual que en la LODP, a la totalidad de los Poderes Públicos²¹⁴.

En definitiva, y como conclusión sobre el deber de colaboración de todos los poderes públicos, cabe indicar que se trata de un enunciado muy ambicioso que eleva la función del Defensor del Pueblo equiparándola en importancia a la de los más

²¹¹ Vid. PALACIO VALLE-LERSUNDI, José María “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 19, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 489 - 515.

²¹² En este sentido se manifestaba el artículo 17 de la Proposición de ley al establecer que el Defensor podía recabar del Consejo de Estado y de cualquier otro órgano consultivo de la Administración Pública un dictamen sobre aquellos puntos que a su juicio lo requieran para la buena marcha de su investigación, sin que el mismo revista en ningún caso el carácter de vinculante. Este artículo fue suprimido por la enmienda número 33 presentada en el Congreso de los Diputados bajo la firma del Grupo Centrista UCD al considerar que era improcedente en cuanto que el Consejo de Estado es un órgano consultivo del Gobierno. También iba en la línea expresada en artículo 15 de la Proposición que atribuía al Defensor del Pueblo de forma expresa la defensa del derecho de la tutela judicial efectiva para lo cual podía recabar de las instituciones y organismos competentes la información que considerara oportuna a estos efectos.

²¹³ Ley del Ararteko en el artículo 23; Ley del Síndico de Agravios en el artículo 19; Ley del Sindic de Greuges de Cataluña en el artículo 22; Ley del Sindic de Greuges de Baleares en el artículo 19; y Ley del procurador del Común en el artículo 16.

²¹⁴ Ley del Defensor del Pueblo Andalúz en el artículo 19.1; Ley del Valedor del Pueblo en su artículo 26; Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en su artículo 19; Ley del Justicia de Aragón en su artículo 19 y Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 26.1.

altos órganos constitucionales del Estado, dando razón de esta importancia la colaboración que así se les requiere y manda, de forma preferente y urgente. Sin embargo es forzoso reconocer que la concreción jurídica de este deber de colaboración no ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias, ni en el establecimiento general o específico de qué se considera contenido dentro de este deber (algunos artículos si nos dan razón u orientación en aspectos específicos como el artículo 25 respecto del Fiscal General del Estado), y dentro de qué términos o límites puede exigirse.

El deber de colaboración debemos ponerlo directamente en relación con los documentos reservados. En este punto debemos afirmar que el legislador ha regulado esta cuestión de forma confusa y tendente al equivoco, que además, al no haber sido aplicada jamás, no permite extraer ninguna experiencia para el futuro. Esta previsión regulada en el artículo 22 de la LODP contempla cuestiones heterogéneas. En primer lugar, se reconoce el principio de reserva de las investigaciones y de los trámites procedimentales que se realicen tanto por el Defensor como por el personal dependiente del mismo; y, en segundo lugar, se regula la cuestión de los documentos reservados, es decir, de aquellos documentos que en función de la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, sobre Secretos Oficiales han sido clasificados como secretos.

Esta escasa técnica legislativa que redundaba en la confusión del texto es el fruto de lo que se preveía en la proposición de ley. En ésta los documentos reservados se establecían como un límite al derecho de acceso del Defensor a expedientes y documentación administrativa, en virtud de su artículo 22 y de su artículo 30, en cuyo apartado primero, se introducía un punto de confusión: *“La determinación de cuando un documento tuviese carácter de reservado quedará a la libre determinación del Defensor del Pueblo, excepto en aquellos casos en que los mismos se le remitan por el organismo afectado acompañados de una certificación que acredite que el Consejo de Ministros ha dispuesto expresamente su carácter de secreto de acuerdo con la Ley, o su no remisión por la misma causa”*. A nuestro juicio la confusión se produce en regular conjuntamente la posibilidad de que el Defensor declare libremente como reservado un determinado documento administrativo que ha solicitado en su investigación a efectos de excluirlo respecto al informe de su gestión, con independencia de aquellos documentos que calificados como reservados por la ley le ha remitido o se ha negado a hacerlo el organismo requerido y sobre los que, en todo caso, recae la prohibición de hacerlos públicos.

Si de lo que se trata es de reconocerle al Defensor la garantía de que en el curso de su investigación tiene derecho a solicitar de los poderes públicos

colaboración, y ello implica la remisión de todos los documentos que considere necesario para el desarrollo de sus función presentándose como único límite la calificación de los documentos como secretos oficiales en virtud de la Ley que regula los mismos, exigiéndose además que esta negativa venga acordada por el Consejo de Ministros y acompañada de una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio, debía haberse regulado esta cuestión separadamente del principio general de reserva que informa el procedimiento del Defensor del Pueblo, con la posibilidad de calificar algunos documentos como reservados a los efectos de su rendición de cuenta materializado en los informes.

Mientras que en el Congreso se centró el debate en el juicio de oportunidad de atribuir o no la capacidad al Defensor de determinar libremente cuando un documento tiene carácter de reservado, desestimando finalmente esta posibilidad al concebir que al ser el Defensor un alto Comisionado de las Cortes Generales puede alcanzarle algunas de las prerrogativas de la que disfrutaban las Cortes, como es la atribuida por el artículo 10.2 de la Ley 48/1978 de Secretos Oficiales de conocimiento de los documentos reservados, pero no puede disfrutar de mayores prerrogativas que las propias Cortes y ya que éstas no pueden determinar cuándo un documento tiene el carácter de reservado o secreto tampoco podrá hacerlo el Defensor²¹⁵; en el Senado el debate se centró, como en el artículo 19.1 de la LODP, en ampliar o reducir el sujeto sobre el que recae la obligación de facilitar los documentos o denegar la remisión.

Mientras que el Texto del Congreso fijaba que estos sujetos eran los poderes públicos, reconociendo al Consejo de Ministros únicamente la posibilidad de denegar la remisión acompañando a este acuerdo denegatorio de una certificación acreditativa.; el texto del Dictamen aprobado por la Comisión Constitucional del Senado²¹⁶ consideró que los sujetos obligados eran sólo las autoridades administrativas, y amplió los supuestos de denegación de la remisión de la documentación cuando pudieran afectar a la seguridad del Estado o a la intimidad de

²¹⁵ Este debate tiene su origen en la enmienda número 66 formulada en el Congreso por el Grupo Andalucista: “*El Defensor del Pueblo determinará libremente cuándo un documento tiene el carácter de reservado o secreto, en cuyo caso no hará público, bajo ningún concepto, el contenido del mismo. En el supuesto de que exista discrepancias entre el Defensor del Pueblo y la Administración sobre el carácter reservado o secreto de un documento determinado, éste se remitirá a las Cortes Generales, que resolverán por mayoría absoluta*”. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 46.

²¹⁶ Tanto la Ponencia como la Comisión tuvieron en cuenta en la redacción que adoptaron la enmienda número 26 formulada por el Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático. B.O.C.G., Senado, núm. 147, d), de 17 de febrero de 1981, serie II.

las personas determinando esta circunstancia el Jefe de la dependencia administrativa a través de la declaración del documento como reservado. También se contemplaba la denegación por parte del Consejo de Ministros de aquellos documentos en los que se reflejaran sus propios actos y acuerdos con el requisito de remitir la certificación acreditativa del acuerdo denegatorio.

A juicio de los que mantenían el texto del Congreso la modificación introducida en el Senado era contraria a la línea de tendencia de esta Institución también en el Derecho comparado, para ello apoyaron su crítica en la comparación de nuestra Institución con la del *Médiateur*, salvando las distancias al considerar que es una institución inferior en cuanto que no es nombrado por las Cámaras sino que es una elección del Poder ejecutivo; el artículo 13 de la Ley francesa que regula esta institución establece que *“el Médiateur puede pedir al Ministro responsable o a la autoridad competente que le dé conocimiento de todo documento o expediente concerniente a un asunto sobre el que está haciendo una investigación. El carácter secreto o confidencial de los documentos sobre los que solicita conocimiento no puede serle opuesto, salvo en materia de secretos concernientes a la defensa nacional, seguridad del Estado o política exterior”*²¹⁷. Las excepciones que se diseñan en este artículo se diferencian de las que introducía el texto del Senado en que aquellas son claras y lógicas y deben configurarse también como excepciones para nuestro Defensor del Pueblo, pero lo que se negaban a aceptar los que defendían el texto del Congreso era que el Jefe de una dependencia administrativa, en base a un juicio personal, calificara el documento como secreto al entender que afectaba a la intimidad de las personas.

El texto del Senado, al igual que el del Congreso, mantenía la medida que se le concedía al Defensor de poder neutralizar esta denegación poniéndolo en conocimiento del Congreso y del Senado si consideraba que el documento declarado secreto y no remitido por la Administración podía afectar de forma decisiva a la buena marcha de su investigación. La comunicación al Congreso y al Senado se debe a que la resolución del Consejo de Ministros, acogiéndose a la prerrogativa del secreto oficial, desnaturalizaba plenamente de su carácter administrativo a las actuaciones en marcha y las elevaba al plano de la responsabilidad política, y en este terreno, ya no es el Defensor quien tiene que actuar, sino el Parlamento²¹⁸.

²¹⁷ Diario de Sesiones del Senado, número 94 de 18 de febrero de 1981. Cit. Pág. 4872. Intervención del Señor Ojeda Escobar.

²¹⁸ Rechazada una petición de información del Defensor del Pueblo, no hay fundamento

Sin duda, las modificaciones que pretendieron establecerse en el Senado y que oportunamente fueron rechazadas por el Congreso, introducían excesivos e imprecisos límites a la actuación del Defensor del Pueblo, actuación que persigue la defensa y la tutela de los derechos del Título I de la Constitución y para la cual debe y tiene que supervisar la actuación de las Administraciones Públicas.

Respecto a las leyes reguladoras de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos y el reconocimiento expreso de la posibilidad de solicitar en su actuación investigadora la entrega de documentos reservados o calificados como secretos podemos establecer dos grupos: aquellas que guardan un silencio absoluto²¹⁹ y aquellas que de forma clara atribuyen a su Comisionado Parlamentario Autonómico la posibilidad de solicitar cualquier documento que le sea necesario, sin que la calificación de secreto del mismo impida su conocimiento, excepcionándose el mismo caso previsto en la LODP²²⁰.

3.1.4.2. Poderes de Inspección y posible acción penal:

Los poderes de inspección se configuran en la ley como los medios de cobertura de los que se ha dotado al Defensor para desarrollar su gestión con eficacia tanto cuando su actuación se inicia como consecuencia de la presentación de una queja o cuando se inicia de oficio. Estos se traducen en la posibilidad del Defensor, su Adjunto o la persona en quien él delegue de personarse en cualquier centro de la Administración Pública, dependientes de la misma o afectos a un servicio público para comprobar cuantos datos fueren necesarios; en la posibilidad de hacer

constitucional o legal que permita a las Cortes Generales cambiar este rechazo. La razón por la que las Cortes Generales pueden conocer los secretos oficiales es propia e intransmisible: su carácter representativo del pueblo soberano del que emanan todos los poderes del Estado. Esta cualidad no alcanza al Defensor del Pueblo cuya condición de Alto Comisionado de las Cortes Generales es más nominal que dotada de la significación jurídica de la Comisión. La función del Defensor no es la de un Comisionado, sino que ejerce en régimen de autonomía una función constitucional, sostenida por las Cortes Generales con el límite de la propia Constitución y la Ley. Y es la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo la que pone un límite al conocimiento del Defensor: el acuerdo negativo del Consejo de Ministros. Tal acuerdo certificado podrá dar lugar al ejercicio de las funciones de control y, en su caso, a la exigencia de responsabilidad del Gobierno ante las Cortes Generales, pero no al conocimiento del Defensor del Pueblo de la información clasificada por el Gobierno. Vid. LUNA ABELLA, Carlos, en “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo”, comentario al artículo 22, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, pag. 561 - 589.

²¹⁹ La Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, la Ley del Valedor del Pueblo, la Ley del Síndic de Greuges de Cataluña, la Ley del Síndic de Greuges de Baleares, la Ley del Procurador del Común, la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha y la Ley del Justicia de Aragón.

²²⁰ Estas leyes son la Ley del Ararteko en su artículo 15, la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 29 y la Ley del Síndico de Agravios en su artículo 22. Sólo la Ley del Diputado del Común no prevé la negativa de remisión en el artículo 33.

entrevistas personales²²¹; y en la posibilidad de proceder el estudio de los expedientes y los documentos pertinentes. A estos efectos no podrá negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la investigación, sin perjuicio de lo analizado anteriormente respecto a los documentos reservados.

Debemos tener en cuenta que el Defensor del Pueblo es un mecanismo de control externo de la Administración. La intromisión de una figura ajena a todo el entramado administrativo establecido se temía, en palabras de GIL-ROBLES²²², que podía ser el detonante de un cataclismo interno que despertara en el ánimo funcional una decidida y sistemática reticencia que desgastara y desacreditara cuanto antes al Defensor del Pueblo.

De ahí que el Defensor en el ejercicio de su actividad de inspección no deba presentarse como un inquisidor funcional sino como un colaborador de la Administración al que se le dotan de instrumentos para evitar que en lo posible su gestión sea burlada y resulte estéril su actividad²²³.

²²¹ La proposición de ley que en su artículo 22 reconocía la posibilidad de personarse en cualquier centro de la Administración para comprobar cuantos datos fueran necesarios o proceder al estudio de los expedientes y documentación necesaria, sin que pudiera denegársele el acceso a ellos salvo que se produjera la clasificación como secretos, guardaba silencio sobre la posibilidad de realizar entrevistas que sólo preveía en la investigación de las quejas subjetivas, pero fue a raíz de la aceptación por la Ponencia y la Comisión de una enmienda formulada en el Congreso como se amplió el marco de inspecciones, visitas y entrevistas personales con interesados. Enmienda núm. 95, del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 55.

²²² Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. "El Control parlamentario...", cit. pag. 303.

²²³ El texto remitido por el Congreso al Senado, que tenía la misma redacción que el actual artículo 19, fue objeto de la enmienda Núm. 23, del Grupo de Centro Democrático, en la Cámara Alta, que llevaban a recortar la efectividad de los poderes de investigación. Entre estos recortes se podía observar la obligación que se imponía, en todo caso, al Defensor o a quien actuara en su nombre de poner en conocimiento al Jefe superior del centro inspeccionado su decisión de personarse en el mismo. La comunicación debía formalizarse por escrito con una antelación mínima de 2 días hábiles. Esta obligación que se justificó con el argumento de ganar tiempo a efectos de preparar los antecedentes para ponerlos, sin pérdida de tiempo, a disposición del Defensor del Pueblo, fue tachada por aquellos que defendieron con su voto particular en el Pleno el texto del Congreso como una muestra de desconfianza entre la Administración y el Defensor en detrimento de la confianza como regla en que tiene que basarse la relación entre el Defensor del Pueblo y la Administración. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 164.

Una crítica mucho más dura hizo el Senador Laborda Martín al considerar que era del todo injustificado que el Defensor como magistratura de persuasión con capacidad para poder interponer recurso de amparo e inconstitucionalidad tuviera que pedir autorización y anunciarse con dos días de antelación y esperar a que determinado jefe de una dependencia administrativa le autorice a entrar, le blanquee las paredes, tal vez le sirva las avellanas y encubra o camufle al funcionario prevaricador.

Los Comisionados Autonómicos también están dotados de estos poderes de inspección y las peculiaridades que presentan algunas de sus leyes reguladoras son las siguientes: la Ley del Valedor del Pueblo establece que en aquellos supuestos en los que la obtención de datos o la prestación de auxilio requieran ser obtenidas fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, el Valedor podrá solicitarlos del Defensor del Pueblo o de otras instituciones similares, de acuerdo con los principios de coordinación y cooperación establecidos en la LODP²²⁴. Esta misma idea subyace en la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz y en la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra²²⁵.

La Ley del Síndico de Agravios le reconoce a éste el libre acceso a los archivos y registros administrativos en el ámbito competencia de la Generalitat²²⁶. Esta acotación del ámbito competencial de la Administración autonómica no ha sido observada por las restantes leyes autonómicas, las cuales o establecen que las actividades de inspección se extienden a la asistencia y entrada a todas las dependencias, centros y organismos sin más concreción²²⁷; o circunscriben al ámbito de inspección a la esfera autonómico²²⁸; o extienden estas asistencias y entradas de inspección a cualquier dependencia de las Administraciones Públicas autonómica junto a los Cabildos insulares y Ayuntamientos²²⁹, o, como diseña la Ley del Ararteko, a las dependencias de la Administración Autónoma incluida la Administración periférica, sus organismos autónomos, las sociedades públicas y demás entes públicos dependientes, junto a las dependencias de la Administración local, incluidos sus organismos autónomos, sociedades públicas y demás entes públicos que de ella dependan, así como los locales o instalaciones donde se gestionen los servicios mediante concesión administrativa por personas físicas o

Sin duda, aunque esta intervención estaba revestida de un sentido irónico y se manifestaba algo exagerada, alumbraba el riesgo que podía implicar el preaviso de la visita, si se trata de supervisar el quehacer cotidiano de las Administraciones, examinémoslas en una realidad cotidiana y no alterada por un previo aviso. Intervención del Senador Laborda Martín en la sesión de 17 de febrero de 1981 ante el Pleno del Senado. DS del Senado número 93 del año 1981, pag. 4840.

²²⁴ Artículo 26.2.

²²⁵ Artículo 14 y artículo 12 respectivamente.

²²⁶ Artículo 9.3.

²²⁷ Artículo 16 de la ley del Procurador del Común, artículo 22 de la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña, artículo 19 de la Ley del Sindic de Greuges de Baleares y artículo 19.2 de la Ley del Justicia de Aragón. La STC 157/1988 y 142/1988, determinan que la Administración del Estado no está sometida a la supervisión del Justicia de Aragón, aunque tenga su sede en la Comunidad Autónoma, sino que ésta sólo puede ser instada a colaborar o prestar ayuda en su misión, no ha ser objeto de su misión.

²²⁸ Artículo 19.2 de la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha.

²²⁹ Artículo 30.2 de la Ley del Diputado del Común.

jurídicas, y en general, los de cualquier organismo o entidad, persona jurídica o privada que actúe en un servicio público estando sometida a algún tipo de control o tutela administrativa en todo lo que afecte a las competencias autonómicas²³⁰.

La Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra le atribuye la facultad de efectuar visitas de inspección a cualquier servicio o dependencia de los organismos y entidades sobre los que ejerce la función de supervisión, examinado o demandando documentos, oyendo a órganos, personal al servicio de las Administraciones Públicas y solicitando las informaciones que estime convenientes²³¹.

Debemos valorar positivamente que se hayan recogido en los textos normativos autonómicos antes citados la práctica de la Institución del Comisionado Parlamentario de mantener sus competencias de investigación y control sobre los entes instrumentales de los que se sirven las Administraciones públicas para la prestación de los servicios públicos. Sin embargo en los últimos años hemos asistido a un fenómeno paralelo cual es la privatización pura y simple de servicios públicos esenciales, y es aquí donde se producen dificultades para la intervención del Defensor del Pueblo. Sintéticamente diremos que cuando la Administración a privatizado dicho servicio por vía de concesión administrativa, manteniendo una vinculación directa con la ejecución de ese servicio por esa vía contractual, el Defensor ha ejercitado con carácter general sus facultades de control; sin embargo cuando se ha tratado por el contrario de desregulaciones de sectores junto con la privatización de los mismos, frente a los cuales la Administración mantiene únicamente títulos competenciales de carácter general o difuso, la intervención del defensor del Pueblo en relación a las empresas privadas que gestionan esos servicios esenciales para la comunidad resulta de difícil acomodo en el marco general. De ahí que el propio Defensor del Pueblo en las XVIII Jornadas de Coordinación manifestara la necesidad de modificar la norma²³².

3.1.4.3. La calificación de las conductas y sus consecuencias

La ley ha reconocido al Defensor del Pueblo la posibilidad de calificar las conductas de los funcionarios y autoridades y darles unos efectos. Los efectos generales de esta calificación se reducen a extraer los nombres de los funcionarios en

²³⁰ Artículo 12.

²³¹ Artículo 17.

²³² La Gaceta de Salamanca de 17 de julio de 2004.

cuestión del principio de reserva de las actuaciones de investigación del Defensor del Pueblo para posteriormente hacerlos públicos.

Los hechos que dan lugar a la determinación de una actitud como hostil o entorpecedora y los efectos concretos son los siguientes: en primer lugar el artículo 18.2 de la LODP expone que la negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables al envío del informe inicial solicitado podrá ser considerada como hostil y entorpecedora de sus funciones. La consecuencia de ello es hacer pública de inmediato esta negativa o negligencia, y en su caso, destacar tal calificación en el informe anual o un informe especial a las Cortes Generales; En segundo lugar, el artículo 24.1 de la LODP agrega un plus a esa conducta, plus que se materializa en la persistencia de la actitud hostil y entorpecedora, no sólo respecto a la remisión del informe inicial por parte del funcionario o superior responsable, sino también de la obstrucción del conjunto de actuaciones que englobe la labor de investigación del Defensor del Pueblo por parte de cualquier Organismo, funcionario, directivo o persona al servicio de la Administración Pública. La consecuencia de ello es destacarlo en un informe especial elaborado al objeto, además de destacarlo en la sección correspondiente de su informe anual. Ejemplos de estas declaraciones vamos a encontrarlos, por desgracia, muchos en las páginas que siguen²³³.

Sin perder de vista que nos encontramos ante una institución cuya fuerza radica en la autoridad moral ha de ser entendida como una forma de hacer pública

²³³ Sirva de adelanto la queja de oficio 94/2186 iniciada frente a la Consejería de Cultura que pretendía únicamente comprobar en qué medida se estaba dando cumplimiento al mandato del artículo 68 de la Ley 16/85, de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español, en orden a destinar un uno por ciento de los presupuestos de cada obra pública a financiar los gastos culturales. Lamentablemente, las reiteradas peticiones de información no fueron en ningún momento atendidas por la Consejería de Cultura, por lo que el Defensor del Pueblo Andaluz se vio obligado a declarar la actitud entorpecedora. En relación a esta queja ver Informe del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de Andalucía de 1997. Otro caso en el que el Defensor andaluz tuvo que declarar esta actitud a una Alcaldía fue en la queja 00/2373 en la que el interesado denunciaba que junto a su domicilio, en patio contiguo, había encerrado un gran número de perros, que con sus ladridos y aullidos no permitían conciliar el sueño durante la noche, suponiendo además un riesgo higiénico-sanitario por su presencia. Solicitado durante más de seis meses Informe al Alcalde Ayuntamiento, ninguna respuesta hubo por su parte. En relación a esta queja ver Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 864 – 866. Y por último, la queja la queja 98/1992 en la que la falta de colaboración de la Delegación Municipal de Urbanismo y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Granada producida por la demora en contestar a las reiteradas peticiones de Informe inicial, llevó a que una vez recibido el Informe y formulada la oportuna resolución al no ser ésta respondida se procediera a elevar a la superior Autoridad de aquel Municipio, la Alcaldía, el expediente y la resolución, sin obtener tampoco respuesta, por lo que la actitud hostil y entorpecedora se declaró de ambas autoridades. Esta queja se hizo pública en el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, pag. 456.

una conducta reprobable para poner en evidencia y conseguir un cierto efecto sancionador dentro y fuera de la propia Administración en relación a las conductas que no son predicables de un sistema donde el aparato administrativo está al servicio de los derechos e intereses de los ciudadanos. Esta calificación se constituye también como una posibilidad de vencer las resistencias que pueda encontrarse en el seno de una Administración reacia a ser controlada externamente.

La finalidad básica de la publicidad de la falta de colaboración es la preservación de la *auctoritas* del Defensor del Pueblo frente al incumplimiento administrativo de la obligación de colaboración. Además, desde el punto de vista material, la publicidad de la falta de colaboración deja patente o permite colegir un cierto reconocimiento por parte de la Administración no colaboradora del carácter irregular de la actividad o inactividad que ha sido objeto de investigación o comprobación²³⁴.

En los informes anuales se dedica un apartado a la enumeración de las Administraciones que han incumplido la obligación de colaborar con el Defensor del Pueblo, distinguiendo las que han omitido el deber de contestar a la petición de informe inicial a pesar de haberle sido requerido hasta en tres ocasiones, y los otros casos de falta de colaboración con el Defensor del Pueblo, en los que se incluyen la persistencia a que se refiere el artículo 24.1 en una actitud hostil o entorpecedora y la falta de respuesta a las recomendaciones del Defensor. Recogiendo la propuesta de SAINZ MORENO es conveniente la utilización como vía alternativa e intermedia de la intervención de la Comisión Mixta Congreso-Senado de Relaciones con el Defensor del Pueblo a fin de exigir la comparecencia del funcionario o autoridad hostil para que exponga las razones de su actitud²³⁵.

Otra opción podría consistir en una publicidad que no se refiera tanto a los medios oficiales de publicación como a establecer la posibilidad de público conocimiento de la falta de colaboración, lo que se produciría, por ejemplo, a través del envío de una nota explicativa a los medios de comunicación, o de una rueda de prensa. Más apropiada parece sin embargo la solución que viene poniendo en práctica el Defensor del Pueblo Andaluz, que ha optado por dar publicidad a las declaraciones de hostilidad en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, lo que

²³⁴ Vid. BRUÑÉN BARBERÁ, Francisco M., “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 24, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 609 - 641.

²³⁵ Vid. SAINZ MORENO, F. “*Defensor del Pueblo y...*”, cit. pag. 61.

permite un estricto cumplimiento de la exigencia legal de dar publicidad a la medida con carácter inmediato. Además esto no excluye, como es lógico, que se produzca cualquier otro medio de difusión inmediata de la falta de colaboración, como, por ejemplo, ponerlo en conocimiento de los medios de comunicación para que estos le den difusión entre la opinión pública²³⁶.

Las leyes autonómicas no se presentan uniformes en este punto ya que mientras unas si optan por calificar la conducta y darle a esta calificación los efectos que hemos analizado en relación a la LODP²³⁷, otras optan por no calificar la conducta más que de obstruccionista y de forma genérica establecer que se podrán hacer públicos los nombres de las autoridades y funcionarios que mantengan esta actitud con la consiguiente comunicación al Ministerio Fiscal si reviste tintes de criminalidad o al órgano administrativo competente si es constitutiva de infracción disciplinaria²³⁸.

La Ley del Diputado del Común en su artículo 34, contempla que la actuación de una autoridad, funcionario o empleado público, que dificulte sin una justificación adecuada la investigación de una queja, será considerada obstruccionista y entorpecedora de las funciones del Diputado del Común y podrá hacerse pública de inmediato a través del Boletín Oficial del Parlamento de Canarias, a cuyo efecto el Diputado del Común cursará comunicación motivada a la Mesa del Parlamento de Canarias. Esta misma cláusula general se contempla en el artículo 24.3 de la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, aunque sin la referencia a la publicidad en el Boletín Oficial del Parlamento. En cambio, el Defensor del Pueblo Andaluz aún no previéndolo en su normativa, procede a la publicación en el Boletín Oficial del Parlamento de las actitudes hostiles y entorpecedoras.

Además del recurso a la publicidad, el Defensor del Pueblo puede ejercitar acciones administrativas disciplinarias y penales, por aquellas actitudes administrativas contrarias al deber de colaboración que a juicio de aquel deban ser

²³⁶ Vid. M. MARTINEZ-JANES GARCIA, “*Medidas de los Defensores del Pueblo ante la falta de colaboración de las Administraciones Públicas: el empleo de la publicidad*”, en “XIII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo”, Canarias, 1999, pags.224 y 225.

²³⁷ Ley del Ararteko en el artículo 24; Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en el artículo 18.2; Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 24.2 y 3 y Ley del Defensor del Pueblo Andaluz en su artículo 18.2.

²³⁸ Ley del Sindic de Greuges de Baleares en su artículo 21; Ley del Valedor del Pueblo en su artículo 22.2; Ley del Procurador de Castilla y León en su artículo 18; Ley del Sindic de Greuges de Cataluña en su artículo 24, 25, 26 y 30 y Ley del Justicia de Aragón en su artículo 21.

sancionadas por su gravedad. La falta de colaboración puede ser considerada como falta disciplinaria. El Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por real Decreto 33/1986, de 10 de enero, tipifica como falta grave en su artículo 7.1,a) la falta de obediencia debida a autoridades. Por otra parte, en el artículo 8 del citado Real Decreto se considera como faltas leves: “d) *El descuido o negligencia en el ejercicio de sus funciones y, e) el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, siempre que no deban ser calificados como falta grave o muy grave*”.

De hecho es posible contemplar como el defensor pone en conocimiento de los superiores jerárquicos la falta de colaboración o la actitud obstruccionista de autoridades y funcionarios, comunicación que puede conducir a la incoación del oportuno expediente disciplinario y, si procede a la imposición de la pertinente sanción disciplinaria.

En lo referido a las acciones penales, el Defensor del Pueblo atendiendo a la gravedad e intencionalidad de la acción de obstaculización, podrá poner en conocimiento del Fiscal General del Estado la actitud contraria a la labor de investigación o comprobación del defensor, en el entendimiento de que concurren las conductas tipificadas en el artículo 502.2 del Código Penal²³⁹. Como el recurso al Derecho penal se concibe como última ratio, ha de hacerse un uso más frecuente de las potestades disciplinarias, e incluso de otras potestades administrativas de alto poder persuasorio ligadas a la pérdida de la confianza en las autoridades y funcionarios que desempeñen cargos de libre designación, cuyo cese en las responsabilidades desempeñadas pueden ser libremente acordada por la autoridad que los nombraron. Pero ello no debe suponer que el precepto penal haya de dejar de aplicarse cuando concurren los elementos objetivos del tipo y la actitud se revele como intencionadamente obstaculizadora.

El Defensor del Pueblo no ha ejercitado en ocasión alguna la acción penal por el entorpecimiento u obstrucción de su labor, pero en el Informe anual correspondiente al año 2001 se recoge la siguiente declaración²⁴⁰: “*Por último cabe*

²³⁹ El citado artículo establece lo siguiente: “En las mismas penas incurrirá la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de la Comunidad Autónoma, negándose o dilatando indebidamente el envío de los Informe que estos solicitaren o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación”.

²⁴⁰ Vid. BRUÑÉN BARBERÁ, Francisco M., “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 24... págs. 609 - 641.

señalar que, hasta el momento presente, no se ha utilizado la potestad que confiere el artículo 502.2 del Código Penal que tipifica como reo del delito de desobediencia a la autoridad o funcionario que obstaculice la labor del Defensor del Pueblo, aunque no se descarta la utilización de dicha vía ante posibles comportamientos reiteradamente hostiles a la labor del Defensor del Pueblo”.

Y también esta otra: “El tercer apartado del informe se destina a dar cuenta de aquellas Administraciones Públicas que han incumplido el deber de colaborar con el Defensor del Pueblo. En términos generales las Administraciones Públicas y sus agentes auxilian al Defensor del Pueblo adecuadamente y sólo sería deseable una mayor agilidad en la remisión de los informes que posibilite, a su vez, una más pronta respuesta de la Institución a los ciudadanos. Sin embargo hay supuestos concretos en los que se percibe una resistencia notable o, cuanto menos, un rechazable desinterés en prestar la debida colaboración y el auxilio requerido al Defensor del Pueblo, particularmente a la hora de responder a los requerimientos de información que se formulan para resolver los problemas planteados por los ciudadanos.

En otras ocasiones esa falta de colaboración se limita a la ausencia del exigible rigor en los supuestos en los informes que se remiten a esta Institución que, con cierta frecuencia debe insistir en sus demandas para completar los datos imprescindibles para el ejercicio de su misión. Asimismo, con más frecuencia de la debida, se incumplen los plazos que la Ley establece para elaborar o remitir los informes y este Comisionado Parlamentario se ve en la necesidad de requerir formalmente su envío, con las advertencias legales procedentes.

Pues bien, pese a dichas admoniciones y a la claridad con que la ley enuncia el deber de todas las autoridades públicas y de los funcionarios a su servicio de prestar un auxilio preferente y urgente al Defensor del Pueblo, existen supuestos en los que tal colaboración no se presta ni aún después de advertir que tal conducta pudiera considerarse constitutiva del delito de desobediencia tipificado en el artículo 502 del Código Penal.

Hasta el presente, el espíritu conciliador y cooperador que anima a esta Institución, así como el ejercicio continuado de la virtud de la paciencia, ha dado lugar a que no se persiguiesen penalmente estas conductas dilatorias y entorpecedoras. Pero el ejercicio responsable de las funciones que corresponden al Defensor del Pueblo parece exigir, de aquí en adelante, una actitud más severa en su represión, evitando la generalización de algunas conductas, hasta ahora más o

menos esporádicas, que supone un grave perjuicio para los ciudadanos y la credibilidad de la Institución”.

En último lugar frente al incumplimiento del deber de colaboración nos encontramos con el artículo 26 de la LODP el cual establece que el Defensor del Pueblo podrá, de oficio, ejercitar la acción de responsabilidad contra las autoridades, funcionarios y agentes civiles de orden gubernativo o administrativo, incluso local sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito²⁴¹.

El interrogante de a qué responsabilidad se refiere este artículo hizo correr en un principio ríos de tinta precisando que no se trataba de la responsabilidad administrativa contemplada en la entonces Ley del Procedimiento de 1956 o en la Ley de Expropiación Forzosa, sino a la que regulaba la Ley de 5 de abril de 1904 desarrollada en el Reglamento de 23 de septiembre del mismo año; la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común arrojó luz sobre esta cuestión al regular en su artículo 145 y siguientes la responsabilidad patrimonial de las autoridades y funcionarios.

²⁴¹ En los mismos términos se expresaba el artículo 28 de la proposición de ley al que sólo se presentó una enmienda en el Congreso, que no variaba su contenido sino que sólo completaba su sentido siendo ésta finalmente rechazada. La enmienda mencionada fue la número 103 del Grupo de Coalición Democrática que sustituía la expresión “*ejercitar la acción de responsabilidad*” por “*ejercer las acciones necesarias para deducir la responsabilidad a que haya lugar en Derecho*”. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 57. Su paso por el Senado si introdujo una variación. Si el texto remitido al Senado establecía que el ejercicio de esta acción se realizaría de oficio, la enmienda número 31 del Grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático, formulada en el Senado y aceptada por la Ponencia y la Comisión, fijó que el ejercicio de esta acción para poder ser ejercitada por el Defensor debía ser instada por el interesado. Este punto fue especialmente debatido en el Pleno del Senado ya que se mantuvo un voto particular en el sentido de recuperar el texto aprobado por el Congreso; los partidarios del texto del Congreso consideraban que en el caso de admitirse que el ejercicio de la acción de responsabilidad debería venir precedida de la petición de los particulares el Defensor del Pueblo estaría desnaturalizándose para convertirse en un mero abogado de los particulares para reclamar las indemnizaciones por daños y perjuicios pudiendo llegar a producirse la situación perversa de que un particular que no se ha quejado por una irregularidad administrativa acuda después al Defensor del Pueblo instándole para que exija de la Administración la indemnización de daños y perjuicios. Aparte de la modificación mencionada el contenido de esta enmienda era más amplio ya que a la posibilidad de exigir responsabilidades de los funcionarios y autoridades sumaba a las Administraciones Públicas; además de ello omitía la utilización del término “*acción*” para sustituirlo por el de “*vías que establece la legislación vigente*” con la finalidad de no reducir la exigencia de responsabilidad por los daños y perjuicios irrogados a los bienes y derechos de los ciudadanos por culpa o negligencia grave de un funcionario o autoridad al ámbito procesal sino extenderlo al ámbito administrativo. Finalmente las modificaciones introducidas en el Senado se rechazaron por el Congreso con lo que el texto actual es idéntico al de la proposición de ley. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., págs. 169 y 279.

De ninguna manera podemos considerar que la acción de responsabilidad que apunta el artículo comentado se refiere a una responsabilidad disciplinaria sobre el funcionario. La anterior conclusión es insoslayable, si tenemos en cuenta que la responsabilidad disciplinaria sólo es exigible como resultado de la existencia de una relación de jerarquía, de la que escapan por “arriba” los Ministros y otras Autoridades, y por ajenidad a esta relación los “agentes civiles”, si entendemos por éstos a los vicarios de la Administración, es decir, a las personas no integradas en la organización administrativa que desempeñan funciones de esta naturaleza por delegación de la Administración. O como meros agentes o mandatarios. Otros aspectos abundan en la misma dirección, a favor de excluir la responsabilidad disciplinaria como objeto de la posible acción, en este caso la propia literalidad del precepto, y es la exención de la necesidad de reclamación previa por escrito, que no tiene sentido alguno en el ámbito disciplinario.

No todas las Leyes reguladoras de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos han atribuido expresamente esta facultad de ejercitar la acción de responsabilidad²⁴². En clara oposición a éstas, otras sí reconocen la posibilidad de ejercer siempre de oficio la acción de responsabilidad contra las autoridades, funcionarios y personal al servicio de las Administraciones autonómicas respectivas sin que sea necesaria la previa reclamación por escrito²⁴³.

Como conclusión, el texto del artículo 26 es confuso y oscuro, de ahí que no haya sido ejercitada en ningún supuesto por ninguno de los Defensores del Pueblo. La patente falta de claridad ha sido puesta de manifiesto no sólo por la doctrina²⁴⁴ sino por los propios Defensores del Pueblo, así GIL-ROBLES dice textualmente: “*Algunos supuestos más exigirían una revisión de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, tal como la clarificación de lo que se entiende por acción de responsabilidad que prevé el artículo 26...*”²⁴⁵. Por otro lado la confusión se genera

²⁴² Ley del Sindic de Greuges de Cataluña; Ley del Sindic de Greuges de Baleares; Ley del Valedor del Pueblo; Ley del Procurador del Común; y Ley del Justicia de Aragón.

²⁴³ Ley del Defensor del Pueblo Andaluz en su artículo 25; Ley del Diputado del Común en su artículo 20; Ley del Ararteko en su artículo 28, Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 14.1; Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en el artículo 25 y Ley del Síndico de Agravios en su artículo 26.

²⁴⁴ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano “*El Defensor del Pueblo como institución de control...*”, cit. pag. 124.

²⁴⁵ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, Álvaro, “*La defensa de los ciudadanos por vía del Defensor del Pueblo*”, ponencia Las relaciones entre la Administración Local y la Administración de Justicia.

porque ejercitar la acción de responsabilidad supone una excepción a la regla general de carecer el Defensor del Pueblo de acción en la jurisdicción.

3.2. Principio de Coordinación con otras Instituciones

3.2.1. Relación con el Ministerio Fiscal

En el epígrafe primero hemos estudiado como gran parte del debate de elaboración del artículo 54 de la Constitución se centró en diferenciar y delimitar las funciones del Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. Delimitadas éstas, la LODP ha establecido un sistema de relación entre ambas instituciones en su artículo 25, que no encuentra su contrapartida en la Ley que aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aún cuando entre ambas existen escasos meses de aprobación.

El Defensor del Pueblo debe relacionarse con el Ministerio Fiscal en base a dos situaciones diferentes: una, en relación a las quejas que reciba sobre el funcionamiento de la justicia y dos, cuando tenga conocimiento de una conducta o de hechos presumiblemente delictivos.

3.2.1.1. Quejas relativas al funcionamiento de la Justicia

Esta es una cuestión de gran trascendencia si observamos el elevado porcentaje de quejas que recibe el Defensor del Pueblo sobre el funcionamiento lento de la Administración de Justicia y en muchas ocasiones la inejecución de las Sentencias por parte de la Administración. Adelantemos que la directriz clave en esta materia radica en poder realizar una supervisión de la Administración de Justicia entendiendo por ésta el funcionamiento de la maquinaria netamente burocrática y administrativa en cuanto que servicio público bien diferenciada de la libertad de decisión de los jueces de juzgar y hacer cumplir lo juzgado misión atribuida exclusivamente por mandato constitucional a los jueces y magistrados, dejando esta última al margen del control del Defensor del Pueblo.

La habilitación para supervisar la actuación de la Administración de Justicia la tiene el Defensor del Pueblo en el artículo 54 de la Constitución relacionado con el artículo 24 en la medida en que este configura como derecho fundamental la tutela judicial efectiva y por tanto como derecho integrado en el Título I se encuadra dentro del ámbito de actuación del Defensor del Pueblo.

La redacción final adoptada varía en mucho de la prevista en la proposición. El texto final del artículo 13 de la LODP, se ha configurado mucho más restrictivo

que el texto de la Proposición en la medida en que ha limitado la capacidad de supervisión e investigación²⁴⁶. Si la proposición diseñaba el momento de comunicación al Consejo General del Poder Judicial una vez concluida la investigación y comprobado el funcionamiento anormal a los solos efectos de que tomara las medidas necesarias, la LODP le ha prohibido la capacidad de investigación para transferírsela al Ministerio Fiscal al establecer que cuando reciba las quejas “*deberá remitirlas al Ministerio Fiscal para que este investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la Ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate*”.

A simple vista la interpretación de este artículo nos lleva a entender la función del Defensor del Pueblo en el ámbito de la Administración de Justicia como simple estafeta de correos encargado de recibir las quejas del ciudadano y transferirlas al Ministerio Fiscal. Pero esta interpretación no puede ser la definitiva porque hace del Defensor del Pueblo un mero cauce de comunicación sin resultados prácticos para el ciudadano, por ello se ha de perfilar un sistema fluido de relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo con el objeto de que éste pueda informar al ciudadano que planteó la queja las medidas que han sido adoptadas por el Ministerio Fiscal o el Consejo General del Poder Judicial, en su caso²⁴⁷.

Este cauce de relación lo encontramos desarrollado en el artículo 25 del ROFDP cuyo primer párrafo es simple transcripción del texto legal, pero en el segundo párrafo establece una peculiaridad al prever que cuando inicie una actuación de oficio actuará conjuntamente con el Presidente del Consejo General del Poder

²⁴⁶ El artículo 15 de la Proposición de Ley le atribuía la función al Defensor del velar por el cumplimiento efectivo del artículo 24 de la Constitución en el ámbito de la Administración de Justicia, para lo cual podía recabar de las instituciones y organismos competentes la información que considerara oportuna a estos efectos, sin que en ningún caso su acción pudiera interferir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Si del resultado de su investigación consideraba que se había producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, lo pondría en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, a los efectos oportunos, y además, anualmente informaría a las Cortes Generales del estado de las gestiones en el ámbito de la Administración de Justicia, pudiendo también informar de forma extraordinaria en cualquier momento si las circunstancias así lo aconsejaban. B.O.C.G., Congreso de los Diputados, Número 39-I, de 20 de junio de 1979, serie B,.

²⁴⁷ Entre las reformas que se propusieron en la monografía Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas. Universidad Carlos III, Madrid, 1992, se encontraba la de canalizar directamente y no a través del Ministerio Fiscal, la solicitud de información que permitiera una más ágil y eficaz atención a las quejas de las personas afectadas. Vid. GRANADOS PÉREZ, C. “*Defensor del Pueblo y Administración de Justicia (la supervisión de la Administración de Justicia)*” Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas. Universidad Carlos III, Madrid, 1992. Cit. Pág. 233.

Judicial y el Fiscal General del Estado a quienes informará del resultado de sus gestiones²⁴⁸.

Como se observa parece existir contradicción entre el artículo 13 de la LODP y el artículo 25 del ROFDP. El primero de ellos sólo prevé la iniciación a través de queja, limita su función a la simple remisión de esta sin poder entrar a investigarla, y la relación se diseña sólo con el Ministerio Fiscal. Por su parte el ROFDP respeta este proceder respecto a la iniciación de las actuaciones a través de queja pero varía sustancialmente el procedimiento en el inicio de oficio, al permitir al Defensor llevar a cabo la investigación en coordinación con el Fiscal General y también directamente con el Presidente del Consejo General del Poder Judicial²⁴⁹.

En la Memoria del Poder Judicial de 1985 se estimó necesario que el Defensor del Pueblo pudiera dirigirse directamente al Consejo General, no sólo cuando actuara de oficio, sino también cuando hubiere recibido alguna queja, por ello desde el Poder Judicial se exigía la modificación del artículo 13 de la LODP y el correspondiente reglamentario en el sentido de otorgar competencias al Defensor para que valorando el tipo de reclamación ante él formulada diera traslado de la misma al Consejo General directamente. No obstante, la modificación del artículo 13 aún no ha sido realizada.

La solución a esta problemática pasa por diferenciar entre el poder judicial y la Administración de Justicia, la propia jurisprudencia constitucional ha venido a reconocer la trascendencia entre el concepto amplio de Administración de Justicia y el concepto estricto ya que jurídicamente tiene, al menos, valor para distinguir entre la función jurisdiccional propiamente dicha y la ordenación de los elementos intrínsecamente unidos a la determinación de la independencia con la que debe desarrollarse, por un lado, y otros aspectos que, más o menos unidos a la anterior, le sirven de sustento material o personal del otro²⁵⁰. La actuación de supervisión del primero está completamente vedada al Defensor del Pueblo²⁵¹, pero en la segunda si

²⁴⁸ La oportunidad de este Reglamento para regular cuestiones que no solo exceden de la organización y el funcionamiento de la institución, sino que obligan a otras instituciones ha sido cuestionada por la doctrina.

²⁴⁹ Recordemos que el artículo 8,e) del ROFDP le atribuye al Defensor la misión de mantener relación directa con el Consejo General del Poder Judicial a través de su Presidente.

²⁵⁰ STC 56/1990, de 29 de marzo. En esta sentencia se establecen cuales son los perfiles del concepto de Administración de Justicia.

²⁵¹ Durante los años 1999 y 2000 un 41,5% de las quejas recibidas expresaban su disconformidad con la resolución judicial que se había dictado en los procedimientos judiciales en los que los ciudadanos eran parte. En el año 2001 ese tipo de quejas supuso un 24,5% sobre el total

puede intervenir en defensa de los derechos del Ciudadano. Para la correcta tutela de estos es imprescindible la comunicación fluida entre el Defensor del Pueblo y el Consejo General del Poder Judicial y aunque no existe un cauce legal expreso para sus relaciones institucionalizadas estas han evolucionado desde el recelo y la nulidad de relaciones a una franca colaboración, siendo de especial interés en beneficio de la propia Administración de Justicia²⁵². Un ejemplo de ello es la publicación por parte del Consejo General del Poder Judicial del llamado “Libro Blanco de la Justicia”. Con este texto se pretende ante todo realizar un diagnóstico del estado que presenta la Justicia en España, en su elaboración se contó con todas aquellas instituciones y colectivos que de una u otra forma se relacionan con la Justicia; entre las instituciones consultadas estuvo el Defensor del Pueblo, desde donde se cumplimentaron cuantos informes fueron solicitados para poner en conocimiento del máximo órganos de gobierno del Poder Judicial cuáles eran los datos y los problemas más importantes que, respecto de la Administración de Justicia, habían sido detectados desde el Defensor del Pueblo.

Al libro Blanco de la Justicia le ha seguido el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001, entre el Gobierno de la Nación y los Partidos Popular y Socialista que persigue que la Justicia actúe con rapidez, eficacia y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Entre las prioridades del Pacto de Estado figura la elaboración de una Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia que atienda a los principios de transparencia, información y atención adecuada y que establezca los derechos de los usuarios de la Justicia, principios tantas veces demandados por el Defensor del Pueblo.

recibidas. En todos estos casos desde el Defensor del Pueblo no se realiza ningún tipo de actuación, ya que la pretensión que se plantea está relacionada con la función jurisdiccional que compete única y exclusivamente a los órganos judiciales. La intervención de la Institución en estos casos se limita precisamente a informar a los interesados sobre las competencias que tiene el Defensor del Pueblo y de las vías y recursos que existen en nuestras leyes procesales para hacer efectivo su derecho a recurrir. Vid. ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel Luis, “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 13, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 333 - 361.

²⁵² El estudio de estas relaciones por Granados Pérez a través de las Memorias del Poder Judicial del año 1981 a 1990 nos muestra como en las memorias de 1981, 1982 y 1983 no se menciona al Defensor del Pueblo y desde 1984 la cita de las relaciones entre ambas es rigurosa y han evolucionado desde la designación de un vocal delegado del Consejo para las relaciones con el Defensor del Pueblo hasta la comunicación flexible y directa entre sí. Para más datos ver GRANADOS PÉREZ, C. “*Defensor del Pueblo y Administración de Justicia...*”, págs. 234 a 240.

Esta carta, redactada por un grupo de trabajo constituido en el seno de la Comisión de Seguimiento del Pacto de Estado, por acuerdo unánime de todos sus integrantes, en el que han intervenido representantes de los distintos Grupos Parlamentarios y del Ministerio de Justicia y que ha recogido las iniciativas presentadas por las fuerzas políticas de la Cámara, así como las opiniones y sugerencias de las Instituciones y organizaciones relacionadas con la Administración de Justicia, entre ellas el Defensor del Pueblo, fue aprobada como Proposición no de Ley por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el día 16 de abril de 2002.

La Carta tiene por finalidad hacer operativos los principios de transparencia, información y atención adecuada, contemplados en el Pacto, con la finalidad de conseguir una Administración de Justicia responsable ante los ciudadanos a quienes se habilita para formular sus quejas y sugerencias sobre el funcionamiento de la misma y exigir, en caso, necesario las reparaciones a que hubiere lugar. Además de este derecho a formular quejas y sugerencias, al ciudadano se le reconoce los siguientes derechos en su epígrafe I: a) recibir información general y actualizada sobre el funcionamiento de los juzgados y tribunales y sobre las características y requisitos genéricos de los distintos procedimientos judiciales; b) recibir información transparente sobre el estado, la actividad y los asuntos tramitados y pendientes de todos los órganos jurisdiccionales de España; c) conocer el contenido actualizado de las leyes españolas y de la Unión Europea mediante un sistema electrónico de datos fácilmente accesible; d) conocer el contenido y estado de los procesos en los que se tenga interés legítimo de acuerdo con lo dispuesto en las leyes procesales; e) una justicia comprensible, atenta, responsable, ágil y tecnológicamente avanzada. El epígrafe segundo de la Carta “una Justicia que protege a los más débiles”, plantea alternativas específicas ante colectivos sociales especialmente desfavorecidos, como son las víctimas del delito, los menores, los discapacitados y los inmigrantes, aportando respuestas organizativas a las situaciones lesivas que les afectan.

La Comisión de Justicia e Interior sigue y evalúa el cumplimiento de la Carta a cuyo efecto puede recabar los oportunos informes del Gobierno y de los Órganos del Estado e Instituciones públicas, al tiempo que se dispone que la memoria anual del Consejo General del Poder Judicial presentada ante la Cortes Generales incluya una referencia específica y detallada a las quejas, reclamaciones y sugerencias

formuladas por los ciudadanos sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia²⁵³.

La siguiente tabla nos muestra la síntesis de las relaciones, vía petición y envío de informes, entre el Defensor del Pueblo y el Consejo General del Poder Judicial que vamos a explicar a continuación documentándonos en las Memorias que el Consejo General del Poder Judicial eleva a las Cortes Generales anualmente.

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Peticiones de informe	21	12	20	17	19	34	23	29	30	19	16	26
Informes enviados ²⁵⁴	14	26	19	23	22	26	17	24	35	20	17	25

Relación Defensor del Pueblo – Consejo General del Poder Judicial

En la Memoria de 1991 que incluye el periodo de julio 1990 y mayo 1991, el Defensor del Pueblo dio traslado al Consejo de 21 quejas de particulares en relación al retraso del funcionamiento de la Administración del Justicia y en relación a la falta de satisfacción de las pretensiones de los titulares. Estas quejas, previa información realizada al respecto por el Servicio de Inspección dieron lugar a la adopción por el Consejo de las medidas adecuadas para encauzar la solución de la anomalía denunciada, para recomendar soluciones de carácter estructural relativas al órgano u órganos jurisdiccionales afectados, y, en ocasiones igualmente, para la incoación de expedientes disciplinarios. Todas las informaciones obtenidas de las que ha dado cuenta al Defensor del Pueblo, le han servido al Consejo para intervenir ante el Poder Ejecutivo procurando la adopción de medidas legislativas o la mejora de los recursos personales y materiales de la Administración de Justicia²⁵⁵. Además el Defensor

²⁵³ Vid. SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “*El contencioso español, el contencioso comunitario y la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Administración de Justicia*”, MONTORO CHINER, María Jesús, coordinadora: Libro Homenaje al prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta, La Justicia Administrativa, Edit. Artelier, Barcelona 2003, pags. 47-60.

²⁵⁴ El Consejo General del Poder Judicial, envía alguno de los Informes en años distintos al que son solicitados de ahí que en la tabla no coincidan los números.

²⁵⁵ Una concreción de la adopción de medidas legislativas la encontramos en la Exposición de Motivos de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 16/1994 proclamando en su epígrafe VIII que “*El Consejo del Poder Judicial en sucesivas memorias y el Defensor del Pueblo, en su Informe de 1991, han puesto de manifiesto la necesidad urgente de reformar la regulación de la potestad disciplinaria respecto a Jueces y Magistrados. Es decir, ambas instituciones han coincidido en la valoración de una misma cuestión sobre el autogobierno judicial –*

remitió al Consejo varios estudios sobre la protección de las víctimas de delitos violentos, la notificación de las resoluciones judiciales a quienes no son parte del procedimiento y diversas cuestiones relacionadas con la jurisdicción de menores, estudios que por su elevado interés para los titulares de los órganos jurisdiccionales, fueron publicados en el “Boletín de Información” del Consejo²⁵⁶.

En la Memoria relativa al periodo de junio de 1991 y abril de 1992 las relaciones entre el Defensor del Pueblo y el Consejo presentaron la misma intensidad que en los años anteriores. El Defensor remitió un total de 12 quejas relativas al retraso o el funcionamiento anormal. Además de estas quejas, el Consejo recibió quejas semejantes a través de la Presidencia del Congreso y del Senado a las que se les dio igual tramitación que las que recibió del Defensor. Con independencia de ello, en la Memoria se hace mención de una reunión de trabajo celebrada entre la Consejera delegada de relaciones con el Defensor del Pueblo, el Defensor del Pueblo y sus Adjuntos en octubre de 1991, y también la participación en las Jornadas organizadas por la Cátedra “Joaquín Ruiz Jiménez” de la Universidad Carlos III de Madrid en enero de 1992 sobre “Diez años del Defensor del Pueblo. Problemas y Perspectivas”, y el informe a la Comisión Permanente sobre el trabajo “Estudios y Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España”, que motivó un acuerdo de aquella, en el sentido de dar traslado de las anomalías detectadas en el funcionamiento de los órganos judiciales al Servicio de Inspección para atender a su subsanación y publicar en el Boletín de Información del Consejo las conclusiones y recomendaciones del Informe para conocimiento General de Jueces y Tribunales²⁵⁷.

En la Memoria relativa al periodo comprendido entre los meses de mayo de 1992 y marzo de 1993 las relaciones se mantuvieron a un nivel similar al anterior periodo. Se recibieron del Defensor 20 solicitudes de información sobre la situación de determinados órganos, normalmente a propósito de las quejas presentadas ante aquella por particulares perjudicados por retraso o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. A la vista de las informaciones practicadas se resolvieron 19 expedientes con la adopción de las medidas adecuadas, la recomendación de modificaciones de carácter estructural o la remisión de lo actuado a la Comisión

lo cual presupone un tipo de colaboración distinta de la prefigurada en la Ley del Defensor del Pueblo- y respecto a las dos ha sido sensible el legislador”.

²⁵⁶ Memoria del Consejo General del Poder Judicial, año 1991, pag. 52.

²⁵⁷ Memoria del Consejo General del Poder Judicial, año 1992, págs. 58 y 59.

Disciplinaria a los efectos oportunos. Además, el Consejo recibió tres quejas por conducto del Congreso y una queja por conducto del Senado²⁵⁸.

La Memoria relativa al periodo de abril de 1993 a enero de 1994 y la Memoria relativa al año 1994 no presentan ninguna novedad respecto a la anterior con el simple cambio de que el número de solicitudes de información descendió a 17 en la primera y a 19 en la segunda²⁵⁹.

El año 1996 ha marcado un nuevo hito en las relaciones del Defensor con el Consejo y también en la publicidad de las mismas²⁶⁰. Ello tiene su causa en el acuerdo de 11 de septiembre de 1996 en el que el Pleno del Consejo designó a Margarita RETUERTO BUADES vocal delegada para las Relaciones con el Defensor del Pueblo quien en tal concepto ha desarrollado las actividades tendentes a consolidar la línea de colaboración institucional abierta con el Consejo. Recordemos que Margarita RETUERTO BUADES fue Adjunta Primera con Álvaro GIL-ROBLES y tras el cese de éste por expiración del mandato, Defensor del Pueblo en Funciones, con las ventajas de conocimiento de la institución y las buenas relaciones que ello supone; sin duda el acuerdo del Pleno del Consejo del Poder Judicial en la elección deja ver la voluntad clara del profundizar en las relaciones fluidas entre ambas instituciones.

El Defensor del Pueblo realizó una visita institucional a la sede del Consejo para exponer, en el marco de la Comisión del Libro Blanco, su experiencia y actuaciones sobre las reclamaciones de los ciudadanos sobre la Administración de Justicia. Durante 1996 se recibieron del Defensor 34 peticiones de informe de las cuales 26 se contestaron durante ese mismo año. De las 34 quejas trasladadas casi el cincuenta por ciento se referían a las dilaciones indebidas en la Administración de Justicia. Sobre el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo incidía especialmente esta circunstancia, por esta razón el Defensor del Pueblo formalizó una recomendación en el sentido de incidir en la necesidad de mantener las medidas

²⁵⁸ Memoria del Consejo General del Poder Judicial, año 1993, págs. 73 y 74; y año 1995, pag. 86.

²⁵⁹ Memoria del Consejo General del Poder Judicial, año 1994, pag. 80.

²⁶⁰ Hablamos sobre la publicidad de las quejas porque a partir del año 1996 la referencia más o menos breve a las relaciones del Defensor del Pueblo con el Consejo contenidas en las Memorias se transformaron en un referencia más amplia concretando las quejas por los distintos órdenes jurisdiccionales y otro apartado de quejas que versaba sobre aspectos concretos relativos al funcionamiento de la Administración de Justicia y a las actuaciones jurisdiccionales. Además desde 1997 incluso se publica un cuadro informativo de todas las quejas presentadas y la fecha de contestación de las mismas, dejando ver la eficacia de las mismas.

de apoyo y refuerzo a estas Salas, en la necesidad de reformar la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo y de poner en marcha los Juzgados Unipersonales de este orden jurisdiccional, así como la necesidad de dotación de medios técnicos e informáticos a estos órganos a fin de asegurar su mejor funcionamiento. Por su parte el Consejo General del Poder Judicial, tras compartir con el Defensor idénticas preocupaciones aceptó las recomendaciones que eran de su competencia²⁶¹.

En 1997 las peticiones de informe recibidas del Defensor del Pueblo fueron 23 de las cuales 17 se contestaron en el mismo año. En todos los casos las contestaciones fueron precedidas del correspondiente informe del órgano del Consejo afectado por el contenido de la solicitud. Dos de las peticiones de informe afectaban al retraso en la tramitación de procedimientos por la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta memoria se reconoce que la recomendación realizada por el Defensor del Pueblo en 1996 fue examinada en 1997 en el Libro Blanco de la Justicia²⁶².

Durante el año 1998 se recibieron 29 peticiones de informe desde la Oficina del Defensor del Pueblo de ellas 18 fueron contestadas durante el mismo año 1998, 10 durante el primer trimestre de 1999 y una con posterioridad. En esta Memoria aparte de la relación detallada de las quejas y la fecha en la que fueron contestadas y de los gráficos que muestran las causas de las quejas, es necesario hacer especial mención ya que junto a las quejas o peticiones de información remitidas por el Defensor del Pueblo, el Consejo General del Poder Judicial recibió una queja remitida desde la Comunidad Autónoma de Aragón por su Justicia, y desde la Comunidad de Canarias, por el Diputado del Común²⁶³.

Durante el año 1999, el Consejo General del Poder Judicial recibió 30 peticiones de informe desde la Oficina del Defensor del Pueblo y cuatro del Diputado del Común. De las peticiones recibidas, 25 fueron contestadas durante el año 1999 y 5 durante el año 2000. En todos los casos, la respuesta fue precedida del correspondiente informe del órgano del Consejo afectado por el contenido de la solicitud. Dada la naturaleza de las peticiones de informe, el órgano del Consejo que remitió los correspondientes informes en la mayor parte de los casos, fue el Servicio de Inspección. Diecinueve peticiones de informes tuvieron como razón el retraso en

²⁶¹ Memoria del Consejo General del Poder Judicial, año 1997, págs. 115 – 118.

²⁶² Memoria del Consejo General del Poder Judicial, año 1998, págs. 96 – 101.

²⁶³ Memoria del Consejo General del Poder, año 1999, págs. 123 - 125.

la tramitación del procedimiento; cuatro se refirieron a asuntos relacionados con el funcionamiento del propio Consejo General del Poder Judicial y seis a temas de diversa índole (informe sobre datos de sustracción de menores, servicio de atención al ciudadano, etc.)²⁶⁴.

Durante el año 2001 hubo una disminución de las peticiones de informe, pues se recibieron 16 peticiones de informe desde la Oficina del Defensor del Pueblo. De las 16 peticiones recibidas desde la oficina del Defensor del Pueblo en el año 2001, 12 fueron contestadas durante el año 2001, estando pendientes de informe de distintos servicios del Consejo las 4 restantes.

En todo caso, la respuesta ha ido precedida del correspondiente informe del órgano del Consejo afectado por el contenido de la solicitud que dada la naturaleza de las peticiones de informe, en la mayor parte de los casos fue el Servicio de Inspección. Los informes solicitados se refirieron, de nuevo básicamente, a retrasos en la tramitación de procedimientos, en seis de ellos, a disfunciones en Juzgados y Tribunales, tales como insuficiencias de Juzgados y plantillas, en tres), y el resto, siete, a temas de diversa índole (mayor eficacia en la cancelación de órdenes de busca y captura, quejas por la atención recibida en algunos órganos judiciales, como más significativos)²⁶⁵.

Poniendo estos datos en relación con los del 2000 se puede destacar que el orden jurisdiccional que más peticiones de informe genera es el contencioso-administrativo y, en otro orden de ideas, que ha habido una disminución de asuntos relacionados con el ámbito competencial del propio Consejo General del Poder Judicial.

En el año 2002 hubo, respecto al año anterior, un incremento notable ya que se recibieron 26 peticiones de informe de la Oficina del Defensor del Pueblo y siete del Diputado del Común. Respecto a las 26 peticiones del Defensor, 25 fueron contestadas ese mismo año, y sólo una quedó pendiente del informe del Servicio de Inspección. Los motivos de las quejas se refieren también básicamente a retrasos en la tramitación de procedimientos, tardanza en la resolución de recursos, disfunciones en Juzgados y Tribunales, etc. Las medidas adoptadas o propuestas para mejorar el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales afectados fueron: propuesta de creación de nuevos Juzgados, creación de nuevos puestos de trabajo, refuerzo de

²⁶⁴ Memoria del Consejo General del Poder Judicial, año 2000, págs. 124 - 126.

²⁶⁵ Memoria del Consejo General del Poder Judicial, año 2002, págs. 126 y 127.

plantillas, etc. El orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo fue el segundo que más peticiones generó²⁶⁶.

Dejamos constancia por tanto de que la labor conjunta del Defensor del Pueblo y el Consejo General del Poder Judicial en este ámbito ha sido imprescindible para potenciar la sensibilidad de las otras Administraciones en asuntos de sus respectivas competencias que pueden dificultar la ejecución de las resoluciones de los Tribunales; para propiciar importantes reformas legislativas en beneficio de esa misma eficacia y de una mejor protección de los derechos de los justiciables; para denunciar por un lado la escasez de medios personales y materiales en las oficinas judiciales; y por otro las dejaciones y dilaciones de la labor de jueces y Magistrados.

La participación del Ministerio Fiscal en la Administración de Justicia se encuentra reconocida constitucionalmente en el artículo 124.1 de nuestra Carta Magna, refiriéndose especialmente a la Defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley. La relación que se ha mantenido desde la entrada en vigor de la LODP hasta este momento puede ser calificada de fructífera²⁶⁷. Al margen de los datos cuantitativos relativos al número de quejas nuevas en las que ha intervenido la Fiscalía, las sugerencias y recomendaciones realizadas desde el Defensor del Pueblo a la Fiscalía General del Estado han provocado en algunas ocasiones una serie de instrucciones o circulares de carácter general que han servido para que los fiscales pudieran contar con apoyos jurídicos más efectivos y garantistas a la hora de llevar a cabo su cometido en defensa de los derechos fundamentales.

La intervención del Defensor del Pueblo tiene su exclusiva razón de ser en tutelar los derechos de los ciudadanos y a través de esta tutela denunciar situaciones anómalas y proponer y sugerir soluciones que contribuyan a la modernización y al buen funcionamiento también de la Administración de Justicia. Lo que no cabe es utilizar el escudo de la inaccesible función jurisdiccional y la independencia de los jueces y Tribunales para limitar, en terrenos ajenos a las estricta función jurisdiccional y que no afecta a la independencia de Jueces y Tribunales, la

²⁶⁶ Memoria del Consejo General del Poder Judicial, año 2003, págs. 409 - 415.

²⁶⁷ Para ver los datos relativos al número de quejas nuevas en las que ha intervenido dicha Fiscalía consultar la memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 1998.

supervisión de la Administración de Justicia por parte del Defensor del Pueblo cuando esta Institución es la primera en defender esas prerrogativas²⁶⁸.

Recordemos que el Defensor del Pueblo carece de fuerza coercitiva y es simplemente una magistratura de opinión que denuncia situaciones y en muchas ocasiones se ha adelantado a situaciones que de haber sido tenidas en cuenta hubiera evitado situaciones difíciles a nuestro ya desacreditado sistema judicial. De hay que la labor del Defensor del Pueblo que valoramos útil, eficaz y comprometida con los valores y principios democráticos de un Estado social y de derecho, pueda parecer inútil y sin efectos debido a la desatención de sus sugerencias y recomendaciones.

A nuestro juicio esta situación podía haber quedado completamente solucionada si se hubiera previsto claramente la competencia del Defensor en supervisar la Administración de Justicia entendiendo por tal la maquinaria administrativa y burocrática que configura el servicio público, interpretando el término supervisar de un modo amplio y material que comprende realizar por si mismo la investigación oportuna y remitir al Ministerio Fiscal o al Consejo General del Poder Judicial las sugerencias que considere oportunas obligando al que ha sido sugerido a emitir un escrito de aceptación o no aceptación en este caso motivado, de las sugerencias y descripción de las medidas adoptadas. Del mismo modo no hubiera estado de más que en este reconocimiento de competencia se enunciara que el principio que ha de orientar esta actuación ha de ser el de respeto estricto a la autonomía del poder judicial en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Una contradicción más existe entre la LODP y su Reglamento. De hecho la Ley en el artículo 13 establece con carácter potestativo que el Defensor del Pueblo podrá realizar las referencias que estime pertinentes en relación al traslado que haga al Ministerio Fiscal de las quejas recibidas sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia, mientras que en el texto del artículo 25.3 de su Reglamento la referencia en el informe a la transmisión de las quejas al Ministerio Fiscal tiene un carácter imperativo.

El tratamiento que ha dado el legislador autonómico a esta cuestión ha presentado diversas soluciones: las Leyes del Sindic de Greuges catalán y balear omiten cualquier referencia a la Administración de Justicia.

²⁶⁸ Vid. GRANADOS PÉREZ, C. “*Defensor del Pueblo y Administración de Justicia...*”, Cit. págs. 244.

La Ley del Valedor del Pueblo Gallego en el artículo 16.3 hace una referencia genérica a las demás Administraciones públicas, entre las que debemos incluir la Administración de Justicia, para aclarar que sobre estas ejercerá las funciones que le correspondan dentro de los principios de coordinación, cooperación y colaboración establecidos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, y en la ley 36/1985, de 6 de noviembre.

La Ley del Síndico de Agravios en el artículo 13 excluye tajantemente, salvo en caso de delegación expresa por el Defensor del Pueblo, la Administración de Justicia de su ámbito de competencias remitiendo las quejas que reciba al Defensor del Pueblo.

La Ley del Ararteko en su artículo 9.2 expone brevemente que las quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, las remitirá al órgano con capacidad para investigar o resolver, sin más concreción.

Por su parte la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz en su artículo 15, la Ley del Defensor de Castilla la Mancha también en su artículo 15 y la Ley del Diputado del Común en su artículo 19 si concretan que estas quejas deberán remitirse al Ministerio Fiscal o al Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de hacer una referencia en el Informe anual. La Ley foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad foral de Navarra se pronuncia en el mismo sentido de las leyes anteriores, pero añade un dato más ya que en el apartado 2 del artículo 13 prevé que con carácter previo a la remisión de las quejas pueda trasladarlas al órgano judicial afectado, a la Audiencia Provincial, o al Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Es justo destacar que la regulación del Diputado del Común es mucho más detallada que la del Defensor del Pueblo Andaluz que se limita a transcribir el precepto de la LODP, aquella precisa que la remisión se realizará una vez admitida la queja e incluso prevé, a nuestro modo de ver con gran acierto, que dicha remisión no impedirá que el Diputado del Común, con carácter previo a la admisión de la queja, realice cuantas actuaciones sean necesarias para delimitar la naturaleza y el alcance de la misma. A tales efectos podrá dirigirse al interesado, a los órganos de la Administración de Justicia en Canarias y a cualquier otro organismo, corporación, entidad o profesional que pueda aportar la información necesaria para la admisión, en su caso, de aquella; todo ellos sin perjuicio de que para facilitar las relaciones de la institución con la Administración de Justicia pueda suscribir convenios de colaboración con el Ministerio Fiscal, con el Consejo General del Poder Judicial y con la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Por su parte la Ley del Procurador del Común y la Ley del Justicia de Aragón no hacen más mención a la Administración de Justicia que la relativa al artículo 22 y 23 respectivamente en la que establece que cuando una la resolución de los Tribunales infrinja el Estatuto de autonomía lo pondrá en conocimiento del Defensor del Pueblo a los efectos de la interposición, si procede, del recurso de amparo. La diferencia de estas dos últimas leyes radica en que se refieren al contenido de una resolución de los Tribunales que han infringido el Estatuto de autonomía en cuanto han supuesto el desconocimiento de un derecho fundamental; mientras que las de las restantes leyes autonómicas al igual que la LODP se refieren al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia en cuanto máquina burocrática y servicio público como anteriormente se ha tratado.

En síntesis las soluciones dadas por las leyes autonómicas se clasifican entre aquellas que establecen la remisión al Defensor del Pueblo, aquellas que remiten directamente al Ministerio Fiscal²⁶⁹ o al Consejo General del Poder Judicial y aquellas que no concretan el órgano.

3.2.1.2. Conductas o hechos presumiblemente delictivos

Cuando el Defensor del Pueblo, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tiene conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictivos lo pone de inmediato en conocimiento del Fiscal General de Estado. La conducta o hechos presumiblemente delictivos se refieren tanto a los que se deriven del objeto de la queja como los que se deriven del comportamiento poco colaborador del funcionario o autoridad en la emisión del informe inicial o en cualquier actuación que abarque la investigación²⁷⁰.

Además de ello la ley configura para el Ministerio Fiscal dos obligaciones: por un lado, informar periódicamente al Defensor del Pueblo, o cuando éste lo solicite, del trámite en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia; por otro lado, poner en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas posibles

²⁶⁹ La Ley 36/1985 es la que concreta que, en su caso, la relación del Comisionado Parlamentario Autonómico será con el Fiscal que corresponda en el respectivo ámbito territorial.

²⁷⁰ La enmienda número 101, del Grupo Coalición Democrática, presentada al artículo 27 de la proposición perseguía no sólo impulsar la responsabilidad penal sino también la administrativa añadiendo que junto a la puesta en conocimiento de tales hechos o conductas al Ministerio Fiscal también facilitaría los documentos e informaciones obtenidos en el curso de su investigación al superior jerárquico del funcionario cuando considerara que la conducta fuera presumiblemente antirreglamentaria a los efectos de instar la instrucción del oportuno expediente disciplinario. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 57.

irregularidades administrativas de las que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones²⁷¹.

Las leyes autonómicas también prevén supuestos en los que los Comisionados Parlamentarios autonómicos se relacionan con el Ministerio Fiscal. En el caso del Justicia de Aragón, éste pone en conocimiento del Ministerio Fiscal las irregularidades que descubra en el funcionamiento de la Administración y los supuestos en los que una autoridad o funcionario incumpla la obligación de auxilio que debe prestar al Justicia²⁷².

La ley del Síndico de Agravios concreta más y de tener éste conocimiento de conductas o hechos presumiblemente delictivos lo ha de poner de inmediato en conocimiento del Fiscal Jefe del Tribunal de Justicia Valenciano. Además de ello, si en un plazo razonable no se adopta por la autoridad o funcionario afectado las medidas oportunas indicadas por el Síndico y con las que ha concluido su procedimiento de investigación o no se informa al mismo sobre las razones de su no adopción podrá dirigirse al Ministerio Fiscal si observa indicios de responsabilidad penal. Por su parte, el Fiscal Jefe del Tribunal de Justicia Valenciano tiene la

²⁷¹ Esta cuestión se regulaba en el artículo 27 de la proposición de ley prácticamente en los mismos términos que el actual artículo 25 de la LODP, pero la expresión verbal utilizada para la primera obligación que se imponía al Ministerio Fiscal enfatizaba aún más su contenido: “*el Fiscal General del Estado vendrá obligado a informar periódicamente...*”. Este énfasis se eliminó en la sede de la Cámara baja por la enmienda número 40, del Grupo Centrista UCD. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 39.

A su paso por el Senado, el contenido de este artículo quedó reducido a una vaga e imprecisa cláusula de remisión de antecedentes al Ministerio Fiscal al eliminarse las obligaciones de comunicación recíproca entre ambas instituciones. Esta modificación aprobada en la Cámara alta fue el fruto de la enmienda número 30, del Grupo de Unión de Centro Democrático, que justificaba la sustitución del texto aprobado en el Congreso por el siguiente: “*El Defensor del Pueblo dará traslado de los antecedentes oportunos al Fiscal General del Estado en los casos en que la obstrucción de sus investigaciones, por parte de autoridades y funcionarios, pudiere presentar indicios de responsabilidad criminal*”, esta sustitución respondía a que el texto del artículo no se correspondía con la rúbrica del Capítulo, “*responsabilidades de los funcionarios*”, porque la materia que se regulaba era la concerniente a los casos en que el Defensor conociera la existencia de hechos que revistieran el carácter de delito, sea quien fuere su autor. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 168.

Como se puede observar en el estudio comparado de ambos textos, el del Congreso hacía mención no solo a las actuaciones que obstruían la investigación sino al objeto mismo de la investigación, mientras que el texto del Senado hace sólo mención a los casos de obstrucción de sus investigaciones, sin perjuicio del deber de denunciar cuando tuviere conocimiento de actos con carácter presuntamente delictivos y que reconocía el texto aprobado por el Senado en su artículo 22.4. Además esta redacción al suprimir la obligación de informar periódicamente al Defensor produce un vacío normativo respecto a cómo se va a relacionar el Fiscal General del Estado y el Defensor del Pueblo. Finalmente el Congreso al rechazar las enmiendas aprobadas en el Senado asentó el sistema de relaciones que se diseñó en la proposición de Ley.

²⁷² Artículo 21.3 y en el artículo 5.2, de la Ley reguladora del Justicia de Aragón.

obligación de informar periódicamente al Síndico o cuando éste lo solicite del trámite en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia²⁷³.

Otra peculiaridad la presenta el Diputado del Común, pues con el fin de facilitar las relaciones de la institución con la Administración de Justicia se podrán suscribir convenios de colaboración con el Ministerio Fiscal, con el Consejo General del Poder Judicial y con la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Canarias²⁷⁴.

Las restantes leyes autonómicas se pronuncian en el sentido de obligar al Comisionado Parlamentario Autonómico a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal aquellos hechos que estén revestidos de indicios criminales sin atribuirle ninguna obligación al Ministerio Fiscal respecto del Comisionado Parlamentario²⁷⁵.

4. Las deficiencias del Procedimiento del Defensor del Pueblo

No todo en el procedimiento del Defensor del Pueblo son virtudes y bondades. En su misión de supervisar las Administraciones públicas y de tutelar los Derechos del Título I de la Constitución existen aspectos que son susceptibles de mejora.

Ni el Defensor del Pueblo ni los Comisionados Parlamentarios son competentes para modificar ni anular los actos y resoluciones emitidos por el aparato administrativo, sino que formulan sugerencias, advertencias, recomendaciones y recordatorios de deberes legales que en muchos casos quedan en el aire. La competencia para revisar, revocar y modificar actos administrativos corresponde exclusivamente a la Administración pública y nunca, de forma directa, al Defensor del Pueblo. En la actualidad esta competencia resulta obvia y se corresponde perfectamente con el perfil persuasivo que dibuja la LODP para el Defensor del

²⁷³ Artículo 25 y el artículo 29.2 de la Ley reguladora del Síndico de Agravios.

²⁷⁴ Artículo 19.3 de la Ley del Diputado del Común.

²⁷⁵ Ley del Diputado del Común artículos 19.3 y 32; Ley del Ararteko artículos 21.3 y 29; Ley del Sindic de Greuges de Cataluña artículo 26; Ley del Sindic de Greuges de Baleares en el artículo 21; Ley del Procurador del Común artículo 18.2 y 3; ley del Defensor del Pueblo Andaluz en el artículo 24; ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en el artículo 24 y ley del Valedor del Pueblo en el artículo 25.

Pueblo, pero en el momento de la aprobación de esta Ley era importante distinguir nítidamente las competencias entre la Administración y el Defensor del Pueblo²⁷⁶.

Ahora bien, la deficiencia no proviene de la Institución del Ombudsman, pues ésta es una magistratura de persuasión o de opinión sin ninguna fuerza vinculante en sus resoluciones, salvo en el caso de la actividad mediadora cuya vinculación no procede de la institución misma sino del acuerdo y la voluntad de las partes que estaban en conflicto, de un lado la Administración y de otro el ciudadano.

La deficiencia del procedimiento del Defensor del Pueblo procede, como se puede observar en sus informes anuales y especiales, de la falta de atención que le presta no sólo la Administración sino también el Legislador. Esta falta de atención se materializa en el caso de la Administración en la actitud intencionada de ignorar, de un lado, el procedimiento de investigación y la emisión de los informes pertinentes, y de otro lado, en la actitud intencionada de ignorar las resoluciones que tras concluir la investigación se le envía para que con posterioridad la institución afectada se pronuncie de su intención de adoptar la sugerencia, la advertencia o la recomendación o, por el contrario para que se pronuncie sobre las razones para no adoptarlas.

En cuanto a las relaciones del Defensor del Pueblo con las Cortes Generales y las relaciones de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos con sus respectivos Parlamentos también existen aspectos susceptibles de mejorar. Uno de estos aspectos que trataremos consiste en la necesidad de llevar a cabo un debate monográfico más profundo y amplio de las cuestiones que se contienen en los informes que presentan ante las Cámaras legislativas. A nuestro juicio este debate monográfico debería llevarse a cabo en las comisiones sectoriales competentes por razón de la materia y no en la Comisión Mixta Congreso-Senado o en la Comisión del Parlamento Autonómico que se establezca para relacionarse con el Comisionado Parlamentario Autonómico. Este mecanismo enunciado es mucho más adecuado para que las Asambleas legislativas adopten las iniciativas adecuadas para la defensa y promoción de los derechos del Título I de la Constitución. Ello es así porque si el Defensor es el que pone en marcha el mecanismo que permite detectar las irregularidades que se producen en la protección de los derechos constitucionales, son sin duda las Cortes Generales, las que deben, como órgano en el que reside la soberanía popular y, desde

²⁷⁶ Vid. IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 28, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 681 - 711.

el que se ejerce el control del ejecutivo, hacer suyas las iniciativas y someter al debate público parlamentario las conclusiones que se derivan de los informes. El diálogo entre el reclamante, el Defensor del Pueblo, las Cortes y la opinión Pública es la garantía del funcionamiento, eficaz y democrático, de la propia institución.

Comencemos por tanto analizando las deficiencias en la conclusión del procedimiento del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Parlamentarios, para después proceder al análisis de las relaciones de las instituciones citadas con las respectivas asambleas legislativas.

4.1. La conclusión del procedimiento

Una vez concluida la fase investigadora el procedimiento llega a su fin, distinguiéndose una terminación normal y una terminación anormal o suspensión temporal del mismo que se produce en aquellos casos en los que el Defensor del Pueblo se ve imposibilitado de completar la investigación a causa de cualquier perturbación ajena a su voluntad como la conducta hostil y entorpecedora de algún funcionario o la calificación como secreta de algún documento. Ello le obliga a recabar el apoyo del Parlamento o del Ministerio Fiscal.

La terminación normal se produce en aquellos supuestos en los que el Defensor del Pueblo o bien ha rechazado la queja por ser inadecuada, o bien la Administración se niega terminantemente a solucionarla, o bien cuando el Defensor y la Administración han llegado a un acuerdo satisfactorio canalizado a través de las advertencias, recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para adopción de nuevas medidas que dirige el primero a la segunda o especialmente a los funcionarios, teniendo todas ellas fiel constancia en el informe que presenta ante el Parlamento.

No debemos olvidar que la función del Defensor del Pueblo no se agota en la producción de una simple declaración de voluntad valorando una situación o actuación administrativa, sino que, antes bien, la función del Defensor del Pueblo es la de la protección de los derechos fundamentales y promover la regular actuación administrativa, por lo que debe entenderse de forma unitaria desde la iniciación de la queja hasta la modificación de la situación que dio motivo a la misma. En este sentido ni siquiera en el informe anual a las Cortes Generales agota la terminación de cualquier investigación, antes al contrario, existen numerosos precedentes de situaciones que sólo tras una denuncia continuada y permanente durante varios años, reflejada oportunamente en cada uno de los informes anuales consecutivos, han

encontrado eco y solución mediante una rectificación de la Administración. El seguimiento que la institución realiza de cada expediente no se agota hasta la efectiva modificación de los criterios administrativos que dieron lugar al convencimiento institucional de que la situación respecto del ciudadano debe ser corregida para la protección de sus derechos fundamentales o para garantizar el adecuado funcionamiento administrativo²⁷⁷.

Otras veces la denuncia continuada y permanente durante varios años, reflejada oportunamente en cada uno de los informes anuales consecutivos, no ha encontrado eco ni solución pues la Administración Pública no ha rectificado su conducta.²⁷⁸

La LODP parte de una negación aclaratoria de las funciones del Defensor del Pueblo al establecer que no es competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública²⁷⁹. Sin embargo puede hacer sugerencias que podemos clasificar en dos grupos si seguimos un criterio subjetivo de a quién van dirigidas, o en tres grupos si seguimos un criterio objetivo por el contenido de las mismas.

En atención al primer criterio, la sugerencia es dirigida o bien a la Administración o bien al órgano legislativo competente; en atención al segundo criterio y en cuanto a las sugerencias dirigidas a la Administración éstas pueden tener tres contenidos: por un lado pueden sugerir la modificación de los criterios utilizados

²⁷⁷ Vid. PALACIO VALLE-LERSUNDI, José María “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 19..., cit. pag. 497.

²⁷⁸ Un ejemplo de ello lo tenemos en la queja 94/1355 citada anteriormente y relativa al incumplimiento de las visitas públicas gratuitas del Bien de Interés Cultural denominado “Casa de Pilatos”. El expediente se inició el 5 de agosto de 1994 y tres años y cuatro meses después, tras la actuación del Defensor del Pueblo la Administración autonómica cultural no había adoptado medida alguna para impedir dicha conducta irregular. Ver Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 279 a 286. Otro ejemplo de la tramitación de una queja que se prolonga en el tiempo lo encontramos en la queja que investiga la ampliación del Aeropuerto Madrid-Barajas que se inició en 1994 y de la que aún tenemos referencias en el Informe de 2002. El estudio desarrollado de ambas quejas lo llevamos a cabo en la página 530 y en la página 626 respectivamente.

²⁷⁹ Esta previsión se encuentra en el artículo 28 de la LODP cuya redacción final en nada varió del artículo 18 de la proposición de ley. La proposición de ley no tenía establecida ninguna división sistemática, esta fue introducida por la Comisión Constitucional en el seno de la Cámara baja y aunque en su mayor parte se limitó a introducir los Títulos y Capítulos in variando el orden de los artículos este no fue el caso del artículo 18 que en la proposición de ley se encontraba ubicado entre los artículos que regulaban la competencia y el inicio del procedimiento, mientras que la Comisión en su dictamen publicado en el B.O.C. G., Congreso de los Diputados, núm. 39-II, de 7 de noviembre de 1980, serie B, lo ubicaba como en la actualidad entre los últimos artículos del texto una vez que había finalizado aquellos relativos al procedimiento.

para la producción de actos y resoluciones²⁸⁰, y por otro lado pueden sugerir a la Administración que modifique una norma reglamentaria que haya dictado si como consecuencia de las investigaciones realizadas el Defensor del Pueblo llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la misma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados²⁸¹. Para el caso de normas con rango de ley la sugerencia puede tener como contenido pedir al Gobierno que haga uso de su competencia para proponer al Parlamento una reforma legislativa. Por último, la sugerencia podrá instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de las potestades de inspección y sanción si las actuaciones se hubieran realizado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante²⁸².

Sobre este último contenido hagamos dos puntualizaciones. En primer lugar, Esta previsión tiene gran trascendencia si atendemos que la técnica de la habilitación a particulares para prestar servicios públicos es muy frecuentemente utilizada y de ella y la intermediación privada no puede derivarse una desprotección de los derechos cuya tutela y defensa han sido atribuidos por la previsión constitucional del artículo 54 al Defensor del Pueblo.

La segunda puntualización incide en la posibilidad de instar de la Administración no solo la inspección sino la sanción. Con anterioridad pudimos observar como el legislador ha sido temeroso de prever expresamente la competencia

²⁸⁰ Esta referencia a los criterios fue introducida a raíz de la aceptación de la enmienda número 92 del Grupo de Coalición Democrática formulada en el Congreso de los Diputados. Esta enmienda inspiró a la Ponencia en la utilización expresa del término “criterios” aunque el texto de la misma era el siguiente: “*El Defensor del Pueblo carece de atribuciones para modificar o anular los actos y resoluciones de las Administraciones Públicas, pero podrá sugerir su modificación o anulación, cambiar su fundamentación o adoptar otras medidas*”. Sobre esta competencia para solicitar a la Administración la revisión y la revocación de actos que haya sido sometidos a la consideración del Defensor del Pueblo nos remitimos a IGLESIAS GONZÁLEZ, Felipe, “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 28, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 681 - 711.

²⁸¹ La utilización de este término fue objeto de cierta reticencia que se manifestó en la forma de presentación de una enmienda en el Senado por el Grupo Parlamentario de Unión de centro Democrático que sustituía “administrados” por “ciudadanos”. Aunque el término de “ciudadanos” nos parece más correcto y acorde con nuestro sistema político constitucional que el de “administrados” la Ponencia y la Comisión no aceptaron esta sustitución.

²⁸² Esta posibilidad no estaba contemplada en la proposición de ley que tuvo su entrada en el Congreso de los Diputados el 5 de junio de 1979, fue a raíz de la enmienda número 33 del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático, presentada y aceptada sin discusión alguna en el Senado cuando se incorporó para contemplar aquellos casos en los que los derechos tutelados no habían sido menoscabados por la Administración misma sino por sus agentes, colaboradores o concesionarios. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 170.

del Defensor del Pueblo para instar de la Administración o del funcionario o autoridad competente el inicio de un expediente disciplinario cuando las actuaciones practicadas revelen que la queja ha sido originada presumiblemente por el abuso, la arbitrariedad, la discriminación, el error, la negligencia o la omisión de un funcionario; y sin embargo acepta de buen grado y sin discusión alguna la posibilidad de instar la inspección y sanción en el caso de que el servicio público sea prestado por particulares habilitados. En el análisis que hemos hecho de las quejas recibidas por el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz relativas al espacio marítimo-terrestre, al patrimonio histórico y a la contaminación acústica, observaremos como se ha hecho por parte de ambas Instituciones hincapié en la necesidad de que las Administraciones públicas ejerzan adecuadamente sus potestades de inspección y sanción.

Antes de comentar el contenido de la sugerencia que se dirige al órgano legislativo competente precisemos qué debemos entender por órgano legislativo competente, a nuestro modo de ver el legislador se ha referido no sólo al Congreso o al Senado sino también a las Asambleas o Parlamentos autonómicos, no en vano el artículo 12 de la LODP ha atribuido al Defensor del Pueblo la competencia para supervisar por sí mismo, de oficio o a instancia de parte, la actividad de la Comunidad Autónoma, nótese que el tenor literal de la ley dice “*actividad de la Comunidad Autónoma*” y no actividad de la Administración Autonómica.

Por lo que respecta al contenido, el Defensor del Pueblo se dirige al órgano legislativo competente para instar la modificación de una norma en aquellos casos en los que ha llegado al convencimiento, tras las actuaciones de investigación correspondientes, de que su cumplimiento riguroso puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados. La amplitud de la expresión “*situaciones injustas o perjudiciales*” permite una formidable extensión de las atribuciones del Defensor del Pueblo, de forma que el canon para poder sugerir una modificación normativa se concentra en dos expresiones sumamente amplias y susceptibles de una alta dosis de justificación valorativa: la injusticia y la existencia de perjuicio. Como contraste, nada aporta el inciso referido al “*cumplimiento riguroso*” de la norma como origen de las situaciones injustas o perjudiciales que provoquen la intervención del Defensor del Pueblo, dado que en estrictos términos legales, no se puede afirmar la existencia de un cumplimiento “*riguroso*” de la norma; la norma sencillamente se cumple o no, concurra o no el presupuesto de hecho que provoca la actuación de la Administración pública competente; en otros términos, resulta irrelevante que haya o no un pretendido cumplimiento riguroso de la norma, que será objeto de una valoración de índole estrictamente personal, dado

que lo que resulta relevante son los efectos que el cumplimiento de la norma genera a los ciudadanos.

No sólo son sugerencias las resoluciones que puede emitir el Defensor del Pueblo, entendiendo por sugerencias toda resolución no conflictual, sino, por el contrario, razonadora e impulsora de cambios asumibles por la Administración o el funcionario²⁸³, sino que el artículo 30 de la LODP recoge toda una tipología: Advertencias, recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. Si buscamos en la proposición de ley no encontramos ningún precepto que sea el equivalente a este artículo ya que fue introducido *ex novo* a través de una enmienda formulada en el Congreso²⁸⁴ que sirvió de inspiración para la redacción que definitivamente adoptaría. Esta enmienda ampliaba las formas que podían adoptar los resultados de las investigaciones del Defensor con la finalidad de conseguir un efecto positivo o su reconsideración por la autoridad de mayor jerarquía. Este nuevo precepto introducido establecía que el Defensor del Pueblo como consecuencia de sus investigaciones motivadas por una queja o por su propia iniciativa podía formular recomendaciones y advertencias a las autoridades administrativas y a los funcionarios, así como sugerir nuevas medidas e incluso recordarles sus deberes y obligaciones y obtener una contestación respecto al caso que le motivase. Este carácter potestativo de la obtención de una contestación que deducimos por la utilización del verbo poder, se convirtió en rotunda obligación a su paso por el Senado gracias a una enmienda²⁸⁵. De este modo a las autoridades y funcionarios se les obliga en todos los casos no sólo a responder por escrito sino a hacerlo dentro del plazo de un mes.

Un sector de la doctrina encabezado por el profesor PÉREZ CALVO considera que a pesar del escaso rigor terminológico del precepto, se desprende que la figura general es la recomendación y que los diferentes supuestos a que el artículo 31.1 alude mediante el empleo de los demás vocablos no son sino diferentes variantes que la recomendación puede emplear. Ello implica que habrá

²⁸³ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A., “El Control parlamentario...”, cit. pag. 308.

²⁸⁴ Enmienda número 106 del Grupo Coalición Democrática. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 58.

²⁸⁵ Enmienda número 34 del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 170.

recomendaciones que impliquen una advertencia, un recordatorio de los deberes legales o una sugerencia para la adopción de nuevas medidas²⁸⁶.

Sin embargo otro sector de la doctrina encabezado por el profesor GIL-ROBLES diferencia estas resoluciones no sólo por el contenido sino porque responden a situaciones diferentes y peculiares; de ahí que entre ellas singularice a las advertencias como las resoluciones que el Defensor del Pueblo debe dictar ante dos situaciones especialmente: cuando no se advierta ilegalidad ni conducta especialmente dolosa del funcionario pero sí se considere poco diligente o excesivamente descortés, y cuando existan problemas de organización interna que perturben el buen funcionamiento del servicio. El recordatorio de deberes presenta gran semejanza con las advertencias pero se reviste de una cierta amonestación para el funcionario por incumplimiento comprobado de los deberes y por ello su contenido negativo o crítico hacia el servicio o la persona es muy superior²⁸⁷.

A la vista de la práctica del Defensor del Pueblo, éste considera que: “las recomendaciones son resoluciones fundamentadas en los principios constitucionales, mediante las que el Defensor del Pueblo se dirige a las Administraciones públicas o a los órganos legislativos para exponerles la conveniencia de dictar una determinada norma o modificar alguna de las existentes, bien por razones de adecuación constitucional bien por sometimiento a los Tratados internacionales que se hayan ratificado, con el fin de evitar contradicciones normativas o para llenar un determinado vacío legal. Las sugerencias, por otro lado, son resoluciones del Defensor del Pueblo que instan a las Administraciones a que modifiquen un acto concreto, cambien de criterio en su aplicación, acuerden un determinado acto o se abstengan de resolver aunque no venga existiendo actuación administrativa irregular”²⁸⁸

Esta misma tipología o variantes de resoluciones incluso con identidad de contenidos se diseñan en las leyes autonómicas²⁸⁹. Otras contemplan las mismas

²⁸⁶ Vid. PÉREZ CALVO, A. “Comentario al artículo 54...”, cit. pag. 566.

²⁸⁷ Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A “El Control parlamentario...”, cit. pag. 310.

²⁸⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales correspondiente a la gestión realizada durante el año 2000, págs. 61 – 62.

²⁸⁹ Artículo 19 y 20.2 de la Ley del Procurador del Común; artículo 28 y 29 de la Ley del Síndico de Agravios; artículo 36 y 37 de la Ley del Diputado del Común; Artículo 22 y 23.2 de la Ley del Síndic de Greuges de Baleares; artículo 29, 30 y 31 de la Ley del Valedor; artículos 28 y 29 de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz y los artículos 27 y 28 de la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha que contemplan la posibilidad de instar de la Administración el ejercicio de sus facultades de inspección y sanción si las actuaciones objeto de la queja se produjeron con ocasión de

resoluciones que la LODP aunque de una manera más peculiar ya que establecen que las recomendaciones no sólo irán dirigidas al Parlamento, al Gobierno o a las Juntas Generales, sino también a las Diputaciones Forales, a los Ayuntamientos o a las Entidades u Organismos sobre los que extiende su ámbito de supervisión²⁹⁰. Por último, la Ley del Justicia de Aragón prevé no sólo la recomendación cuyo contenido es modificar la norma que legítimamente acordada en su aplicación condujera a resultados injustos o dañosos, sino también la recomendación para que sea derogada²⁹¹.

Cuando el Defensor del Pueblo ha remitido su recomendación a la unidad administrativa correspondiente, ésta debe responder por escrito “*en término no superior a un mes*”. Aunque la LODP no se pronuncia al respecto, parece razonable entender que la respuesta no debe limitarse a un mero acuse de recibo sino que ha de manifestar de modo expreso la aceptación o el rechazo a la recomendación recibida²⁹². Es más, es conveniente que la respuesta contenga las medidas que haya adoptado o esté pendiente de adoptar la unidad administrativa teniendo en cuenta los razonamientos del Defensor del Pueblo²⁹³.

El segundo apartado del artículo 30 de la LODP que se mantuvo prácticamente en los mismos términos en que fue propuesto por la enmienda que lo introdujo, atribuía al Defensor del Pueblo un mecanismo disuasorio para que las resoluciones que formulara fueran atendidas por la Administración.

servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante.

²⁹⁰ En el artículo 11.c) de la ley del Ararteko; artículo 16. 2 y 3 de la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra y artículo 27 y 28. de la Ley de Sindic de Greuges de Cataluña.

²⁹¹ Artículo 22.4 de la Ley del Justicia de Aragón.

²⁹² Vid. LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis, “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 30, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 763 - 778.

²⁹³ Ejemplo de ello lo veremos en la *queja de oficio 97/1602* que analizaremos con posterioridad. El Defensor del Pueblo Andaluz abrió ésta tras esperar un plazo prudencial a que le fuera remitido Informe por el Consejero de Obras Públicas y Transportes sobre las Recomendaciones y Sugerencias que contenía el Informe Especial sobre la posición de las Administraciones Públicas ante las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía. La queja iniciada de oficio tenía como objeto que el Consejero, desde su ámbito de competencias, le remitiera una respuesta expresa e individualizada a estas resoluciones, de manera que el Defensor del Pueblo Andaluz pudiera determinar si las mismas habían sido acogidas por la Consejería. Igualmente la petición de respuesta exigía que se concretara el plazo en que se fueran a llevar a término las sugerencias y recomendaciones aceptadas y, de no ser así, las razones que desaconsejaran su ejecución o los motivos, de diversa índole, que lo impidieran. Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 110 – 112.

El mecanismo es el siguiente: si formuladas sus recomendaciones dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada o éste no informa al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, el Defensor puede poner en conocimiento del Ministro del Departamento afectado, o de la máxima autoridad de la Administración afectada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas. Si tras ello tampoco obtiene una justificación adecuada, incluirá tal asunto en su informe anual o especial con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud, entre los casos en que considerando el Defensor del Pueblo que era posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido.

Una vez emitido el anterior informe, acaba la labor del Defensor del Pueblo y comienza la de las Cortes, que en virtud de su capacidad para controlar la acción del Gobierno, atribuida en el artículo 66.2 de la CE, puede dar el correspondiente tratamiento político a la cuestión planteada por el Defensor. Como podemos observar se produce con carácter sancionador una excepción al principio de reserva enunciado en el artículo 22.2. Este mecanismo es un arma, una garantía para asegurar la efectividad no ya del procedimiento o las actuaciones de investigación sino del resultado de la actividad del Defensor del Pueblo.

Este mecanismo disuasorio no ha sido expresamente diseñado en todas las leyes autonómicas²⁹⁴. En aquellas que sí lo han previsto, se puede hacer una clasificación entre las que han incorporado el mismo sistema sin ninguna singularidad²⁹⁵ y aquellas que han introducido alguna singularidad como la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra que concreta el plazo de dos meses²⁹⁶; la Ley del Síndico de Agravios en el que tras exponer idéntico mecanismo disuasorio completa los efectos disuasorios estableciendo que a la vista del informe remitido a la Comisión de Peticiones, siendo ésta la designada para relacionarse con el Síndico, podrá éste solicitar de la autoridad competente la instrucción del expediente correspondiente para la depuración de las responsabilidades disciplinarias en que pudiera haber incurrido el funcionario

²⁹⁴ Ley del Ararteko, Ley del Sindic de Greuges Catalán, Ley del Sindic de Greuges Balear, Ley del Justicia de Aragón y Ley del Procurador del Común.

²⁹⁵ La Ley del Defensor del Pueblo de Andalucía en el artículo 29.2; la Ley del Diputado del Común en el artículo 38; la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en el artículo 28, y la Ley del Valedor del Pueblo en el artículo 33.

²⁹⁶ Artículo 34.

actuante o remitir al Ministerio Fiscal los antecedentes del caso, por si resultaren indicios de responsabilidad²⁹⁷.

Aunque con carácter general en la LODP las resoluciones y el contenido de las mismas se regulan en los artículos 28 y 30, no debemos olvidarnos de algunos supuestos concretos que se contemplan en otros preceptos. Así por ejemplo la previsión del artículo 23.1 en el que se prevé que cuando las actuaciones practicadas revelen que la queja ha sido originada presumiblemente por el abuso, la arbitrariedad, la negligencia o la omisión de un funcionario el Defensor del Pueblo puede dirigirse no sólo al afectado para hacerle constar su criterio al respecto, sino también al superior jerárquico del funcionario afectado para formularle las sugerencias que considere oportunas²⁹⁸.

Otro supuesto es el contemplado en el artículo 25 de notificar al Fiscal General del Estado los presuntos delitos. Esta obligación no solo se deriva del artículo citado sino también del artículo 20.4 en el que se dispone que el principio de reserva no puede ser opuesto a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la denuncia de hechos que pudiesen revestir carácter delictivo.

En cuanto al efecto que producen las sugerencias en todas sus manifestaciones debemos tener en cuenta que nos encontramos ante una magistratura de persuasión, de ahí que las recomendaciones dirigidas a la Administración, aún no teniendo fuerza vinculante desde la óptica jurídica, sí estén revestidas de un elevado poder persuasivo en relación con los escalones inferiores de la Administración ante la posibilidad de que el Defensor acuda al Ministro correspondiente; y, asimismo, en relación con el propio Ministro, ante la evidencia de que el Defensor dará cuenta del asunto ante las Cortes Generales.

Una vez que el Defensor ha concluido su investigación y ha dado forma a sus sugerencias y recomendaciones, tiene la obligación de notificar a los distintos interesados los resultados de sus investigaciones. Esta notificación se dirige, por un lado a los peticionarios si los hay, y por otro a la autoridad, funcionario o dependencia administrativa cuya actividad haya sido objeto de investigación. El

²⁹⁷ Artículo 29. 3.

²⁹⁸ Este supuesto no ha sido regulado en todas las leyes autonómicas, mientras que la Ley del Síndic de Greuges de Cataluña, la Ley del Procurador del Común, la Ley del Síndic de Greuges Balear, y la Ley del Justicia de Aragón no lo han previsto, la Ley del Ararteko si lo ha hecho en su artículo 27, la Ley del Síndico de Agravios en su artículo 21, la Ley del Valedor del Pueblo en su artículo 35 y la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz en su artículo 22.

artículo 31 distingue los supuestos en los que el peticionario sea persona física o jurídica, apartado primero, o sea el supuesto contemplado en el artículo 10.2 de las LODP que preveía la posibilidad de que los Diputados y Senadores individualmente, las comisiones de investigación o las relacionadas con la defensa general o parcial de los derechos y libertades públicas y, principalmente, la Comisión Mixta Congreso y Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo, pudiera solicitar mediante escrito motivado la intervención del Defensor, en este supuesto el artículo 31 obliga al Defensor a informar al parlamentario o a la Comisión competente que hubiera solicitado su intervención del término de sus investigaciones y los resultados alcanzados, apartado segundo.

Una excepción a esta regla general la conforma aquellas respuestas de la Administración o los resultados de la investigación que por su naturaleza fueran consideradas como de carácter reservado o declaradas secretas no podrán ser notificadas a los interesados²⁹⁹.

Las leyes autonómicas también han impuesto a sus respectivos Comisionados Parlamentarios Autonómicos la obligación de notificar a los distintos interesados los resultados de sus investigaciones³⁰⁰, algunas de ellas incluso han introducido alguna peculiaridad. Éste es el caso de la Ley del Síndico de Agravios que establece que el Síndico comunicará también el resultado positivo o negativo de sus investigaciones no solo a la autoridad, funcionario o dependencia administrativa, sino también a la empresa al servicio de la Administración de la Generalitat acerca de la cual se haya suscitado la queja³⁰¹.

Al respecto de las entidades o empresas públicas o privadas prestadoras de servicios públicos, la Ley del Diputado del Común configura que la Comunicación

²⁹⁹ Artículo 31.1 de la LODP y el artículo 26 del ROFDP. Esta excepción fue diseñada originariamente en el artículo 29 de la proposición de Ley y ha permanecido en vigor aunque fue objeto de enmiendas de supresión tanto en el Congreso, enmienda número 65 del Grupo Andalucista, como en el Senado, enmienda número 35 del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático, al considerarse en el Congreso que, por una parte, parecía extraño que las respuestas de la Administración ante una queja pudieran tener carácter secreto o reservado y, por otra parte, que el uso de la calificación de secreto pudiera hacer la labor del Defensor del Pueblo ineficaz traducándose en la desconfianza de los ciudadanos. Por su parte, en el Senado se suprimió la referencia expresa a la excepción que se remitió desde el Congreso aunque dicha supresión fue finalmente rechazada por el Congreso de los Diputados. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., págs. 46 y 171.

³⁰⁰ El artículo 30 de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, el artículo 29 de la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha y el artículo 35.2 de la Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra transcriben literalmente el artículo 31 de la LODP

³⁰¹ Artículo 30.4.

del resultado se realizará no a éstas directamente sino a la Administración de quien dependan o a quien estén vinculadas. Por otro lado esta ley diseña la comunicación del resultado positivo o negativo a las autoridades, funcionarios o dependencias administrativas acerca de la cual se haya suscitado la queja, con carácter potestativo al utilizar la expresión “*podrá comunicar*”³⁰². Por su parte la Ley del Valedor del Pueblo, sólo se refiere a la comunicación que se dirige al interesado pero no a la Administración³⁰³.

La Ley del Procurador del Común y la Ley de Justicia de Aragón establecen como obligación la comunicación a los interesados, al servicio de la Administración afectada, a la autoridad del organismo o de la entidad en relación con la que se hubiera formulado la queja, y si se inicio su actuación a través de una petición parlamentaria al miembro parlamentario correspondiente³⁰⁴; Mientras que la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña, la Ley del Ararteko y la Ley del Sindic de Greuges Balear omiten las referencias a las comunicaciones si la actuación de los respectivos Comisionados Parlamentarios se inicia a instancia de algún parlamentario autonómico o Comisión Parlamentaria³⁰⁵.

En conclusión, hemos visto que el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos cuando llegan al fin de su investigación se pronuncian en forma de sugerencia, recomendación, recordatorio de deberes o advertencias que pueden dirigir tanto al Legislativo como a la Administración respectiva.

Debido a que ni el Defensor del Pueblo ni los Comisionados Parlamentarios son competentes para modificar ni anular los actos y resoluciones emitidos por el aparato administrativo, es por lo que hemos situado esta fase de terminación del procedimiento en el epígrafe titulado las deficiencias del procedimiento del Defensor del Pueblo. Ahora bien, la deficiencia no proviene de la Institución del Ombudsman, pues ésta es una magistratura de persuasión o de opinión sin ninguna fuerza vinculante en sus resoluciones, salvo en el caso de la actividad mediadora cuya vinculación no procede de la institución misma sino del acuerdo y la voluntad de las partes que estaban en conflicto, de un lado la Administración y de otro el ciudadano.

³⁰² Artículo 40 y artículo 39.

³⁰³ Artículo 34.

³⁰⁴ Artículo 21 de Ley del Procurador del Común y artículo 24 de la Ley del Justicia.

³⁰⁵ Artículo 29, artículo 30 y 31 y artículo 24, respectivamente.

La deficiencia del procedimiento del Defensor del Pueblo, procede como se puede observar en sus informes anuales y especiales de la falta de atención que le presta no sólo la Administración sino también el Legislador. Esta falta de atención se materializa en el caso de la Administración en la actitud intencionada de ignorar, de un lado, el procedimiento de investigación y la emisión de los informes pertinentes, y de otro lado, en la actitud intencionada de ignorar las resoluciones que tras concluir la investigación se le envía para que con posterioridad la institución afectada se pronuncie de su intención de adoptar la sugerencia, la advertencia o la recomendación o, por el contrario para que se pronuncie sobre las razones para no adoptarlas.

Este comportamiento descrito de la Administración no es fruto de la imaginación sino que es práctica real del aparato administrativo en cualquiera de sus manifestaciones territoriales, central, autonómica y local. No es excepcional encontrar en los Informes que tanto el Defensor del Pueblo como los Comisionados Parlamentarios Autonómicos presentan a sus respectivas Cámaras Legislativas, la actitud no ya hostil y entorpecedora sino desleal y despreciativa que a veces se mantiene por el órgano administrativo sobre el que se dirige la investigación. Aunque la LODP y las leyes autonómicas prevén el mecanismo de dirigirse al superior jerárquico hay veces en los que la actitud poco colaboradora también se predica de éste y la publicidad que a dicha actitud se le hace a través del informe anual pocas consecuencias le trae.

La colaboración y la atención de las resoluciones del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Parlamentarios queda, muchas veces, al arbitrio del talante del titular del órgano administrativo al que se dirige, si el talante es de colaboración se prosigue con la investigación y se actúa de conformidad con la ley contribuyendo a la eficacia del funcionamiento del Ombudsman y a la protección y de defensa de los derechos del Título I de la Constitución; si por el contrario el talante es hostil, o bien se produce el archivo de la queja, o bien prosiguiéndose la investigación, la resolución que adopta el Ombudsman es descaradamente desatendida³⁰⁶.

³⁰⁶ En expresión del profesor NIETO: “cuando se desea conocer el Derecho de un país o de un tiempo, no hay que preguntar tanto por la calidad de las leyes como por la eficacia de su Sistema institucional y, en último extremo, por el temple de los hombres, funcionarios y jueces, encargados de hacerlas cumplir. La complicación de estos mecanismos explica sus deficiencias, ya que, como es sabido, la resistencia de una cadena se mide por la de su eslabón más débil, Así se entiende que una buena ley se vea paralizada por la deficiencia del ordenamiento jurídico en que se integra o por la incapacidad del Sistema institucional que ha de hacerse operativo: con una sola cosa que falle, basta. Además, hay que tener presente que el sistema institucional funciona movido por hombres de carne y

Es por ello que insistamos en que la Administración cumpla con rigor los dictados de la LODP y las leyes de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos. Ello implica que la Administración deje de ver al Defensor del Pueblo como un inspector externo o un opositor dialéctico del funcionario para considerarlo un colaborador que tiene como finalidad última lograr que ciertos métodos de funcionamiento, cuanto menos irrespetuosos con los derechos y libertades de los funcionarios, se tornen en promocionales y respetuosos para con ellos.

De otro lado, insistimos que la publicidad en los informes generales de las actitudes hostiles y entorpecedoras no es lo suficientemente disuasoria de continuar con esa actitud, de ahí que propongamos que se recurran a otros medios de publicidad con más difusión ya sea la prensa, la radio o la televisión que están al alcance de la ciudadanía y hoy en la sociedad mediática en la que vivimos tienen más repercusión. La denuncia pública de una situación anómala concreta puede desencadenar reformas en el ámbito administrativo, que de otro modo irían delegándose hasta olvidarse. La presión que ejercen por los medios de comunicación y la opinión pública han de servir de respaldo a su gestión y de hecho evitará que los informes se pierdan en los “sótanos parlamentarios” y provocará, sin duda, cambios en las actuaciones de la administración, que tal vez de otro modo no se conseguirían. La publicidad y la transparencia en el proceder del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos proporcionan un importante impulso en la búsqueda de soluciones, y por ende, permiten que la institución sea más eficaz.

4.2. Las relaciones del Defensor del Pueblo con las Cortes Generales y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos con sus respectivos Parlamentos

Desde el punto de vista orgánico la relación que el legislador ha querido establecer entre el Defensor y las Cortes es terminológicamente de comisión, aunque ésta, que implica que alguien tiene poder y facultad de quien lo comisiona o envía para ejercitar algún encargo o entender de algún negocio, a juicio de algunos autores,

hueso, que pueden ser esforzados y hasta heroicos, pero también vulnerables, y de las cualidades de ellos depende el buen funcionamiento del aparato. Los seres humanos han de ser concientes, en suma de la importancia de su papel en la realización del Derecho y de la Justicia, ya que en el fondo, son sus verdaderos protagonistas. Un mal juez, un mal funcionario pueden desviar los objetivos en el ordenamiento jurídico, de la misma manera que un individuo esforzado puede suplir buena parte de las deficiencias del Sistema y aun de las leyes”. Vid. NIETO Alejandro, La balada de la Justicia y la Ley, Editorial Trotta, Madrid, 2002, 298 páginas, cit. págs. 45 y 46.

no sea la expresión más correcta para definir la posición jurídica que ocupa el Defensor respecto de las Cortes³⁰⁷.

La explicación que se le ha dado al término comisionado es la de configurar al Defensor como órgano dependiente de las Cortes Generales para garantizar su independencia en el ejercicio de su misión con respecto al Poder Ejecutivo al que controla³⁰⁸, es por tanto una dependencia de las Cortes por simple exclusión, dependencia orgánica que se manifiesta especialmente en tres cuestiones: en primer lugar, la forma en que se ha aprobado su reglamento de organización y funcionamiento; en segundo lugar, la obligación por parte del Defensor del Pueblo de presentar un informe anual ante las Cámaras que materialice la dación de cuentas que, por imperativo constitucional, debe realizar; y la tercera, su financiación que se encuentra integrada en los Presupuestos Generales de las Cortes.

Esta dependencia no ha de confundirnos y llevarnos a interpretar que nos encontramos ante un órgano interno de las Cortes Generales³⁰⁹, no solo porque los órganos internos no tienen autonomía funcional como la tiene el Defensor del Pueblo, autonomía reflejada en su actuación en nombre propio, en el artículo 6º de la ley orgánica, y en la posibilidad de plantear recursos de inconstitucionalidad frente a leyes emanadas del Parlamento; sino también porque si ésta hubiera sido la intención, no ya del legislador, sino del Constituyente, se habría regulado dentro del Título III “De las Cortes Generales” y esta idea no rondó en ningún momento por la mente del Constituyente.

³⁰⁷ “No obstante parece claro que la expresión comisionado no es la más adecuada para definir la posición jurídica del Defensor y su relación con las Cortes. La autonomía que se reconoce al Defensor, incluso frente a las Cortes, y su desvinculación de las vicisitudes que éstas experimenten (coaliciones de grupos parlamentarios, disolución de las Cámaras, etc.) no guarda relación con las formulas propias de una comisión o de un mandato, sino más bien con el ejercicio de una función estatal sostenida por el Parlamento pero no instrumentalizada por el mismo”. Vid. SAINZ MORENO, F., “Defensor del Pueblo y Parlamento...”, Cit. págs. 41 y 42.

³⁰⁸ Esta misma opinión es la que mantiene GIL-ROBLES para explicar la naturaleza jurídica del Defensor Europeo. El autor sostiene que “no estamos ante un órgano vicario del Parlamento (en el sentido estricto del término) que actúa por delegación o como comisionado del mismo, sino ante una institución comunitaria, independiente y con sus competencias definidas en el Tratado de la Unión. No obstante y para reforzar su independencia frente a la Administración que habrá de fiscalizar, se vincula al Parlamento”. Vid. GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A., “El Defensor del Pueblo Europeo. De la Utopía a la esperanza”. Los Derechos del Europeo. AAVV. Cyan, Madrid. 1993. Cit. Pág. 227 y 228.

³⁰⁹ En el seno de la Cámara alta, el senador Calatayud Maldonado en su intervención para la defensa del dictamen de la Comisión de Constitución expresó que el Defensor del Pueblo “es una figura compleja, porque es un órgano que emana de las Cortes y, sin embargo, va por encima de las propias Cortes”. Diario de Sesiones del Senado, número 93 de 17 de febrero de 1981. Cit. Pág. 4820.

Las relaciones del Defensor del Pueblo con las Cortes Generales y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos con sus respectivos parlamentos se encuentran presididas por el principio de independencia y autonomía. La relación entre el Defensor del Pueblo y las Cortes Generales se sintetiza en la siguiente idea: desde el punto de vista orgánico, como se desprende de su procedimiento de nombramiento y de su status jurídico, como alto Comisionado de las Cortes Generales, puede afirmarse que su dependencia *ab initio* de las Cortes es real, pero desde el punto de vista funcional actúa de manera independiente, estando mediatizado únicamente por depender presupuestariamente de las Cortes y por tener la obligación de presentar ante las mismas un informe anual.

Es en este artículo 6º.1 de la LODP donde se proclama la autonomía del Defensor³¹⁰, autonomía que no se agota en si misma sino que se constituye en un

³¹⁰ En su origen el artículo 7.1 de la proposición de Ley Orgánica era parco en su redacción, se limitaba a enunciar que el Defensor del Pueblo no estaría sujeto a mandato imperativo alguno. Con esta expresión se pretendía que el Defensor no se configurara como un gestor o delegado de las Cortes, eliminando la posibilidad de que quedara ligado imperativamente al poder legislativo o ejecutivo. A este artículo en el seno del Congreso fueron presentadas dos enmiendas. La enmienda número 20, Grupo Centrista UCD, proponía su completa supresión por considerar que en atención a la institución que se regulaba esta manifestación de no sujeción a mandato imperativo era improcedente. La segunda, la enmienda número 84, Grupo de Coalición Democrática, proponía completar el apartado 1 enunciando que el Defensor no recibiría instrucciones de ninguna autoridad, sería independiente e imparcial y resolvería sus actuaciones según su criterio. Esta enmienda se justificaba porque a vista de los enmendantes, para el éxito de la institución, no era bastante que careciera de instrucciones del órgano elector, sino que debía precisarse que nadie podría darle instrucciones en su cometido. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., págs. 35 y 50. Esta enmienda fue la que inspiró a la Ponencia en su Informe y a la Comisión en su dictamen. En el Pleno no se suscitó debate alguno y su votación se hizo de forma conjunta junto a los artículos 3 a 14. Artículo 7º del Informe de la Ponencia publicado en el B.O.C.G, Congreso de los Diputados núm. 39-I.3, de 20 de octubre de 1980, serie B: *“El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio”*.

En el Senado se presentó la enmienda número 12, por Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático, que consideraba que el texto aprobado por el Congreso era reiterativo ya que en sus tres afirmaciones recogía la misma idea y que por economía en la redacción esas afirmaciones debía recogerse en una: *“El Defensor del Pueblo actuará con plena y absoluta independencia en sus funciones...”*. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 158. Esta enmienda fue aceptada por la Ponencia y la Comisión, pero a diferencia del Pleno del Congreso, en el Senado si se generó debate sobre este precepto, que si bien se centró en las prerrogativas y la existencia o no del privilegio de inmunidad, que se regulaban también en este artículo, también se expresaron reflexiones que comparaban el texto del Congreso con el texto del Senado. El senador Ojeda Escobar, del grupo Socialista Andaluz mantenía la siguiente opinión: *“En el texto que proveniente del Congreso, en el texto que los socialistas defendemos, se remacha, se recalca que el Defensor del Pueblo no está sujeto a mandato imperativo, no recibe instrucción de ninguna autoridad, y después, que desempeña sus funciones con plena autonomía y según su criterio. Yo creo que en este caso las palabras tienen su valor y las diferencias son notorias, que huelga toda explicación”*. El senador Calatayud Maldonado, del grupo parlamentario de UCD, por su parte expresaba lo siguiente: *“...la primera parte de la enmienda, en lo que se refiere a la definición de que*

principio informador en torno al cual se articula toda una serie de preceptos fundamentales que configuran la institución: los artículo 2º, 4º y 5º de la LODP donde se regula su elección por una mayoría cualificada; el artículo 2.1 de la LODP donde se enuncia que su periodo de elección es de cinco años y por tanto superior al de la legislatura³¹¹; el artículo 11.1 de la LODP estableciendo que su actividad no será interrumpida en los casos en que las Cortes no se encuentren reunidas, hubieren sido disueltas, o hubiesen expirado su mandato; el artículo 5.4 de la LODP en el que se establece que las Cortes no pueden cesarle por consideraciones políticas, sino únicamente por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo y por el resto de las causas tasadas; el artículo 31.2 de la LODP en el que se establece que iniciada su intervención de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 10, es decir mediante escrito motivado de diputados y senadores individualmente, comisiones de investigación o relacionadas con la defensa general o parcial de los derechos o libertades públicas o la Comisión Mixta Congreso-Senado, informará de los resultados alcanzados en su investigación o de su decisión de no intervenir, siendo su desestimación motivada; el artículo 162.1.a) de la CE y el artículo 32 de la LOTC que le reconocen la legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley; el artículo 162.1.b) de la CE y el artículo 46 de la LOTC que le reconocen la legitimidad para interponer recurso de amparo.

el Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno, la aceptamos. La frase el Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno quizá exprese mejor el sentido de la independencia que la frase que había aceptado la Comisión.” Diario de Sesiones del Senado, sesión plenaria número 93 celebrada el martes 17 de febrero de 1981. Cit. págs. 4851 y 4853.

Finalmente se procedió a una modificación transaccional del apartado 1 de este artículo que quedó aprobado en el Pleno del Senado por asentimiento con la siguiente redacción: “*El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno y gozará de inviolabilidad por las opiniones manifestadas y los actos realizados en el ejercicio de sus funciones.*” En el debate de las enmiendas aprobadas por el Senado que se realizó en el Pleno del Congreso quedó esta redacción rechazada, aprobándose definitivamente la redacción del texto remitido por el Congreso que es fiel transcripción del artículo 67.2 del Texto Constitucional: “*Los miembros de las Cortes no estarán ligados por mandato imperativo*”. B.O.C.G., Senado, número 147, e), de 26 de febrero de 1981, serie II.

³¹¹ Algunos autores sostienen que aunque la duración del periodo de mandato del Defensor del Pueblo fuera de cuatro años, siempre sería otra legislatura la encarada de cesar a un Defensor del Pueblo y nombrar al otro. Por ello la razón para optar por los cinco años debe ser otra que la del principio de independencia. La mas sencilla, la de que hay que optar por un periodo y para establecerlo hay que tener en cuenta diversas variables, por ejemplo, si en el caso concreto se admite la reelección del titular. En definitiva, que para decidir tal periodo hay que buscar siempre el equilibrio entre el tiempo necesario para desarrollar tal tarea y el suficiente para proceder a su valoración. Vid. GURRERA ROIG, Matilde, “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 2, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 83 - 103.

4.2.1. La elección del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos

El procedimiento de elección del Defensor del Pueblo, objeto del artículo 2 de la LODP³¹², fue una cuestión ampliamente discutida en la tramitación parlamentaria en la que subyacían diversas cuestiones: la autonomía normativa de las Cámaras, el bicameralismo o el papel preponderante del Congreso frente al Senado, y la necesidad o no de las Comisiones en la relación de las Cortes y el Defensor del Pueblo³¹³.

En su redacción originaria la Ley orgánica 3/1981 de 6 de abril constituyó dos Comisiones para relacionarse con el Defensor del Pueblo, una en el Congreso y otra en el Senado. Estas Comisiones podían e incluso en algún supuesto debían reunirse conjuntamente, pero el hecho de que su funcionamiento habitual fuera independiente dificultaba a menudo, por la duplicidad de trámites, las relaciones entre las Cortes y el Defensor. En aras de corregir esta deficiencia y buscando un cauce de relación más eficaz, la Ley orgánica 2/1992 de 5 de marzo estableció una única Comisión en las Cortes Generales encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo, Comisión integrada tanto por miembros del Congreso como por miembros del Senado y cuya designación y funcionamiento se determina por los Reglamentos de las Cámaras de conformidad con su capacidad autonormativa.

³¹² Artículo 2: “1. El Defensor del Pueblo será elegido por las Cortes Generales para un periodo de cinco años, y se dirigirá a las mismas a través de los Presidentes del Congreso y del Senado, respectivamente. 2. Se designará en las Cortes generales una Comisión Mixta Congreso-Senado encargada de relacionarse con el defensor del Pueblo e informar a los respectivos Plenos en cuantas ocasiones sea necesario. 3. Dicha Comisión se reunirá cuando así lo acuerden conjuntamente el Presidente del Congreso y del Senado, y en todo caso, para proponer a los Plenos de las Cámaras el candidato o candidatas a Defensor del Pueblo. Los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría simple. 4. Propuesto el candidato o candidatos, se convocará en término no inferior a diez días al Pleno del Congreso para que se proceda a su elección. Será designado quien obtuviese una votación favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso y posteriormente, en un plazo máximo de veinte días, fuese ratificado por esa misma mayoría del Senado. 5. Caso de no alcanzarse las mencionadas mayorías, se procederá en nueva sesión de la Comisión, y en el plazo máximo de un mes, a formular sucesivas propuestas. En tales casos una vez conseguida la mayoría de tres quintos en el Congreso, la designación quedará realizada al alcanzarse la mayoría absoluta del Senado. 6. Designado el Defensor del Pueblo se reunirá de nuevo la Comisión Mixta Congreso y Senado para otorgar su conformidad previa al nombramiento de los adjuntos que le sean propuestos por aquel”.

³¹³ La enmienda núm. 46, Grupo Andalucista, presentada en el Congreso, perseguía la eliminación de las Comisiones por entenderlas innecesarias y confiaba a los Grupos Parlamentarios la presentación de candidaturas. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., págs. 40 y 41.

La forma de elección que introduce nuestro legislador hace que podamos definir a nuestro Defensor del Pueblo como un verdadero Ombudsman puesto que es designado por el Parlamento, en el caso español por las Cortes Generales. Desde la proposición de ley orgánica se estableció que la designación debía realizarse por ambas Cámaras ya que si el constituyente expresó en el artículo 54 “Cortes Generales” el legislador no debía limitar ni excluir a ninguna de las Cámaras, sin embargo en este texto propuesto si se primó el criterio del Congreso en dos aspectos: el primero por la cualificación de la votación que exigía una mayoría favorable de tres quintos de sus miembros y en cambio en el Senado bastaba con una mayoría absoluta; y segundo, en los casos de discrepancia con el Senado, porque de no aprobar éste la propuesta del Congreso se estaría a lo acordado por el Pleno del Congreso³¹⁴.

La LODP omite toda referencia a los Reglamentos de las respectivas Cámaras. Esta ausencia nos lleva a considerar que el artículo 2 está incompleto porque en él se regula el procedimiento de selección del Defensor una vez que se ha propuesto o han propuesto los candidatos, pero todo el procedimiento previo, es decir, el plazo de presentación de candidaturas o los criterios que deben seguirse en la proposición de candidatos, no se encuentran previstos en este artículo con lo cual hay que salvar ese vacío y aunque formalmente no se exprese en la ley, en la práctica hay que acudir a los respectivos Reglamentos de las Cámaras ya que el funcionamiento de esta Comisión Mixta se regulará en primer lugar por la Resolución de 21 de abril de 1992 dictada por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado, en lo no previsto por ella, por lo dispuesto en las normas que a propuesta de Comisión aprueben las Mesas de las respectivas Cámaras en sesión conjunta, y en su defecto, por el Reglamento de la Cámara en la que la

³¹⁴ Este punto del artículo 2º fue objeto de dos enmiendas en el Congreso; la primera Enmienda número 46, Grupo Andalucista, mantenida para su defensa en el Pleno, establecía un sistema de votación igual para ambas Cámaras eliminando el sistema de la proposición que, de hecho, determinaba que el Congreso era el que elegía al Defensor del Pueblo; y en caso de que no se obtuvieran los votos exigidos por ningún candidato se procedería a sucesivas propuestas y elecciones sin dar preeminencia en ningún caso al Senado. La segunda enmienda formulada, enmienda número 79, Grupo Coalición Democrática, proponía también en la primera votación la necesidad de mayoría de tres quintos en ambas Cámaras, pero en la segunda votación se relajaba la mayoría exigida en el Senado ya que bastaba con una mayoría absoluta y en cambio se mantenía la necesidad de tres quintos en el Congreso. Esta última fórmula fue la adoptada por la Ponencia en su Informe y por la Comisión en su dictamen, quedando aprobado en el pleno Congreso con el siguiente resultado: votos emitidos: 278; favorables: 276; abstenciones: 2. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., págs. 40 y 48.

Comisión tenga su sede, que se fijará en el comienzo de cada legislatura y será atendida por los servicios jurídicos y administrativos de la misma³¹⁵.

Actualmente esta normativa ha sido completada por la resolución de 25 de mayo de 2000 dictada por las Mesas conjuntas del Congreso de los Diputados y del Senado. En esta norma se introduce un nuevo trámite en el procedimiento del examen de idoneidad de los candidatos. Se trata de su escrutinio personal a través de su comparecencia con las siguientes reglas que serán también aplicables cuando el Defensor eleve a la Comisión Mixta, la propuesta de sus Adjuntos.

La comparecencia se celebrará con sujeción al régimen general de publicidad de las Comisiones y aquellos candidatos que fuesen llamados a comparecer y no hicieran quedarán excluidos durante el resto del procedimiento; en primer lugar se concederá la palabra al compareciente para que haga la exposición de su biografía y de lo que le anima a aceptar la postulación como candidato, luego intervendrán los firmantes de la propuesta de mayor a menor, los restantes grupos, también siguiendo la regla de mayor a menor, intervendrán a continuación. Los miembros de la Comisión podrán solicitar al candidato aclaraciones sobre cualquier extremo relacionado con su trayectoria profesional o académica o sobre sus méritos personales, aunque la Presidencia velará en todo caso por los derechos del compareciente y no admitirá aquellas preguntas que pudieran menoscabar o poner en cuestión indebidamente el honor o la intimidad del candidato³¹⁶.

³¹⁵ Las enmiendas que se formularon en el Senado no variaron en esencia el contenido de este artículo aprobado por el Congreso, se limitaron, por un lado, a introducir que las propuestas de candidatos se sujetaran a los requisitos y el procedimiento que se estableciera en los respectivos Reglamentos del Congreso y del Senado, y por otra a modificar la ordenación sistemática ya que el procedimiento de elección regulado en los apartados 4 y 5 del artículo 2º del texto remitido por el Congreso pasó en el texto aprobado por el pleno del Senado al artículo 4º. B.O.C.G., Senado, número 147, b), de 12 de diciembre de 1980, serie II. En el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados sobre las enmiendas aprobadas por el Senado se manifestó la tajante oposición del grupo parlamentario socialista a la redacción de los artículos 2, 3 y 4 por entender que se remitía la forma de elección del Defensor del Pueblo, en aspectos muy importantes, a los Reglamentos de las Cámaras. Diario de Sesiones del Senado, sesión plenaria número 93, de 17 de febrero de 1981, págs. 4845 y 4846. Finalmente las enmiendas aprobadas por el Senado quedaron rechazadas con lo que se suprimió toda referencia en esta cuestión al Reglamento de las respectivas Cámaras como se puede comprobar en la redacción del artículo vigente que nosotros consideramos actualmente incompleto. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria número 152, celebrada el martes, 24 de marzo de 1981, pag. 9497.

³¹⁶ Esta normativa se aplicó por primera vez en la Sesión número 2 de la Comisión Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo celebrada el miércoles 31 de mayo en el Palacio de Congreso de los Diputados y publicada en el Diario de Sesiones de las Cortes Generales número 6 del año 2000. En esta sesión se procedía al examen y votación de las propuestas de las candidaturas al actual titular de la Institución del Defensor del Pueblo. La sesión número 3 de esta misma Comisión celebrada el 21 de

El único requisito que la ley incorpora en esta primera parte del procedimiento consistente en la presentación y proposición de candidatos es la necesidad de que el acuerdo de la Comisión se realice por mayoría, con lo cual, al no ser cualificada se dota al proceso de una mayor flexibilidad con lo que se puede deducir que “básicamente se pretende tan sólo un primer acercamiento o toma de posición de los distintos grupos parlamentarios, al remitir a los Plenos la toma de posición definitiva”³¹⁷. En este aspecto nosotros mantenemos que el legislador debería haber hecho en la ley una remisión expresa a los Reglamentos de las Cámaras tal y como se pretendía en el texto del Dictamen de la Comisión del Senado, sin entrar a regularlo detalladamente al considerarse excesivo y como se intentó en una enmienda formulada en el Congreso³¹⁸, finalmente rechazada, que proponía que las candidaturas deberían presentarse ante la Presidencia del Congreso con un mínimo de antelación de 20 días a la fecha fijada para la elección en el Pleno y que el Presidente daría traslado de las mismas dentro de los dos días siguientes a la Comisión encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo.

Tras la entrada en vigor de la Ley orgánica algún autor ha defendido la necesidad de una modificación en el sistema de proposición de candidatos³¹⁹, es decir, en lo que nosotros hemos venido a llamar la primera fase del procedimiento de elección del Defensor del Pueblo que no queda regulado en la LODP.

El sentido de esta modificación es hacer oír a órganos representativos de la sociedad como el Consejo de Rectores, el Instituto de España u otros que se constituyeran *ad hoc* para evitar que sea exclusivamente la Comisión la que ejerza el derecho de propuesta. El procedimiento se iniciaría abriendo un periodo de propuestas para la presentación de candidatos a la Comisión; si de esta forma se

junio de 2000 en el mismo lugar y publicada en el Diario de Sesiones de las Cortes Generales número 7 del año 2000 tenía por objeto la aprobación por dicha Comisión de las Propuestas de los Adjuntos del Defensor del Pueblo, y en este procedimiento también se puede observar la introducción de este novedoso requisito de comparencias de ambos candidatos a Adjuntos.

³¹⁷ Vid. PÉREZ-UGENA y COROMINA, M. “Defensor del Pueblo y Cortes Generales”..., Cit. pág. 188.

³¹⁸ Enmienda núm. 79, Grupo de Coalición Democrática. Esta enmienda introducía dos modificaciones de contenido respecto al apartado 6 del artículo 2 de la Proposición de ley orgánica que fueron las siguientes: ampliar el plazo de la presentación de candidaturas de diez a veinte días, y fijar el plazo de remisión de las mismas por el Presidente del Congreso a las, entonces, Comisiones en dos días. Y una modificación de ordenación sistemática puesto que se adelantaba del apartado 6 al apartado 2, siendo esta ubicación más oportuna con el orden del procedimiento. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., págs. 48 y 49.

³¹⁹ Vid. SAINZ MORENO, F. “Defensor del Pueblo y Parlamento. Relaciones con las Cámaras”..., cit. pag. 50.

obtiene la ventaja de una mayor transparencia en los criterios de designación, habría que alejar el inconveniente de las posibles presiones que pudieran ejercer estas entidades sobre las Cámaras. Nosotros no consideramos esta modificación tan necesaria porque de hecho los grupos parlamentarios pueden formular consultas informales a Asociaciones, Colegios, Corporaciones y cualesquiera otras entidades.

Este ha sido el esquema que ha seguido la Ley de 27 de junio de 1985 reguladora del Justicia de Aragón en lo que se refiere a la presentación de las candidaturas por los grupos parlamentarios ya que en su artículo 8.2 se establece que una vez abierto el proceso electoral los grupos parlamentarios, con el límite de un candidato por grupo, dispondrán de un plazo de tres meses para efectuar sus propuestas de candidatos y dirigirlas a la Comisión de Reglamento, Estatuto de los Diputados y Gobierno interior.

Por lo que se refiere al procedimiento de designación de los Comisionados autonómicos examinando el articulado de las respectivas leyes observamos que hay legisladores autonómicos que prácticamente imitan el procedimiento de la Ley orgánica, con la única variación de los plazos y de la denominación de la Comisión encargada de proponer al Pleno los candidatos.

Respecto a los plazos hay que distinguir dos; en el primero, tanto el legislador gallego como el valenciano, como el castellano manchego, como el navarro y el andaluz amplían la convocatoria del Pleno para la elección del Comisionado entre los candidatos propuestos por las respectivas Comisiones a no menos de quince días, mientras que el legislador catalán establece el plazo de un mes, y el legislador canario fija un plazo no inferior a quince días ni superior a un mes.

Por lo que respecta al segundo plazo, aquel que inicia un nuevo procedimiento de proposición de candidatos tras haberse celebrado la votación y no haber obtenido la mayoría de las tres quintas partes de los miembros de la Cámara, mayoría ésta que es exigida por todas las leyes autonómicas, los legisladores autonómicos no se han mostrado unánimes ya que las leyes vasca, andaluza, navarra y gallega fijan el plazo de un mes. La ley valenciana lo amplía a un máximo de tres meses y la ley catalana tras establecer en su artículo 5.3 que en caso de no obtener, el candidato propuesto, la mayoría de las tres quintas partes de los miembros de la Cámara se vuelve a iniciar el procedimiento sin fijar un plazo. Ha de entenderse que debe iniciarse de forma inmediata para obtener el mayor consenso posible y no jugar en contra del principio de lealtad institucional y de la mayoría inicialmente exigida porque si transcurrido tres meses ninguno de los candidatos propuestos obtiene la mayoría de tres quintos, en la votación subsiguiente bastará con la mayoría absoluta.

Esta misma relajación de las mayorías se contempla en el articulado de la ley aragonesa una vez que iniciado el procedimiento con nuevas propuestas se hayan celebrado un total de tres votaciones sin obtener la mayoría requerida.

La ley del Diputado del Común ofrece una especificidad, en su artículo 4.3 prevé una segunda votación de la misma candidatura, y si en esta no se obtiene la mayoría de las tres quintas partes de los miembros del Parlamento la comisión parlamentaria encargada de relacionarse con el Diputado del Común formulará nueva propuesta en el plazo máximo de un mes.

El legislador castellano manchego incorpora en el artículo 2.7 una variante más ya que además de configurar tres votaciones establece un límite temporal de dos meses desde la primera votación para rebajar la mayoría de las tres quintas partes a la mayoría absoluta.

Los casos del legislador balear, castellano leones y aragonés si han introducido una novedad respecto al procedimiento previsto en la ley orgánica, una novedad que al incorporar, lo que podríamos calificar un filtro más para la presentación al Pleno del candidato, alarga el procedimiento de elección. El nuevo paso incorporado es el siguiente: la Comisión parlamentaria encargada de relacionarse con el Comisionado no propone directamente al Pleno el candidato que haya seleccionado sino que en el plazo máximo de un mes ha de ser presentado previamente a la Mesa del Parlamento, exigiéndose el acuerdo de la Junta de Portavoces, para que ésta eleve al Pleno del Parlamento el nombre de un candidato, trámite que ha de ser realizado en un mes según la ley reguladora del Procurador del Común, sin que se establezca plazo en la ley reguladora del Sindic de Greuges y del Justicia de Aragón. Las previsiones de la Ley 3/1985, de 27 de febrero por la que se crea y regula la Institución del Ararteko son mucho más parcas ya que se remite al Reglamento del Parlamento para establecer la forma de regulación con la única condición de exigir la mayoría de las tres quintas partes en la votación realizada por el Pleno.

En el artículo 2 de la LODP no se establece plazo alguno para iniciar el procedimiento de designación del primer titular de la institución del Defensor, de ahí el actual vacío legal que refleja nuestra ley orgánica en relación a esta cuestión que, por su parte, las leyes autonómicas, excepto la andaluza, la valenciana, la ley canaria recientemente derogada, y la castellano-leonesa que guardan silencio, si previeron.

La ley vasca en su disposición transitoria segunda fijó que dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la misma el Parlamento debía iniciar el

procedimiento para nombrar al Ararteko. La ley balear en su disposición final estableció un plazo mayor, concretamente se iniciaría el procedimiento en el plazo de un año de haber entrado en vigor la ley. La ley aragonesa considero adecuado un plazo de seis meses para que el Presidente de las Cortes, de acuerdo con la Mesa y la Junta de Portavoces iniciara el procedimiento. La ley catalana en su disposición transitoria y la Ley foral navarra en la disposición adicional 2ª se decidieron por un periodo de cuatro meses para dar inicio al procedimiento. La ley gallega en su disposición adicional estableció que la Comisión de Peticiones propusiera al Pleno de la Cámara en el plazo máximo de seis meses, computados desde el día de la entrada en vigor de la ley, el candidato o los candidatos a Valedor del Pueblo de Galicia mediante acuerdo adoptado por mayoría simple. Esta ha sido la dinámica que ha seguido también la Ley del Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha al disponer en la Disposición transitoria que en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la Ley las Cortes iniciaran el procedimiento para nombrar al primer Defensor o Defensora de la Región.

Como se puede observar y aunque los plazos son variables estas previsiones se han de valorar positivamente porque se forzaba a los respectivos Parlamentos a que iniciaran los procedimientos de designación para que con la mayor brevedad posible estas instituciones autonómicas acometieran sus funciones³²⁰.

³²⁰ Como colofón a este epígrafe señalar que cuatro han sido los mandatos de la Institución del Defensor del Pueblo con los siguientes titulares y Adjuntos:

- Primer mandato: 1982-1987: El 30 de diciembre de 1982 se publica el nombramiento de Joaquín Ruiz-Giménez Cortés como Defensor del Pueblo. El 21 de abril de 1983 se publica el nombramiento de Álvaro GIL-ROBLES y GIL-DELGADO como Adjunto Primero y de Margarita RETUERTO BUADES como Adjunta Segunda del Defensor del Pueblo.

- Segundo mandato: 1988-1993: El 16 de marzo de 1988 se publica el nombramiento de Álvaro GIL-ROBLES y GIL-DELGADO como Defensor del Pueblo. El 23 de marzo de 1988 se publica el nombramiento de Margarita RETUERTO BUADES como Adjunta Primera y de Soledad Mestre García como Adjunta Segunda del Defensor del Pueblo. El 13 de diciembre de 1990 se publica el nombramiento de Antonio ROVIRA VIÑAS como Adjunto Segundo, tras el cese de Soledad Mestre García.

- Tercer mandato: 1994-1999: El 1 de diciembre de 1994 se publica el nombramiento de Fernando Álvarez de Miranda y Torres como Defensor del Pueblo. El 2 de diciembre de 1994 se publica el nombramiento de Margarita RETUERTO BUADES como Adjunta Primera y de Antonio ROVIRA VIÑAS como Adjunto Segundo del Defensor del Pueblo. El 23 de octubre de 1996 se publica el nombramiento de Antonio ROVIRA VIÑAS como Adjunto Primero y Antonio Uríbarri Murillo como Adjunto Segundo, tras el cese de Margarita RETUERTO BUADES.

- Cuarto Mandato: 2000-2005: El 15 de junio de 2000 se publica el nombramiento de Enrique MÚGICA HERZOG como Defensor del Pueblo. El 23 de junio de 2000 se publica el nombramiento de María Luisa Cava de Llano y Carrió como Adjunta Primera y de Manuel Aguilar Belda como Adjunto Segundo del Defensor del Pueblo.

4.2.2. La Comisión Mixta

Durante la tramitación parlamentaria de la LODP en el Senado se pretendió asentar el principio general de que las formas de relacionarse de las Cámaras con el Defensor del Pueblo tendrían que regularse por los Reglamentos respectivos. Ello llevaba a suprimir en el texto legal que se estaba gestando concretas determinaciones, especialmente la intervención de Comisiones Parlamentarias, por considerarse que tales extremos caían dentro del ámbito interno de las Cámaras y que por ello, en atención a dar plena aplicación al artículo 72.1 de la Constitución debían normarse por sus Reglamentos.

Es más, en defensa de este principio, los senadores del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático llegaron a calificar el texto del artículo 2 de inconstitucional al considerar que se regulaban al detalle el funcionamiento y organización de las Comisiones porque se establecía no sólo la adopción de los acuerdos, sino también cuándo debían reunirse y quién ostentaba la presidencia de las mismas³²¹. Este Grupo sostenía que estas cuestiones quedaban englobadas por las materias que estaban constitucionalmente reservadas a ser reguladas por Reglamento en atención a los artículos 79, 80, 87, 89 y 111 de nuestra Carta Magna. Incluso llegaban a poner en duda la idoneidad de que la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo designara la Comisión a la que había que atribuir esa competencia, ya que, siguiendo el profesor PÉREZ CALVO, este grupo parlamentario sugería que deberían ser las propias Cámaras las que atribuyeran a unas de sus Comisiones la tarea de asegurar una relación permanente con el Defensor, y teniendo en cuenta la función de éste y el carácter fundamentalmente jurídico de sus actuaciones e informes, la más idónea para esta labor sería la Comisión Constitucional³²².

El Grupo Socialista Andaluz y el Grupo Socialista del Senado rebatían esta postura y argumentaban que la creación de Comisiones no estaba cubierta por la reserva de reglamento parlamentario de los preceptos constitucionales anteriormente

³²¹ Redacción de los apartados 2 y 3 del texto aprobado por el Pleno del Congreso: “2. Tanto en el Congreso como en el Senado, se designará una Comisión encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo e informar al Pleno en cuantas ocasiones sea necesario. 3. Ambas comisiones se reunirán conjuntamente cuando así lo acuerden el Presidente del Congreso, y en todo caso y bajo su presidencia, para proponer a los Plenos de las Cámaras el candidato o candidatos a Defensor. Los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría.” B.O.C.G., Congreso de los Diputados, núm. 39-III, de 15 de noviembre de 1980, serie B.

³²² Intervención del Senador Calatayud Maldonado en el debate en el Pleno del Senado del Dictamen de la Comisión de Constitución. Diario de Sesiones del Senado de 17 de febrero de 1981, núm. 93, págs. 4848 y 4849.

citados, y que por ello había que alejar la simple sospecha de inconstitucionalidad al ser reguladas las Comisiones en la proposición de ley, existiendo, sin embargo, profundas razones que avalaban y exigían que existieran esas Comisiones. Entre estas razones se destacaban: la necesidad de regular el mecanismo mediante el cual las Cámaras pudieran ponerse en contacto con su alto comisionado; el propio funcionamiento de las Comisiones que ofrecen la posibilidad de debatir los temas con mayor profundidad y sosiego; y la razón sobre la que hacían caer más peso, la puesta en marcha de la institución del Defensor del Pueblo no podía esperar a que tanto el Congreso como el Senado se dotaran de sus propios Reglamentos³²³.

A nuestro modo de ver, estas intervenciones no tuvieron en cuenta cuestiones que, al menos, debían de haber sido enunciadas. Si bien, en un principio no presentamos objeciones en la creación de esta Comisión para relacionarse con el Defensor del Pueblo, por entender que estas relaciones si tiene un carácter institucional, no debe pasarse por alto el siguiente dato: el Constituyente fijó en el artículo 54 que las Cortes Generales designarían al Defensor del Pueblo, y el legislador en la ley que regula esta institución enuncia en su artículo 1 y en el artículo 2.1 esta misma previsión, y en este último artículo crea la Comisión con la finalidad principal de servir de cauce de relación entre el Parlamento y el Defensor, pero además en el apartado 3 también le otorga la función de proponer el o los candidatos a Defensor. Nosotros consideramos que la ley en este punto se excede y entra a regular cuestiones que compete a las Cortes Generales.

Si en cierta medida, y en las enmiendas presentadas se quiso equiparar la figura del Defensor del Pueblo a la de Magistrado del Tribunal Constitucional³²⁴ para darle igual condición y tratamiento, quizá debería haberse establecido en la LODP la misma técnica legislativa de la LOTC es decir guardar silencio en el procedimiento de elección que se encuentra expresamente regulado en el Reglamento del Congreso, artículos 204 a 206, y en el Reglamento del Senado, artículos 184 a 186, cuya designación corresponde al Pleno y no a Comisiones.

³²³ Diario de Sesiones del Senado de 17 de febrero, núm. 93, págs. 4845 y 4846

³²⁴ Artículo 4 de la proposición de Ley Orgánica del Defensor del Pueblo: “...*Se le reconocerá idéntico tratamiento y condición que al Presidente del Tribunal Constitucional.*” B.O.C.G., Congreso de los Diputados, núm. 39-I, de 20 de junio de 1979, serie B. La enmienda núm. 48 del Grupo Andalucista, presentada en el Congreso de los Diputados, pretendía incorporar el siguiente texto: “*El Defensor del Pueblo, que poseerá igual condición y tratamiento que el Presidente del Tribunal Constitucional, comenzará el ejercicio de sus funciones el mismo día en que se publique su nombramiento en el BOE. El Defensor del Pueblo percibirá una asignación que será fijada por las Cortes Generales*”. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 42.

Hoy un sector de la doctrina considera que la Comisión mixta debe limitarse a tratar los temas de dotación funcional, medios e, incluso, la presentación del informe anual, pero que para darle más vitalidad a la institución y más relieve público, se hace necesario combinar la existencia de esta Comisión Mixta con la existencia de Comisiones Sectoriales o especializadas que permita el debate monográfico profundo y amplio de las cuestiones que se contienen en su informe³²⁵. Se hace necesario debatir las propuestas concretas del Defensor del Pueblo y de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos derivadas de sus informes, en puntos de orden del día de sesiones plenarias, al menos ante las Comisiones de los Parlamentos. Otro sector de la doctrina discrepa de este pensamiento, en primer lugar, porque haciendo esta distinción el informe carece de valoración global, queda disperso e impide la toma de posición respecto al mismo de cada Grupo. En segundo lugar, porque los temas tratados en el Informe están muy interrelacionados, resultando difíciles de comprender unos al margen de otros³²⁶.

La experiencia nos dice que la discusión, defensa y toma de posición de los Grupos, con sugerencias y críticas al Informe del Defensor del Pueblo en su comparecencia ante la Comisión Mixta, son tremendamente efectivas y útiles para ir perfeccionando en trabajo y para corregir las deficiencias observadas. Muchos de los informes especiales han sido sugeridos, no ordenados o dictados, por la Comisión Mixta durante las exposiciones de los Grupos.

Los defectos observados, básicamente referidos a la rigidez en la forma de relacionarse el Defensor con las Cortes Generales, podrían subsanarse con una modificación muy sencilla del contenido de la Resolución de las Mesas. Ni siquiera resulta imprescindible. Por ejemplo, podría mejorarse la efectividad de las relaciones entre el Defensor del Pueblo y la Comisión Mixta, estableciendo que pudieran ser varias y más ágiles las comparecencias ante la misma. Una primera general y global y las demás, de resultar necesario, para aclarar, ampliar o profundizar en temas concretos. También podría resultar útil normalizar y flexibilizar la posibilidad de comparecer el Defensor a petición propia ante la Comisión Mixta, así como fomentar

³²⁵ El Profesor SAINZ MORENO mantiene que la Comisión Mixta debe limitar sus funciones a prestar auxilio institucional en su funcionamiento al Defensor del Pueblo y a ejercer el control permitido por la LODP en caso de notoria negligencia en el incumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo; es decir, sus competencias deben limitarse a los aspectos orgánicos y funcionales de la institución. Vid. SAINZ MORENO, F. *“Defensor del Pueblo y Parlamento. Relaciones con las Cámaras”*..., cit. págs. 60 y 61.

³²⁶ Vid. GURRERA ROIG, Matilde, “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 2..., págs. 83 - 103.

a que otras Comisiones del Congreso y del Senado solicitasen a continuación la comparecencia del Defensor del Pueblo para que expusiera y dialogara sobre los temas del informe que interesen a cada una³²⁷.

El sistema seguido por nuestros legisladores autonómicos también ha sido el de designar en la ley reguladora del Comisionado la Comisión que mantendrá las relaciones con él. Así la ley andaluza en su artículo 2.2 se refiere a la Comisión de Gobierno Interior y Derechos Humanos³²⁸. Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra en su artículo 2.2 atribuye esta misión a la Comisión de Régimen Foral del Parlamento de Navarra. Por su parte la Comisión encargada de relacionarse con el Justicia de Aragón, con el Valedor del Pueblo, con el Sindic de Greuges de Cataluña, con el Síndico de Agravios será la Comisión de Peticiones de sus respectivos Parlamentos. Mientras que la Comisión que se encarga de relacionarse con el Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha según el artículo 2.3 de su ley reguladora es la Comisión de Asuntos Generales de las Cortes.

Distinta técnica han seguido el legislador vasco, el balear y el canario ya que aunque prevén que sus Comisionados se relacionarán con una Comisión Parlamentaria, no concretan cuál, dejando esta determinación al propio Parlamento. En esta misma línea se sitúa la Ley del Procurador del Común pero con una precisión

³²⁷ En el debate del Informe de 1993 ante la Comisión Mixta, la Defensora del Pueblo en funciones Margarita RETUERTO BUADES afirmaba lo siguiente: “Quería decirles con esto, señorías, que creo que hay que cambiar el modo de relacionarse con el Defensor del Pueblo. Hay una comparecencia formal, como lo hay en todos los Ombudsmen del mundo, en la cual se debate en Pleno o, en Comisión, sus Informes. Pero deben hacerse más contactos periódicos en el futuro. Sobre todo, en los ritos de una comparecencia es imposible, señorías, que cualquier representante de la institución pueda asimilar 2.700 páginas de Informe y contestar una a una a las atinadísimas observaciones que ustedes me han hecho; es imposible. Necesitaríamos romper, en este momento, el debate y volver a hablar dentro de una semana para analizar con tranquilidad y reflexionar sobre las divergencias, coincidencias, mejoras, por qué la institución afirma esto en este punto, por qué dice que no en otro y cuál es el resultado cuatro meses después. En este sentido, hay distintos mecanismos de relación parlamentaria que ya están establecidos con otras instituciones del Estado, con longas manos de parlamento. Simplemente es una sugerencia que me permito poner en este momento sobre la mesa, para que el futuro Defensor del Pueblo pueda comparecer ante la Comisión para ‘mejorar ese diálogo y que no sea una especie de tormenta de ideas, en la que todos intentamos decir lo más y mejor que podemos de nuestra respectiva apreciación.’” Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo. Sesión celebrada el día 30 de septiembre de 1994 en el Palacio del Congreso de los Diputados. Debate sobre el Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 1993. D. S. Cortes Generales. Comisiones Mixtas, V Leg., núm. 47, cit. pag. 26.

³²⁸ Esta Comisión se encuentra regulada en el artículo 50 del Reglamento del Parlamento. Fue la Ley 3/1996, de 17 de julio la que asignó a esta Comisión la función de relacionarse con el Defensor del Pueblo Andaluz ya que con anterioridad esta función la asumía la Comisión de Gobierno Interior y Peticiones.

más, ya que si en las dos últimas leyes comentadas no exige que la Comisión fuera de nueva creación, el legislador castellano-leonés si lo precisa de esta forma al establecer que la Comisión se constituirá con la finalidad de relacionarse con el Procurador Común.

4.2.3. Los informes: su sentido, su contenido y su tramitación

El artículo 54 de la Constitución española establece que el Defensor del Pueblo dará cuentas a las Cortes Generales en cuanto que alto comisionado designado por ellas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración. Este mandato constitucional ha tenido su reflejo en la LODP en los mismos términos constitucionales en el artículo 1 y más concretamente en los artículos 32 y 33 que conforman el Capítulo III que lleva por rúbrica “*Informes a las Cortes*”. El primero de ellos regula las cuestiones relativas al momento de presentación del informe y ante quién según se trate del informe anual o el informe extraordinario; y el segundo de ellos delimita desde el punto de vista positivo y negativo su contenido.

Ambos preceptos tienen su desarrollo reglamentario en el artículo 11 del ROFDP que ha de ser a su vez completado por el artículo 200 del Reglamento del Congreso, el artículo 183 del Reglamento del Senado; y la resolución de 21 de abril de 1992, de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado por la que se aprueba la Modificación del Reglamento de Organización y funcionamiento del Defensor del Pueblo.

Respecto a los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, unos no sólo tienen la obligación de rendir cuentas en virtud de su norma reguladora sino también de los Estatutos de Autonomía de la respectiva Comunidad Autónoma³²⁹, y otros, mientras los Estatutos Autonómicos no han reconocido expresamente la obligación de dar cuentas a su respectivo Parlamento³³⁰, la correspondiente ley autonómica que

³²⁹ Estatuto de Autonomía de Andalucía en el artículo 46; Estatuto de Autonomía de Aragón en el artículo 33.3; del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares en el artículo 29; Estatuto de autonomía de Cantabria en el artículo 16 y Estatuto de La Rioja en el artículo 22, matizando que estos dos últimos no tienen aún desarrollo legislativo.

³³⁰ Ello puede comprobarse en el Estatuto de Autonomía del País Vasco en el artículo 15; en el Estatuto de Autonomía de Cataluña en el artículo 35; en el Estatuto de Autonomía de Galicia en el artículo 14; en el Estatuto de Autonomía de Valencia en el artículo 24; en el Estatuto de Autonomía de Canarias en el artículo 14; en el Estatuto de Autonomía de Extremadura en el artículo 52; y en el Estatuto de Castilla y León en el artículo 14.

desarrolla la disposición estatutaria si ha previsto en cada caso la obligación de rendir cuentas al respectivo Parlamento³³¹.

4.2.3.1. El Sentido de los informes

Los informes son el instrumento básico creado por el legislador para dar respuesta a la obligación constitucional de la dación de cuentas del Defensor a las Cortes Generales. El informe se configura por tanto como el cauce fundamental de relación entre las Cortes Generales y la Institución del Defensor del Pueblo en cuanto que alto Comisionado de las mismas.

Respecto al Defensor del Pueblo, el informe se presenta como la herramienta para dar cumplimiento a la obligación de dar cuentas de su gestión, mientras que para las Cortes Generales el informe es la herramienta para procurarse una información de primera mano sobre el estado real de las Administraciones Públicas, su funcionamiento, su eficacia y sus problemas. Por ello esta institución ha de ser consciente de la función que cumple y tratar de ser lo más objetiva posible, reforzando la idea de que el informe no es un instrumento contra nadie sino un documento para todos que habrá de ser crítico y fiel reflejo, sobre todo, de aquello que va mal, de la realidad sin más evitando hacer juicios de valor y por ende valoraciones debiéndose limitar a describir los hechos. De ahí que numerosos autores y los protagonistas parlamentarios valoren el informe como una radiografía social de España tendente a mejorar objetivamente la Administración. Hemos utilizado el termino “objetivamente” porque del informe anual debe hacerse una lectura y un uso técnico y neutral sin desviaciones de oportunismo político como se ha puesto reiteradamente de manifiesto en el debate de los informes ante las Cámaras.

Además de esta función que podíamos calificar de denuncia, los informes cumplen otra función que podemos definir preventiva de nuevas vulneraciones de derechos en la medida en que pueden servir de estímulo para que el funcionario cumpla con mayor diligencia sus obligaciones y las autoridades adopten con mayor responsabilidad las medidas oportunas. Esta función preventiva se cumple en la medida en que las Administraciones Públicas sean sensibles a la llamada clara y

³³¹ Así la Ley del Ararteko en su artículo 32; la Ley del Síndic de Greuges de Cataluña en su artículo 2.4; la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha en su artículo 32.1; la Ley del Valedor del Pueblo en su artículo 36; la Ley del Síndico de Agravios en su artículo 31; la Ley del Diputado del Común en su artículo 46 y la Ley del Procurador del Común en su artículo 2.3. Por su parte Ley Foral 4/2000, de 3 de julio, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra también establece esta obligación en el artículo 36.1.

objetiva a la reflexión y al compromiso que entraña el informe. A la reflexión, porque de su lectura extraemos cuales son las demandas que reclama la sociedad para conseguir un grado más elevado de modernidad, progreso, agilidad, justicia y equilibrio estructural. Al compromiso, porque ante esta demanda las instituciones públicas están en la obligación de dar respuestas adecuadas, remover y eliminar los obstáculos que impidan al ciudadano el pleno ejercicio y disfrute de sus derechos y libertades.

Como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ-JAMES, es precisamente en la sede parlamentaria en la que ha de hacerse un seguimiento sobre las resoluciones del Defensor, sobre las disfuncionalidades detectadas, sobre el estado de los derechos de los ciudadanos. Si el Defensor es el que pone en marcha el mecanismo que permite detectar las irregularidades que se producen en la protección de los derechos constitucionales, son sin duda las Cortes Generales, las que deben, como órgano en el que reside la soberanía popular y, desde el que se ejerce el control del ejecutivo, hacer suyas las iniciativas y someter al debate público parlamentario las conclusiones que se derivan de los informes. El diálogo entre el reclamante, el Defensor del Pueblo, las Cortes y la opinión Pública es la garantía del funcionamiento, eficaz y democrático, de la propia institución³³².

El Defensor del Pueblo es un órgano de control y extracción parlamentaria; es un comisionado parlamentario, por tanto son los parlamentarios quienes deben ser consecuentes con los órganos de control que ellos crean; de no ser así, se trataría de órganos floreros, que dan un buen tono, pero sirven para poco, además de costar caro a los contribuyentes. Brillantemente exponía esta idea Jordi Casas i Bedos del Grupo Catalán en el debate en la Comisión Mixta del Informe del Defensor del Pueblo de la Gestión realizada en 1992³³³:

“Pero creo que hay una parte negra de su intervención (la del Defensor del Pueblo) que no es imputable a la institución, sino a nosotros mismos (los Parlamentarios). (...) Esto significa que nosotros hemos de ser conscientes del trabajo que están realizando, seguirlo de forma mucho más constante, y, sobre todo,

³³² Vid. MARTÍNEZ-JAMES, M. *Técnicas y Procesos de negociación más comunes en nuestras instituciones: experiencias prácticas*. El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid, págs. 121 – 143.

³³³ Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo. Sesión celebrada el día 23 de noviembre de 1993 en el Palacio del Congreso de los Diputados. Debate sobre el Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 1992. D. S. Cortes Generales. Comisiones Mixtas, V Leg., núm. 12. cit. pag. 18.

poder hacer comparencias sectorializadas de aquellos temas que provocan más difícil relación entre la ciudadanía y la Administración, en la que ustedes actúan como intermediarios. Los Diputados que formamos parte de esta Comisión tenemos una responsabilidad importante y más en un momento en que las cosas no van como a todos nos gustaría que fueran.

Hay problemas sociales graves y es fundamental que la relación o la conexión que hay entre ciudadanía y los poderes públicos sea lo más intensa posible. En este sentido, estoy de acuerdo con lo que ha dicho de que la institución actúa como una verdadera escuela de ciudadanía y, sobre todo, como un mecanismo de participación que hemos de intensificar y sacar todo el jugo que se pueda a esta interesante relación que establece el Defensor del Pueblo con los ciudadanos. Por tanto, nosotros vamos a defender aquí estas conclusiones, vamos a instar a que esta Comisión tenga bastante más juego del que ha tenido hasta ahora y, sobre todo, vamos a intentar que la Cámara, que en definitiva es de la que depende la institución del Defensor del Pueblo, participe mucho más de las inquietudes de las personas que están trabajando dentro de la institución.

Una vez que se ha conseguido consolidar con niveles de aceptación y de resultados positivos la institución, nos corresponde modificar, si ello es posible, o incrementar los recursos, si ello es necesario, en cualquier caso intensificar la relación política para que asentemos más aún la institución y, sobre todo, para que corriamos aquellos aspectos de la Administración que nuestros ciudadanos nos indican, ya que cuando se han corregido es que había algún defecto. Si desde aquí se puede intensificar esta mejora de la labor administrativa y, en algunos casos, también de modificaciones legales, creo que sería una falta de responsabilidad por nuestra parte no utilizar mucho más el enorme trabajo que se ha hecho desde esa institución.”

Antes hemos comentado que los informes son el cauce de relación entre el Defensor y las Cortes, recordemos que entre ambas instituciones el sector mayoritario de la doctrina afirmaba que se mantenía una relación fiduciaria. En ésta relación el informe tiene el valor de una rendición de cuentas. Este cauce de relación, en ocasiones, se ha calificado como insuficiente no sólo por el Defensor del Pueblo que reivindica la posibilidad de comparecer ante la Comisión y el Pleno cuando lo considere oportuno sin perjuicio de la presentación de un informe anual o extraordinario; sino que también han sido calificados de insuficientes por los propios parlamentarios y miembros de la Comisión Mixta encargada de relacionarse con él. En este sentido se enunciaron algunas ideas en el debate del informe de 1990 pidiendo la reforma de la LODP para lograr una vinculación mayor entre el Defensor

del Pueblo y las Cámaras³³⁴. Esta idea ha tenido un leve reflejo en la legislación autonómica ya que la ley valenciana reguladora del Síndico de Agravios en su artículo 33, la ley del Ararteko en su artículo 35.1, y la ley del Diputado del Común en su artículo 6.3 ofrecen, respectivamente, la facultad de solicitar la asistencia a las Sesiones de las Comisiones Parlamentarias.

Junto al informe anual, con el que se da cuenta de la gestión del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales al término de cada ejercicio, el artículo 32.2 de la LODP ha introducido la posibilidad de presentar los llamados informes extraordinarios, relativos a hechos particularmente graves o que requieran una atención urgente³³⁵. La regulación de tales informes no es muy extensa: según el mismo apartado segundo, con buena lógica, si las Cortes Generales no se encuentran reunidas puede el Defensor presentarlo ante las Diputaciones Permanentes de una y otra Cámara y según el apartado tercero, “en su caso”, los informe extraordinarios también serán publicados.

Aunque hasta la fecha no se ha recurrido a la elaboración de este tipo de informes en ninguna ocasión, parece una disposición oportuna para el caso de que el Defensor del Pueblo realmente juzgara necesario abordar con este carácter algún asunto. Eso le permitiría, por lo demás, no sólo destacar la relevancia del problema que fuera objeto de este tratamiento singular, sino suscitar un debate parlamentario a consecuencia de su comparecencia, pues aunque no hay regulación expresa de la materia, hay que entender que su presentación no ha de agotarse con la remisión o entrega del informe escrito, sino que, como establece el artículo 33.4 de la LODP para el informe anual, también abría que exponer su contenido en sede parlamentaria.

³³⁴ Obsérvese que no decimos entre las Cámaras y el Defensor del Pueblo. En el Debate sobre el Informe de 1990 el Defensor del Pueblo propuso que se le reconociera la iniciativa de poder comparecer a petición propia sin necesidad de la presentación de Informes extraordinarios ante los Plenos de las Cámaras, lo que puede ser desproporcionado cuando se trata de cuestiones sectoriales y concretas que exigen un debate técnico en la Comisión y una toma de posiciones, pero no una valoración política de gran alcance. Una comparecencia ante el Pleno sólo tiene sentido cuando se trata de una gravísima violación de los derechos fundamentales. Una modificación de la ley debería contemplar la posibilidad de estas comparecencias, a petición del Defensor, sobre temas importantes pero no extraordinarios.

³³⁵ A excepción de la Ley del Sindic de Greuges Balear cuyo artículo que hace referencia a los Informes es en suma escueto e insuficiente, todas las leyes autonómicas han contemplado la clasificación de los Informes en los anuales y los extraordinarios, así la Ley del Diputado del Común: artículo 49; la Ley del Ararteko: artículo 33; la Ley del Procurador del Común: artículo 31.2; la Ley del Justicia de Aragón: artículo 36; la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña: artículo 30.4; la Ley del Síndico de Agravios artículo 31.2; la Ley del Valedor del Pueblo Gallego: artículo 36.2; la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz: artículo 31.2 y Ley Foral del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra: artículo 36.

De no ser así, no se ajustaría a la que viene a ser su característica principal: la denuncia³³⁶.

En los años transcurridos desde la puesta en funcionamiento de la Institución, ninguno de los titulares ha apreciado la concurrencia de las circunstancias mencionadas de especial urgencia o gravedad. Aunque PÉREZ-UGENA explica este hecho por la complejidad que supone su presentación, ciertamente ésta no es mayor que la de sus informes anuales³³⁷. Por ello han de ser otras las causas que han llevado a no aplicar esta previsión, sea que, realmente, en este tiempo no ha habido ningún asunto de tratamiento grave o urgente, sea, y esto parece más plausible, que se ha referido, por razones de mera oportunidad, no recurrir a este instrumento.

Si hay que inclinarse por esta solución es porque, con otra denominación, el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios han venido elaborando desde 1988 informes o memorias que no se refieren a la gestión realizada durante un año, en los que aborda determinados temas con un carácter más monográfico que extraordinario. Es decir, ante la necesidad de destacar determinados aspectos, normalmente objeto de investigación especial, que no pueden ser recogidos con la suficiente extensión y detalle en el informe anual, se ha optado por individualizarlos, pero sin reconducirlos a la categoría legalmente prevista de informes extraordinarios.

En nuestro estudio, además de los informes anuales hemos analizado profundamente seis informes especiales elaborados por la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz que son los siguientes: La contaminación visual del patrimonio histórico andaluz: el impacto visual en los bienes del patrimonio histórico-artístico causado por el cableado, antenas y otras instalaciones, presentado en marzo de 1998; Contaminación acústica en Andalucía derivada de actividades recreativas y consumo de bebidas en las vías públicas, presentado en mayo de 1996; El estado sanitario y ambiental de las playas andaluzas, presentado en diciembre de 1991; La utilización de motos acuáticas en las playas andaluzas: medidas de control y seguridad. Presentado en junio de 1998 y La Ordenación y protección del litoral andaluz: el cumplimiento de las directrices regionales del litoral de Andalucía, presentado en octubre de 1995.

³³⁶ Vid. SÁNCHEZ SAUDINÓS, José Manuel y PAJARES MONTOLIÓ, Emilio, “Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo” Comentario del artículo 32, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 791 - 815.

³³⁷ Vid. PÉREZ-UGENA y COROMINA, Maria, “Defensor del Pueblo y Cortes Generales”..., cit. pag. 280.

Al igual que el Defensor del Pueblo Andaluz ha efectuado actualizaciones de informes especiales, concretamente el relativo a los pasos a nivel cuyo Informe especial se realizó en enero de 1997 y su estudio de actualización en julio de 2001, proponemos que esta técnica de actualización, conveniente para sondear de nuevo los problemas y verificar el grado de aceptación que han tenido las Recomendaciones por parte de las Administraciones competentes, se lleve a cabo en el resto de los informes, pues como se puede observar en sus fechas de presentación algunos tienen ya una antigüedad de catorce años.

4.2.3.2. El Contenido

Se regula especialmente en el artículo 33 de la LODP con una técnica de definición positiva y negativa en el sentido de aclarar qué contenidos están prohibidos. Así, el apartado segundo prohíbe al Defensor del Pueblo que consten datos personales que permitan la pública identificación de los interesados en el procedimiento investigador, con la salvedad del artículo 24, recordemos que en este artículo se preveía la posibilidad de hacer público la persistencia en la actitud hostil y entorpecedora del Organismo, funcionario, directivo o persona al servicio de la Administración que la provocara³³⁸.

Respecto a la definición positiva de su contenido el artículo 33 de la LODP establece que el Defensor debe dar cuenta del número y tipo de quejas presentadas, de aquellas que hubieran sido rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y el resultado de la misma, con especificación de las sugerencias y recomendaciones admitidas por las Administraciones Públicas³³⁹.

³³⁸ En la proposición de ley el apartado 2 del artículo 32 que recogía esta prohibición era más extenso porque en su redacción repetía el contenido del entonces artículo 26, hoy artículo 24 de la LODP, y además añadía que en el Informe se incluyera una referencia suficiente del escrito que en su momento hubiese aportado el funcionario en cuestión en respuesta a la requisitoria que le hubiere sido formulada por el Defensor del Pueblo. Ello fue objeto de una enmienda en el Congreso, enmienda número 68 del Grupo Andalucista, que proponía su supresión total por considerar que la ley no debía entrar en esos detalles porque es al Defensor a quien le corresponde determinar el contenido de sus Informes. Muy acertadamente la Ponencia y la Comisión no tuvieron en cuenta esta enmienda y al observar la reiteración del contenido del artículo 32.2 con respecto a lo que se decía en el artículo 26 de la proposición propusieron la redacción que está hoy vigente en la LODP. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 47. B.O.C.G., Congreso de los Diputados, núm. 39-I.3, de 20 de octubre de 1980, serie B y B.O.C.G., Congreso de los Diputados, núm. 39-II, de 7 de noviembre de 1980, serie B.

³³⁹ Esta última previsión de las sugerencias y recomendaciones no se preveía en la proposición de ley sino que se introdujo a raíz de una enmienda en el Congreso, la enmienda número 109 del Grupo Coalición Democrática, que a nuestro modo de ver perseguía incorporar claridad al Informe del Defensor del Pueblo en la exposición de los resultados obtenidos en la supervisión de la actuación de la Administración pública. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios

Además de este contenido, un anexo contendrá la liquidación del presupuesto de la institución en el periodo que corresponda³⁴⁰.

La regulación del contenido del informe en estos términos suscita dos dudas iniciales, relacionadas ambas con una interpretación, alternativa, del artículo 33, bien como norma de mínimos, bien como norma de estricta sujeción. Quiere decirse que en esta opción cabe plantearse, en primer lugar, si el informe tiene que limitar su contenido a lo previsto en el apartado primero del precepto legal citado, de modo que resultaría ser una mera recopilación de datos, que diera cuenta del volumen de actividad del Defensor del Pueblo relacionada exclusivamente con la recepción de quejas y la emisión de sugerencias y recomendaciones, o si esta enumeración sólo ha de tomarse como una obligación inicial e inexcusable, de modo que esos datos tuvieran que figurar en todo caso, pero con la posibilidad de que el informe incluyera otros datos no mencionados o incluso otros aspectos de la actividad de la institución.

En este mismo orden de consideraciones, pero con otra dimensión, también se ha planteado si el informe debe limitarse a ofrecer a las Cortes Generales un panorama, más o menos completo, de las actuaciones llevadas a cabo, con lo que tendría un carácter básicamente informativo, o si ha de entrar en la valoración de las circunstancias políticas, económicas y sociales que están en el origen de esa actividad y, consecuentemente, pronunciarse a cerca de las medidas de uno u otro orden con las que se podría contribuir a paliarlas o incluso a hacerlas desaparecer.

Por lo que a la primera de estas dos dudas se refiere, lo cierto es que tanto en los autores que se han ocupado de la cuestión como en la propia práctica de la institución hay coincidencia: la relación del apartado primero del artículo 33 no puede considerarse excluyente, como un catálogo cerrado, por lo que no se puede decir que la LODP haya configurado un informe con categorías tasadas. De esta manera, es doctrina aceptada la opinión de que el informe puede ocuparse, sin eludir

de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 59.

³⁴⁰ Originariamente, en la proposición de ley, se configuraba que las Cortes serían las destinatarias exclusivas de este anexo, ello fue atacado por dos enmiendas: la enmienda número 67 del Grupo Andalucista que proponía la supresión de la frase "*cuyo destinatario exclusivo serán las Cortes*" alegando que no existía motivo razonable para ocultar al pueblo español la relación de gastos e ingresos de la institución sino que más bien en esta cuestión debía brillar la máxima transparencia; y la enmienda número 10 del Grupo Comunista, finalmente aceptada, que proponía suprimir no la frase completa sino sólo el adjetivo "*exclusivo*". Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., págs. 46 y 31.

En relación al anexo que contiene el presupuesto nos remitimos a ALONSO SECO, José María, "Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo" Comentario del artículo 37, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 917 - 927.

la dación de cuentas sobre los aspectos señalados en el apartado primero, de cualquier otra cuestión que el Defensor del Pueblo considere relevante. Así lo entiende por ejemplo, PÉREZ CALVO, que parte de la indefinición del artículo 32.1 de la LODP al fijar como objeto del informe la “*gestión realizada*”, dentro de la cual la LODP ha precisado un contenido obligatorio, consistente en informar a las Cortes Generales de ciertas actuaciones, según este autor, aquellas mediante las cuales haya realizado su función de supervisión de la Administración, quedando a discreción del Defensor del Pueblo referirse a otros aspectos, en los que hay que entender pueden estar comprendidos tanto los problemas funcionales que haya advertido como la actividad desplegada en ejercicios de otras funciones³⁴¹.

En todo caso, lo más relevante es que esta conclusión, que puede considerarse la más adecuada a la configuración constitucional de la institución, ha sido asumida por el propio Defensor del Pueblo desde los primeros pasos de su andadura, pues desde el informe inicial hasta el último, aunque no todos sigan la misma estructura, se advierte muy claramente la opción por un entendimiento amplio de lo previsto en el artículo 33.1, de manera que el informe no sólo da cuenta de los datos expresamente mencionados sobre quejas, recomendaciones y sugerencias sino que se conforma como un documento de notable extensión, que se detienen en la exposición bastante elevado de cuestiones, reflejando detalladamente las investigaciones realizadas en los diversos campos que son objeto de supervisión. Muestra de ello vamos a tener en las páginas de nuestro trabajo, ya que en los ámbitos que hemos estudiado relativos a los espacios marítimo-terrestres, el patrimonio histórico y la contaminación acústica, hemos intentado ser fieles al rigor de la investigación llevada a cabo por los Comisionados Parlamentario.

Este artículo 33 ha de ser completado con las referencias dispersas que en el articulado de la ley se hacen a los informes, unas veces se refiere al informe anual y otras a informes especiales. Estas referencias tienen un denominador común: destacar una circunstancia que no favorece al Defensor del Pueblo, circunstancia que puede ser o bien la actitud hostil o entorpecedora de un funcionario o sus superiores ya sea en la remisión del informe inicial solicitado, artículo 18.2 de la LODP; o en la persistencia de esa actitud en cualquier actuación de su labor investigadora, artículo 24.1 de la LODP; o bien el supuesto recogido en el artículo 30.2 relativo a la no adopción, considerada como injustificada por el Defensor, de la recomendación o

³⁴¹ Vid. PÉREZ CALVO, A “*Comentario al artículo 54...*”, cit. pag. 572.

sugerencia o medida dirigida a la Administración una vez concluida su actuación investigadora, sin olvidar el artículo 22.2 relativo a los documentos reservados.

Igualmente ha de completarse el artículo 33 con lo dispuesto en el artículo 13, en relación con las quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia. Así, el precepto prevé que este tipo de quejas deben dirigirse, bien al Ministerio Fiscal, para que éste “*investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la Ley*”, bien al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate; pero “*todo ello sin perjuicio de la referencia que en su informe general a las Cortes Generales pueda hacer al tema*”. De hecho, hay un apartado, precisamente el que encabeza el resumen de la supervisión de la actividad de las Administraciones Públicas, dedicado a la Administración de Justicia, del que por lo demás se deduce que el Defensor no se limita a remitir a esos dos órganos todas las quejas sobre la materia, sino que gira visitas a órganos jurisdiccionales, solicita informes a autoridades judiciales y ejecutivas, formula recomendaciones...

Resulta curioso contrastar con la práctica que los informes del Defensor del Pueblo dedican un apartado a rendir cuentas en relación con los recursos de inconstitucionalidad y amparo que hayan interpuesto, sin que en ningún artículo de la Ley y su Reglamento se prevea la obligación de incluir tal contenido.

Esta misma técnica de la definición positiva y negativa del contenido de los informes ha sido observada por los legisladores autonómicos con la peculiaridad de añadir alguna especificación del contenido no prevista en la LODP. Éste es el caso de la Ley del Diputado del Común que tras establecer que el informe contendrá el número y tipo de quejas presentadas y las quejas que no hubieran sido admitidas a trámite, añade el número de quejas pendiente por resolver y las causas generales, las advertencias, recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias remitidas en el ejercicio de sus funciones, las investigaciones iniciadas de oficio, los problemas generales observados en el funcionamiento de las Administraciones Públicas canarias, todas aquellas cuestiones que el Diputado del Común considere de relevancia o interés, y una referencia expresa a la situación de los menores³⁴².

Ley del Sindic de Greuges de Balears y la Ley del Sindic de Greuges de Catalunya esbozan de forma muy indeterminada el contenido del informe anual y enuncian que en el mismo plazo de presentación del informe deberá presentar la

³⁴² Artículo 47.1 de la Ley del Diputado del Común.

liquidación del presupuesto, sin ninguna precisión más, por lo tanto no señalan que haya de ser en un anexo pudiendo interpretarse que la liquidación se presente en documento separado y sin hacer ninguna mención a la publicidad del mismo³⁴³.

Ley del Justicia de Aragón en virtud de las competencias singulares atribuidas por el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma y su propia ley reguladora de tutela del ordenamiento jurídico aragonés, incorpora como contenido de sus informes la especificación de las actuaciones realizadas en defensa del Estatuto de autonomía y del ordenamiento jurídico aragonés, con especial referencia al resultado de las recomendaciones de interposición de recursos de inconstitucionalidad o de conflictos de competencia³⁴⁴. En este mismo sentido la Ley del Procurador del Común, que atribuye a éste la tutela del ordenamiento jurídico castellano leonés y la defensa del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, impone al Procurador del Común la obligación de hacer en el Informe anual una referencia especial al estado de observancia, aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico castellano leonés, pudiendo además incluir recomendaciones que las Cortes de Castilla y León trasladarán al organismo o autoridad competente³⁴⁵. Por su parte la Ley del Defensor del Pueblo de Castilla la Mancha que también tiene atribuida la defensa del Estatuto y del ordenamiento jurídico autonómico guarda silencio sobre el contenido antes mencionado.

Concluyendo, más allá de lo que suponga para el Defensor del Pueblo y para las Cortes Generales, el informe proporciona una valiosa información para conocer el estado de la Administración y, aún más, de la propia sociedad española: de ahí que tras ser utilizada en el primer informe del Defensor del Pueblo, se haya hecho habitual referirse al informe como una radiografía social de España, en la que se reflejan los problemas que afectan a los ciudadanos. Sobre esta calificación, hay que dar la razón a SAINZ MORENO cuando advierte que quizá no sea del todo adecuada, en tanto el informe se limita a recoger las quejas que efectivamente han sido expresadas al Defensor del Pueblo, o éste haya decidido iniciar, siempre en el marco de sus competencias, por lo que no existe la seguridad de que realmente la imagen que suministra de la realidad social española no esté desenfocada³⁴⁶.

³⁴³ Artículo 27 y artículo 30, respectivamente.

³⁴⁴ Artículo 35.

³⁴⁵ Artículo 29.

³⁴⁶ Vid. SAINZ MORENO, F. *“Defensor del Pueblo y Parlamento. Relaciones con las Cámaras”*..., cit. 25.

No obstante, que no sea un retrato exacto de la realidad social no obsta para que, como dice AGUILAR DE LUQUE, pueda ser considerado como un excelente elemento en manos de las Cortes Generales para el ejercicio de sus funciones de control y dirección política³⁴⁷. En este sentido, ALZAGA VILLAAMIL señala que los informes del Defensor del Pueblo “*son de extraordinario valor por la utilísima información que contienen sobre los vicios más frecuentes o más graves en que incurren nuestras Administraciones públicas en el respeto de los derechos fundamentales, lo que permite orientar tanto la labor crítica de la oposición como la tarea de gobierno hacia la superación de esas lacras, e incluso en ocasiones logra influjo positivo y directo en la opinión pública*”³⁴⁸.

4.2.3.3. La Tramitación

La LODP es parca en esta cuestión puesto que sólo se limita a establecer que el informe tendrá una periodicidad anual y que irá dirigido a las Cortes Generales ante las cuales se hará un resumen oral pudiendo intervenir los grupos parlamentarios a efectos de fijar su postura. Este informe se presentará ante las Cámaras cuando estas estén reunidas en periodo ordinario de sesiones³⁴⁹. Para los casos de gravedad o urgencia de los hechos podrá presentar un informe extraordinario y si las Cámaras no se encuentran reunidas se dirigirá a las Diputaciones Permanentes de las mismas.

Nada impide que tras presentar el informe a las Diputaciones Permanentes, y de cara a la mayor transparencia de su actuación y del posterior debate político, espere, haciendo gala de la máxima prudencia, a que se constituyan las nuevas Cámaras para su exposición ya que no existe un plazo preclusivo de presentación del informe³⁵⁰.

³⁴⁷ Vid. AGUILAR DE LUQUE, Luis: Voz “Defensor del Pueblo” en ARAGÓN REYES, Manuel (coord): Temas básicos de Derecho Constitucional, t. III, Civitas, Madrid, 2001, pag. 231.

³⁴⁸ Vid. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, “*Las garantías para la protección de los derechos (II)*”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio y RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, Derecho político español según la Constitución de 1978, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, pag. 248.

³⁴⁹ La proposición de ley omitía toda referencia expresa al periodo ordinario de sesiones y a las Diputaciones Permanentes, estas menciones se introdujeron en el Senado al estimar la Ponencia y la Comisión por unanimidad una la enmienda número 36 del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 171.

³⁵⁰ La enmienda número 5 de D. Vicente Bosque Hita, del Grupo Parlamentario Mixto, se formuló en el Senado y tenía por objetivo acotar y concretar el momento de presentación del Informe con la finalidad de hacerlo más operativo y actual. En ella se consideraba oportuno que se presentara en el primer trimestre del año siguiente al que es objeto del Informe. Vid. GARRIDO FALLA,

Antonio URIBARRI, quien fuera Adjunto Segundo del Defensor del Pueblo, ha puesto de manifiesto que una de las cuestiones más debatidas ha sido qué ocurre si el Defensor del Pueblo no presenta su informe en el periodo ordinario de sesiones, tal y como se establece en el artículo 32 de la LODP. En este sentido las dudas nacen sobre la posibilidad de que sean las Cámaras las que reclamen del Defensor la presentación del informe; pero, en un principio no se establece tal previsión en la Ley. En todo caso URIBARRI mantiene que se podría tener en cuenta que las Cámaras podrían cesar al Defensor en su cargo como consecuencia de la negligencia en cuanto a su modo de actuar o en el desempeño de sus funciones; pero al mismo tiempo, se puede presumir, al no existir norma que se pronuncie en contrario, que las Cámaras reclamen de aquel su presentación. Lo que si es cierto es que la LODP menciona que el Defensor del Pueblo no está sometido a mandato imperativo de nadie, pero esto no obsta a su dependencia de las Cámaras, como comisionado de las mismas, entrando en juego el artículo 5.1,4 de la LODP³⁵¹.

Respecto a las leyes autonómicas reguladoras de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos solo tres de ellas han introducido una previsión en su articulado que concreta más que la LODP cuándo ha de presentar su informe ante el Parlamento correspondiente. La Ley del Diputado del Común establece que se presentará antes del 30 de mayo del año siguiente al que se rinda cuentas; la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña y la Ley del Justicia de Aragón diseñan que los informes se presenten en el plazo de treinta días a partir del inicio del segundo periodo ordinario de sesiones³⁵².

Continuando con la tramitación del informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales, si analizamos las previsiones del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo en el artículo 11 originario se diseñaba que el informe anual sería sometido previamente a las Comisiones constituidas en ambas cámaras para las relaciones con el Defensor del Pueblo, y además sería dictaminado por las mismas.

Esta situación cambió tras la resolución de 21 de abril de 1992 de las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado por la que se aprobó la modificación del

Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 154.

³⁵¹ Vid. URIBARRI A. “*La relación de la Institución del Defensor del Pueblo con las Cortes Generales: El Informe ordinario.*” El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid. págs. 104 y 105.

³⁵² Artículo 46, artículo 30.1 y artículo 35.1, respectivamente.

Reglamento citado como consecuencia de la Ley 2/1992, de 5 de Marzo que modificó la LODP tras crear una Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo que venía a sustituir a las Comisiones previstas con anterioridad para cada Cámara. Esta modificación del Reglamento no solo vino a adaptar el texto a la creación de la Comisión Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo sino que también suprimió que la Comisión dictaminara el informe antes de que un resumen de éste se expusiera en el Pleno del Congreso y el Senado. Además de ello, la creación de la Comisión Mixta que merece un juicio muy positivo, pues evita que se reitere ante órganos de diferentes cámaras, pero con las mismas características, una intervención que necesariamente tenía el mismo corte.

Una vez que sabemos que en el examen del informe interviene tanto la Comisión Mixta como el Pleno de las Cámaras, veamos cómo se desarrolla cada trámite.

Por lo que respecta a la Comisión Mixta, distinguimos tres fases: la primera consiste en la exposición general del informe por parte del Defensor del Pueblo; la segunda fase se concreta en la intervención de los representantes de cada Grupo Parlamentario para formular preguntas o pedir aclaraciones, tras éstas intervenciones el Presidente de la Comisión Mixta de acuerdo con la Mesa abre un turno en el que los miembros de la Comisión pueden formular escuetamente preguntas o pedir aclaraciones sobre alguna cuestión; y por último, la tercera fase consiste en la contestación del Defensor del Pueblo sobre las cuestiones suscitadas.

La misión fundamental de la Comisión Mixta que se deduce de atender a la exposición del informe es la formulación de preguntas o la petición de aclaraciones, pero sin que ello conlleve el mostrar su conformidad respecto al contenido de dicho informe o rechazar el mismo. Aunque el efecto práctico de ésta ha sido y sigue siendo muy duramente criticado por los autores debido al tratamiento superfluo de los temas y la ausencia de un estudio mas detallado y detenido de los temas que se presentan en el mismo, de la lectura de las actas de estas sesiones se extrae la valoración de que la relación de la Comisión Mixta y el Defensor puede calificarse de cordiales, buenas, fluidas e incluso serviciales.

No han faltado escenas lamentables, que incorporamos en nuestras páginas a modo de denuncia, como la descrita por SORIANO DÍAZ: *“con ocasión del informe anual leído por el Defensor Andaluz en 1997 en el Parlamento, las escasas señorías*

asistentes al acto se limitaron a conversar entre sí desatendiendo al Defensor, quien, visiblemente enojado, abandono el hemiciclo rápidamente sin esperar el turno de preguntas”³⁵³.

Por lo que respecta a las sesiones plenarias debemos recurrir a los Reglamentos del Congreso y del Senado. Del primero centrémonos en su artículo 200 que establece que recibido el informe anual o un informe extraordinario del Defensor del Pueblo y, una vez que haya sido incluido en el orden del día, aquél expondrá oralmente en el Pleno o, en su caso, ante la Diputación Permanente, un resumen del mismo³⁵⁴. Tras esta exposición podrá hacer uso de la palabra, por tiempo máximo de quince minutos, un representante de cada Grupo Parlamentario para fijar su posición. Como se puede observar este precepto fue creado expresamente para regular la tramitación de los informes del Defensor. No encontramos un precepto similar en el reglamento del Senado por ello debemos acudir al artículo 183 que es el más general y el aplicable a la tramitación de los informes preceptivos. Este artículo se limita a una remisión a la forma de tramitación y deliberación que disponga el Presidente de la Cámara de acuerdo con la Mesa y oída la Junta de Portavoces.

Actualmente las normas que regulan la tramitación de los informes anuales o extraordinarios del Defensor del Pueblo son las Resoluciones de la Presidencia del

³⁵³ Vid. SORIANO DÍAZ, Ramón Luis, “*Los puntos negros de las institución del Defensor del Pueblo*”, Revista Jueces para la Democracia número 35, julio de 1999. A continuación reproducimos el contenido del Boletín Oficial del Parlamento Andaluz número 54 del 17 de Septiembre de 1997 en su página 14 que recoge el hecho mencionado por Soriano Díaz: “*Tiene la palabra el portavoz del Grupo Parlamentario Andalucista, señor Dell’Olmo. [Rumores.] Ruego a sus señorías que ocupen sus escaños, por favor. Señor Dell’Olmo, su señoría tiene la palabra. —Perdone, señor Dell’Olmo, un momento para hacer dos tipos de aclaraciones. Una primera a sus señorías es que el Defensor del Pueblo está siguiendo el debate, aunque no esté presente físicamente en la Cámara, pero, para que lo sepan sus señorías, está siguiéndolo, y una segunda que es recordarles a sus señorías que se mantiene vigente la prohibición del uso de teléfonos móviles en la Cámara, que se mantiene vigente para los señores y señoras Diputados y para los señores y señoras que están en la tribuna de oradores, y que no solamente distorsionan al orador, sino que distorsionan también el sistema de grabación de la Cámara*”.

³⁵⁴ La previsión del resumen oral se regula en el artículo 33.4 de la LODP. Este contenido no estaba previsto originariamente en la proposición de ley, sino que fue introducido por la Ponencia y la Comisión que tomaron en consideración la enmienda número 11 del Grupo Comunista formulada en el Congreso que añadía este apartado con la siguiente redacción: “Un resumen del Informe será expuesto oralmente por el Defensor del Pueblo ante los Plenos de ambas Cámaras”. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, Trabajos Parlamentarios de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo..., pag. 31. La última expresión del 33.4 relativa a la intervención de los grupos parlamentarios a efectos de fijar su postura, se añadió en el seno de la Cámara alta tras la consideración en el Pleno del Senado de un escrito que proponía una fórmula transaccional en los términos del actual apartado 4 del artículo 33 de la LODP. Diario de Sesiones del Senado de la sesión plenaria núm. 94, celebrada el miércoles, 18 de febrero de 1981, pag. 4881.

Congreso y del Senado de 24 y 28 de abril de 1992 respectivamente³⁵⁵. En éstas se establece que primeramente el Defensor expondrá brevemente un resumen del informe, y tras su ausencia comenzarán las deliberaciones. El sentido que se ha querido dar a esta ausencia es respetar la independencia del Defensor del Pueblo y centrar las deliberaciones en el contenido del informe y en la Administración, en lugar de la actuación del Defensor del Pueblo.

No deja de ser curioso que si el mandato expreso del Constituyente y el legislador es dar cuentas a las Cortes Generales, antes haya de comparecer ante la Comisión Mixta aunque sea parte integrante de las mismas. Y por otro lado no deja de ser contradictorio el hecho de que desde la Comisión Mixta se le puedan hacer preguntas por medio de los representantes de los grupos parlamentarios, con respuesta en su caso del Defensor del Pueblo y asimismo, lo puedan hacer los miembros de las Comisión, cuando posteriormente y ya en los Plenos de las Cámaras, no se puedan formular preguntas, ya que entre otras cosas como hemos expuesto en las líneas anteriores, el Defensor se ausenta tras su exposición, y son los representantes de los mismos grupos parlamentarios los que han de debatir aquello que se desprende del informe.

El Informe del Defensor del Pueblo constituye un reto sobresaliente y una enérgica llamada de doble atención: por un lado se encuentra muy documentado, ofreciendo datos consistentes y sugiriendo caminos para superar un conjunto de situaciones que resultan intolerables y que no han explicación alguna. Por otro lado, constata, provocando bochorno y vergüenza, que situaciones delicadísimas e injustificables se reiteren y afiancen, entre la inercia y la pasividad. Ello pone al descubierto, de un lado, la falta de reacción ante situaciones muy enojosas que en gran medida pueden ser superadas, pero de otro lado, lo que ya es más grave, la inconsistencia e ineficacia del sistema administrativo.

Respecto a cuál es el comportamiento de las Cortes Generales una vez que han recibido el informe del Defensor debemos tener en cuenta los artículos 108 a 111 de la Constitución española, y dependiendo de los casos podrá pedir la responsabilidad del Gobierno por su gestión (artículo 108), podrán recabar la ayuda del Gobierno y de sus Departamentos, así como de cualquier autoridad del Estado y Comunidad Autónoma (artículo 109), podrá pedir la presencia de los miembros del

³⁵⁵ Con anterioridad a la aprobación de estas Resoluciones la tramitación de los Informes del Defensor del Pueblo se regulaban en el Congreso por la Resolución de la Presidencia de 14 de abril de 1984; y en el Senado, por la resolución de la Presidencia de 23 de mayo de 1984.

Gobierno (artículo 110) y podrá someter a estos últimos a las preguntas e interpelaciones que en las Cámaras les efectúen (artículo 111).

Es necesario para que el importante acontecimiento de la presentación anual del correspondiente Informe alcance el eco que merece, que las fuerzas políticas a las que se presenta intervengan de manera activa utilizando todos los mecanismos citados que el ordenamiento jurídico pone a su disposición. Es necesario que trasladen a sus bases y simpatizantes los problemas que denuncian. Es necesario que el interés de la clase política vaya más allá de la intervención más o menos cortes y del apoyo genérico que ofrece al Comisionario Parlamentario en los debates. Es necesario que haya un vivo afán por concienciar acerca de los problemas pendientes. De lo contrario, nos encontramos como afirma el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, “*que en la España despilfarradora en que nos ha tocado vivir se desperdician vanamente muchos medios y recursos de los que no andaríamos tan sobrados. En momentos de euforia se ponen en marcha instituciones, que pasan a cumplir con normalidad su función, pero cuyos resultados pueden luego desaprovecharse olímpicamente sin sacar el más mínimo rendimiento al trabajo, a la atención y a las energías delicadas y sin que logren los efectos que estarían llamadas a cumplir*”³⁵⁶.

Otra cuestión interesante es la suscitada por una eventual contestación del Gobierno al Informe anual del Defensor del Pueblo. Así ocurrió con algunos de los primeros informes³⁵⁷, a pesar de que ninguna disposición lo prevea y que en

³⁵⁶ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*El Ruido en el Informe del Defensor del Pueblo sobre 1994*”, REALA número 265, 1995, págs. 85 – 115.

³⁵⁷ Al menos en los de los años 1983 y 1984, en los que se publicó como anexo al texto del Informe y los debates parlamentarios. En este sentido hay que dejar constancia de la aprobación, en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el 26 de septiembre de 1995, de un Acuerdo sobre los criterios de política general que desarrollará el Gobierno en consonancia con las valoraciones políticas que se desprenden del contenido del Informe anual del Defensor del Pueblo, así como las iniciativas que se van a emprender para dar cumplimiento a sus recomendaciones y sugerencias, a consecuencia de una moción presentada por el Grupo parlamentario Popular (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie D, núm. 276, de 2 de octubre de 1995. Quizá porque el acuerdo no tiene capacidad alguna para vincular, durante todo el tiempo transcurrido desde su aprobación, ni el Gobierno entonces en ejercicio ni los que le han sucedido han cumplido con lo que se le pedía. El Acuerdo propugnaba una reforma legislativa para introducir la obligación de dar contestación, no al Defensor del Pueblo, sino a las Cortes y sólo respecto a los contenidos que afectaran a la Administración del Estado. En este mismo sentido tres diputados del Grupo parlamentario Mixto presentaron una proposición de ley que pretendía introducir un apartado 5º al artículo 33 con un contenido muy similar al de este acuerdo que no llegó siquiera a discutirse porque antes de que se sometiera al trámite de toma en consideración sus autores la retiraron. (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm.124-1, de 17 de octubre de 1997 y Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie D, núm. 124-2, de 18 de junio de 1998).

principio, dado que el informe se dirige a las cortes generales, no se podría considerar al Gobierno como destinatario. Así lo expresaba por lo demás la primera de esas contestaciones, pero se consideraba conveniente para conseguir “*la máxima difusión y el mejor conocimiento y seguimiento de las recomendaciones del Defensor del Pueblo, así como el grado de cumplimiento de las mismas*”, razón por la cual se anunciaba que esa costumbre se pensaba institucionalizar, manteniéndola en años sucesivos³⁵⁸.

Bien pronto cambió de opinión el ejecutivo, sin que sobre la cuestión se debatiera en demasía posteriormente: tan sólo cabe registrar la opinión de SAINZ MORENO, para quien no sería conveniente proceder a institucionalizar esta práctica, pues implicaría una relación directa entre el Defensor del Pueblo y el Gobierno que no se ajusta a la naturaleza de aquel ni al contenido del informe, cuyo ámbito y naturaleza excede de la acción del gobierno. Como muy bien recuerda este autor, el Gobierno siempre tiene abierta, si lo juzga oportuno, la posibilidad de pronunciarse, en general o sobre ciertos aspectos del informe que le concierna, mientras que los parlamentarios también pueden suscitar los mecanismos de control para conocer cual es la posición del Gobierno³⁵⁹.

La obligación de dar publicidad oficial a los informes es la clave para entender la trascendencia de los mismos, y hasta el punto de que se ha vinculado incluso con la garantía de la independencia del Defensor frente a las presiones que pudiera recibir. En cuanto a la publicidad del informe se refiere, conviene distinguir, entre la publicidad derivada de la propia ceremonia de rendición de cuentas ante el Parlamento y la publicidad del informe en sí mismo considerado. Hay autores que consideran que la repercusión del informe del Defensor se reforzaría, si se publicase antes de su remisión a las Cortes Generales y su publicidad derivase del contenido y singularidad del informe, independientemente de su posterior enjuiciamiento parlamentario. Pero, frente a esta postura, hay que señalar que la principal obligación que tiene el Defensor del Pueblo, conforme al mandato constitucionalmente establecido, es la de rendir cuentas de su gestión ante las Cortes Generales, y ante ellas debe presentar, en primer lugar, el informe anual para cumplir con ese deber, antes de dar conocimiento público de dicho informe, sin perjuicio de que, posteriormente el propio Defensor lo dé a conocer por los medios de difusión ordinarios o en virtud de publicaciones propias, o bien a través de resúmenes de sus

³⁵⁸ Informe del Defensor del Pueblo de 1984. cit. pag. 279.

³⁵⁹ Vid. SAINZ MORENO, F. “Defensor del Pueblo y Parlamento. Relaciones con las Cámaras”... cit. pag. 18.

principales contenidos porque cuanto mayor la difusión, mayor *auctoritas* le conferirá y más contribuirá a humanizar la Administración en sus relaciones con los ciudadanos. Pues no en vano, los informes pueden cumplir, llegado el caso, la finalidad de constituir una denuncia pública de determinadas prácticas administrativas³⁶⁰.

Ahora bien esta indudable importancia contrasta con el tenor del apartado tercero del artículo 32 de la LODP, absolutamente lapidario y escueto, puesto que se limita a ordenar la publicación, pero sin determinar medio, ni asignar esta tarea a órgano concreto. Al menos estas dos cuestiones podían, en teoría, haber planteado algún problema práctico que, afortunadamente, no ha llegado a suscitarse.

A este respecto debemos destacar con una valoración positiva la previsión que incorporan tanto el legislador vasco como el legislador navarro ya que además de la publicidad de los informes a través de los correspondientes Boletines Oficial Parlamentarios, no solo atribuyen a estos la misión de divulgar a través de todos los medios de su alcance y, en particular, a través de los medios de comunicación pública, la naturaleza de su trabajo, sus investigaciones y el informe anual; sino que impone a los medios de comunicación de titularidad de la Comunidad Autónoma respectiva la obligación de facilitar espacios al Ararteko cuando éste lo estime conveniente para el mejor desarrollo de sus funciones y el conocimiento público de su actividad³⁶¹.

Por su parte, el resto de leyes autonómicas, a excepción de la Ley del Sindic de Greuges de Cataluña, de la Ley del Justicia de Aragón y de la Ley del Sindic de Greuges de Baleares, incorporan el dato de la publicidad de los informes. En el caso de la Ley del Defensor del Pueblo Andaluz, la Ley del Síndico de Agravios y la Ley del Procurador del Común en el artículo 31.3 de sus respectivas leyes reguladoras concretan que esta publicación se producirá a través del Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, del Boletín Oficial de las Cortes Valencianas y del Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León, respectivamente. Ampliando esta previsión tenemos el artículo 50 de la Ley del Diputado del Común al establecer que tras la publicación en el Boletín Oficial del Parlamento de Canarias los informes podrán

³⁶⁰ Vid. RUIZ-HUERTA SAEZ-ROYUELA, Juan Ignacio “*Estructura, contenidos y difusión de los Informes anuales del Defensor del Pueblo*”, XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 12 y 13 de noviembre de 2001, Madrid, Palacio del Senado, págs. 142- 152.

³⁶¹ Artículo 11.e) de la Ley del Ararteko y artículo 16.5 de la Ley foral del Defensor del Pueblo navarro.

difundirse por otros medios; y sin concretar el medio de publicidad el artículo 36.3 de la Ley del Valedor del Pueblo.

Las leyes autonómicas son extremadamente parcas en la regulación de la tramitación de los informes ya que no regulan más cuestiones de las que hemos analizado en el apartado de la valoración y sentido de los informes y en el apartado del contenido. Para completar estos datos es necesario recurrir a los Reglamentos de organización y funcionamiento de cada Comisionado Parlamentario, a los Reglamentos de cada Parlamento autonómico y a las disposiciones que los desarrollen y concreten. Antes de concluir sí debemos señalar un último dato en relación a la presentación del informe del Justicia de Aragón ante su Parlamento. Mientras que todas las demás, incluso la LODP, han guardado silencio, la Ley del Justicia de Aragón dispone que los Diputados conocerán el informe al menos con quince días de antelación³⁶². Qué duda cabe de que esta previsión contribuye para que a la hora de intervenir los parlamentarios para fijar su postura lo hagan con mayor conciencia y conocimiento de causa, tras lo que ha de ser un tratamiento profundo y serio del contenido del informe.

Volviendo a la publicidad de los informes del Defensor del Pueblo la práctica consolidada desde el primer informe hasta el último ha sido la siguiente: los informes anuales han sido objeto de publicación por los servicios del Congreso de los Diputados, en una edición elaborada por el Gabinete de Estudios del Defensor del Pueblo. Una característica destacada de esta edición es su rápida confección, pues todos han aparecido en el mismo año en el que se han presentado, una vez que se han sustanciado todos los trámites parlamentarios que conlleva la presentación. La publicación consta de dos tomos, en el segundo de los cuales como anexo al informe anual, que ocupa el primero, se recoge la reproducción de los diarios de sesiones de la Comisión Mixta de relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Plenos de las Cámaras correspondientes a la comparecencia del titular y a los debates sostenidos en tales ocasiones³⁶³.

³⁶² En el artículo 37.

³⁶³ El coste de la edición se reparte entre ambas instituciones y se tiran unos 2.000 ejemplares, que se distribuyen “entre los interesados y aquellas personas que, por su naturaleza, han de conocerlo”, entre los que cita a los Ministerios, Comisionados Autonómicos, Universidades, presidentes de Comunidades Autónomas, comisionados extranjeros y todo aquel que lo solicite. Vid. URIBARRI A. *La relación de la Institución del Defensor del Pueblo con las Cortes Generales: El Informe ordinario*. El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid, cit, p 108. La tirada de ejemplares referida nos lleva a plantearnos si no es una cifra algo escasa a la vista de esta distribución

Previamente, eso sí, se ha producido otra publicación, pero con un alcance muy concreto: una vez que el informe se entrega, normalmente en un acto dotado de alguna formalidad, en tanto el Defensor del Pueblo gira una visita a las sedes del Congreso y el Senado y mantiene un encuentro con sus presidentes, es objeto de publicación íntegra en el “Boletín Oficial de las Cortes Generales”. Sin embargo, con esta publicación, más que al cumplimiento del artículo 32.3 de la LODP, se atiende a las reglas básicas de funcionamiento parlamentario, que requieren que se dé publicidad, a través de este instrumento, a los textos sobre los que va a desarrollarse los trabajos parlamentarios, máxime si es ocasión no sólo para que se celebre una comparecencia del Defensor del Pueblo, sino también un debate entre los integrantes de las Cámaras y con el titular de la institución.

Al tiempo que existe una vertiente formal del Informe ordinario, que es la que acabamos de examinar, también podemos encontrar una vertiente material del mismo, que hace referencia al conocimiento general del Informe que se produce una vez que éste ha visto la luz a través de los diferentes medios que se utilizan para difundirlo y que, como es natural, no se limitan a su presentación en sede parlamentaria. Del informe también se da cuenta a los diferentes medios de comunicación, que sirven de vehículo para darlo a conocer a la sociedad en su conjunto, e incluso los Comisionados suelen utilizar medios adicionales de publicidad de su labor, como es el caso de la edición de un número de ejemplares del documento, como ya hemos comentado, o últimamente, también por su inclusión en las diferentes *páginas Web* institucionales. Así, al tiempo que se produce el acto formal de presentación del Informe ante las Cámaras, la difusión del mismo traerá el efecto deseado de que su contenido valorativo sea conocido por la sociedad, que, sin duda, es destinataria última del Informe.

Si el Defensor del Pueblo no diera a conocer su trabajo y los frutos del mismo, su función apenas tendría sentido, o, como señala FERNÁNDEZ SEGADO, se convertiría en una *“figura ascética y virtuosa que dice que ayuda a los ciudadanos, pero nadie sabe cómo, ni cuándo, ni ante quién ...”*³⁶⁴.

y de la importancia que para la institución puede revestir la distribución de su Informe. En este sentido Oehling Ruiz criticaba duramente la escasez de la tirada cuando era de 1.500, señalando que *“con ello no llega ni para su distribución a los altos cargos y los propios parlamentarios”*. Vid. OEHLING RUIZ, Herman, *“El Defensor del Pueblo: algunos problemas en su adaptación orgánico-funcional”* Revista de Estudios Políticos número 72, 1991, cit. pag. 125. Hoy en día esta postura ha de estar completamente superada gracias a las nuevas tecnologías.

³⁶⁴ Vid. FERNANDEZ SEGADO, F. “El sistema constitucional español”, Dykinson, Madrid,

Precisamente a través de esta caracterización se pone de relieve una doble faceta de las funciones del Defensor. Por un lado, la Institución pretende solucionar problemas individuales a través del examen de las quejas promovidas por los ciudadanos afectados, teniendo que respetar su privacidad por medio de la obligada reserva con respecto a las investigaciones y en general, de todos los trámites. La otra cara de la moneda está constituida precisamente por la necesidad de publicidad que su actuación demanda, puesto que es de interés público conocer los supuestos en los que se intervino, la forma en que se hizo y la valoración que realiza el Defensor después de llevar a cabo su tarea supervisora. Este traslado a la sociedad se produce precisamente a través de los Informes dirigidos al Parlamento. Con ellos el conjunto de sus labores ya de dominio público, con lo que aumenta el grado de confianza de los ciudadanos, que verán en la publicidad una garantía de actuación objetiva y al margen de toda posible connivencia con la Administración.

A través de la publicidad el Defensor dará a conocer sus criterios en relación a las diferentes materias públicas en que intervenga, estableciendo algo que en cierta manera se asemeja a los criterios jurisprudenciales, una *jurisprudencia de autoridad*. Estos criterios, que se ponen en conocimiento de todos, pueden servir a los ciudadanos interesados en promover una queja, que sabrán a que atenerse en relación con el problema que les concierne y con la eventual posición del Defensor ante el mismo; pero también pueden servir a la propia Administración, que por medio de los Informes conocerá de antemano el criterio del Comisionado ante los diferentes asuntos a los que se enfrente³⁶⁵.

Por todo lo anterior, los Informes constituyen una perfecta radiografía de la situación de la Administración. A través de su contenido se puede realizar una evaluación muy aproximada de las preocupaciones principales de los ciudadanos, del estado de cada uno de los sectores de la actividad pública, de su eficacia y de sus carencias y también de la visión que los ciudadanos, el Defensor y la propia Administración tienen de las diferentes materias que se tratan en el Informe.

En este marco, se hace imprescindible, por tanto, el desarrollo de dispositivos de difusión que hagan llegar la información producida por estas Instituciones al mayor número de ciudadanos posibles, y en las condiciones más idóneas que se

1992, pág. 498.

³⁶⁵ Vid. DE ANDRÉS ALONSO, Fernando Luis “*Los Informes anuales de los Defensores del Pueblo*”, XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 12 y 13 de noviembre de 2001, Madrid, Palacio del Senado, cit. pag. 117.

puedan. En este sentido, el planteamiento que se hacen los Comisionados Parlamentarios es que el acceso a la información sobre las actuaciones de los Organismos Públicos no solo es un derecho de la ciudadanía sino también un deber que tienen estos Organismos, que deben facilitar, en la medida de sus posibilidades, el acercamiento de esa información. Y es que hay razones que abogan este planteamiento que están basadas tanto en cuestiones jurídicas como de interés social o de la más elemental eficacia y marketing del propio Organismo, reproduciendo palabras de Erich FRÖMM “*quien no conoce no ama*”³⁶⁶. Es decir, más allá del derecho que asiste a la ciudadanía, con las limitaciones legales que en cada caso se establezcan, está el espíritu de un Organismo Público de que se conozcan sus actuaciones por lo que deben exigirse, ellos mismos, cuantos mecanismos puedan activar para potenciar la difusión y, por ende, el conocimiento y entendimiento de la labor que desarrollan. Solo de esta manera puede llegar a valorarse y rentabilizarse el trabajo de un Organismo.

En un Organismo Público hablamos de eficacia, rentabilidad y valoración, sobre todo, en términos sociales. Para la consecución de este objetivo es preciso que la actuación de éstos tenga un efecto, una repercusión en la sociedad, que sirva para mejorar las condiciones que entran dentro de su ámbito de competencias. Y esto se consigue, en su mayor grado, actuando desde varios espacios entre los que al capítulo de la difusión es preciso dedicarle una atención muy especial.

Desde esta perspectiva y centrándonos en el Defensor del Pueblo Andaluz, éste ha intentado dar más pasos en esta dirección que lo que le obliga la normativa que lo regula, es decir la presentación al Parlamento de Andalucía y su posterior publicación de un informe anual en el que da cuenta de su gestión y de cuantos informes especiales realice. Así, además de realizar una amplia distribución gratuita de los informes en papel, desde hace poco más de cinco años, viene incorporando contenidos en su página en Internet. Y es que las nuevas tecnologías abren un camino de dimensiones insospechadas aun, para trasladar una cierta imagen de la Institución y una información que ayude a la ciudadanía en general y a otros organismos, instituciones y entidades a conocer con más detalle a esta Institución y sus actuaciones³⁶⁷.

³⁶⁶ Vid. FRÖMM, Erich “El arte de amar”, Editorial: Paidós Studio.

³⁶⁷ Vid. ZAMBRANO SILVA, Salvador, “Sobre la necesidad de facilitar el acceso a la información derivada de la actuación de los Comisionados Parlamentarios: base de datos de las actuaciones contenidas en los Informes anuales y especiales del Defensor del Pueblo Andaluz” XVI

De ahí que valoremos muy positivamente tres cuestiones. La primera de ellas la asunción del compromiso con la ciudadanía en la prestación de servicios de calidad, sujetando su actuación administrativa a una “Carta de Servicios y buena práctica administrativa” que, atendiendo a los principios de transparencia, información y atención adecuada, establezca un catálogo de derechos de las personas usuarias de esta Institución y unos compromisos concretos sobre el tipo de conducta y servicios que van a recibir de la misma, así como los instrumentos que aseguren la participación y consulta de los ciudadanos y ciudadanas en el proceso de mejora permanente de estos servicios³⁶⁸. Con la adopción de esta iniciativa por parte del Defensor del Pueblo Andaluz se persigue, en definitiva, aproximar esta Institución a la sociedad andaluza, posibilitando la información, la transparencia, la participación, la responsabilidad y la mejora continua de nuestros servicios en función de las demandas ciudadanas. Al mismo tiempo, pretende hacer extensiva esta iniciativa a las demás Administraciones e instituciones públicas de Andalucía, invitándolas a que aprueben sus propias cartas de servicios.

La segunda de ellas la elaboración y difusión del Manual para el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos. El Defensor del Pueblo Andaluz se propuso como objetivo de esta publicación: orientar y guiar a la sociedad andaluza en el conocimiento y ejercicio de sus derechos. En este manual se abordan, agrupados en tres bloques temáticos, el desarrollo de veinticuatro derechos que hemos considerado los más usuales y de más frecuente ejercicio por la ciudadanía frente a la Administración. La sistemática empleada facilita su utilización de forma individualizada para un derecho concreto, o bien, de forma relacionada, con otro u otros derechos del mismo o diferentes bloques temáticos. En definitiva, el Defensor del Pueblo Andaluz pone al alcance del mayor número posible de ciudadanos y ciudadanas de Andalucía una guía práctica que les facilita el conocimiento y ejercicio de sus derechos y les orienta sobre cómo actuar y dónde acudir en caso de que consideren lesionados o vulnerados esos derechos³⁶⁹.

Y la tercera y última, la aprobación de la idea y la materialización del CD-ROM que contiene una base de datos que recoge la información ordenada, tratada y

Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 12 y 13 de noviembre de 2001, Madrid, Palacio del Senado, págs. 199 – 207.

³⁶⁸ Carta de servicios y buena práctica administrativa: Defensor del Pueblo Andaluz. 1ª ed., Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz, 2003, pag. 23 . Resolución de 7 de octubre de 2003, publicada en BOJA nº 209, de 30-3-2003.

³⁶⁹ Manual de derechos de la ciudadanía / Defensor del Pueblo Andaluz. Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz, 2002. ISBN 84-89549-61-3.

sistematizada de todos los Informes Anuales y Especiales del Defensor del Pueblo Andaluz desde 1990 hasta 2000 que, de alguna manera, es el instrumento de información pública más exhaustivo que puede ofrecer la Institución sobre sus actividades. Sin perjuicio de esta positiva valoración pedimos al Defensor del Pueblo y a los Comisionados Parlamentarios que continúen con este espíritu y directriz de acercar la institución no sólo al ciudadano, sino también a las Administraciones públicas y completen la informatización de todos sus informes y trabajos, entre ellos las Jornadas de Coordinación, pues constituyen una herramienta de incalculable valor y posibilidades.

5. La experiencia europea del Ombudsman

Los diferentes intentos de los intelectuales por dotar del originario carácter político a la construcción europea desembocaron en la necesidad de configurar un espíritu europeo a través de la configuración de un estatuto de ciudadanía. Estos intentos no eran sino la reacción frente al descontento por la Europa que con el transcurso del tiempo se había asentado en bases exclusivamente técnico-económicas. Las instituciones europeas comenzaron a prestar atención a unas necesidades democráticas y sociales que habían sido relegadas a un segundo plano por la obsesión de seguir avanzando en el terreno económico, por ello no nos ha de extrañar que los Tratados constitutivos de las Comunidades otorgaran, inicialmente, derechos solo de contenido económico. Pero este panorama cambia en 1984 cuando el Consejo de Fontainebleau constata el alejamiento del ciudadano al proyecto de construcción europeo y constituye el Comité Adonnino al que se le encarga examinar las posibles medidas, todas ellas con la característica de no ser económicas, que pudieran tomarse para acercar la Comunidad a los ciudadanos. Este Comité presentó la primera propuesta sobre la creación del Defensor Europeo, propuesta que no prosperó por la falta de entusiasmo del Parlamento Europeo ya que entendía que con esta institución se repetía el derecho de petición.

Hubo que esperar al Tratado de Maastrich para ver cómo se materializaba la política de acercamiento al ciudadano y se le reconocían un conjunto de derechos regulados en los artículos 8 a 8E: el derecho de circulación, de establecimiento, de sufragio activo y pasivo, en elecciones municipales y al Parlamento europeo, derecho de petición al Parlamento europeo, derecho a la protección diplomática y consular y

el derecho a dirigirse a un Defensor del Pueblo nombrado por el Parlamento³⁷⁰. Todos estos derechos constituyen un auténtico estatuto de ciudadanía que pretende dar solución tanto al déficit democrático³⁷¹ como al problema de la desvinculación del ciudadano del proyecto europeo³⁷².

Sin perder de vista que la figura del Defensor del Pueblo Europeo no se entiende si no se inserta en el marco de la ciudadanía europea, analizaremos, por orden cronológico, las diversas propuestas que surgieron a raíz del Comité Adonnino en 1985.

El 4 de mayo de 1990, el Reino de España presentó la idea de la ciudadanía a través de una carta del Presidente del Gobierno dirigida al resto de miembros del Consejo. En esta iniciativa se incluía también la propuesta de la creación de un Defensor del Pueblo Europeo para garantizar los derechos que irían adheridos a la condición de ciudadano. El texto español concebía al Defensor en el ámbito de la ciudadanía y proponía la existencia de una especie de mediador comunitario en cada Estado miembro que, eventualmente podía añadirse a los Defensores nacionales ya existentes. El Consejo Europeo de Roma en diciembre de 1990 se mostró favorable a la propuesta española y llegó incluso a mencionar entre las instituciones defensoras de los derechos que compondrían la ciudadanía al Ombudsman.

³⁷⁰ Este derecho se reconoce también en el Tratado por el que se establece una constitución para Europa que se aprobó en la Conferencia de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros el 6 de agosto de 2004.

³⁷¹ Este déficit democrático es una consecuencia de la propia estructura institucional comunitaria ya que no sólo difiere de las organizaciones internacionales tradicionales, sino que tampoco es asimilable a las construcciones administrativas nacionales. El Poder Legislativo no reside en el Parlamento sino en el Consejo, y como los representantes del Consejo son elegidos, indirectamente, por los Parlamentos de los Estados, mientras que los representantes del Parlamento son elegidos por los ciudadanos directamente existe una sensación de “déficit democrático”. Además la estructura institucional europea no está basada en el principio clásico de separación de poderes porque el Parlamento es fundamentalmente consultivo o, a lo sumo, coparticipe en la elaboración de las normas; y porque la estructura institucional se fundamenta en las instituciones que concentran el Poder Ejecutivo, es decir en el Consejo y en la Comisión, pero además, la división de poderes exige que exista el Poder soberano que radique en el pueblo, es decir, exige que exista un pueblo europeo. Vid. CARMONA CHOSSAT, J.F.; “El Defensor del Pueblo Europeo”, INAP, Madrid, 2000.

³⁷² Otra manifestación de esta política de acercamiento se concreta en el principio de subsidiariedad que significa que la Comunidad actúa dentro de los límites que le son impuestos por sus competencias; actúa, tratándose de competencias no exclusivas, cuando los objetivos no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados; y por último implica que la acción de la Comunidad no puede exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado. La reforma institucional también constituye otra medida de acercamiento y fortalecimiento de la democracia, afecta esencialmente al Parlamento y supone un aumento de sus competencias, entre ellas: el nombramiento del Defensor del Pueblo europeo. Ibidem.

El 28 de febrero de 1991, la Comisión hace su propia propuesta estableciendo que cada Estado miembro ha de adoptar, al menos, una instancia nacional que pueda tomar la forma de Ombudsman, a la que los ciudadanos de la Unión podrán acudir para la defensa de los derechos derivados del Tratado, para asistirle ante las autoridades administrativas de la Unión y de los Estados miembros, así como para hacer valer esos derechos ante las instancias judiciales en el lugar y sitio oportuno a favor de los interesados. De esta propuesta hay que destacar, especialmente dos datos: en primer lugar, incluía la instauración de un Defensor nacional en aquellos países que carecieran de uno o de una institución equivalente para que los ciudadanos pudieran dirigirse a ellos; y en segundo lugar, atribuía a estas instituciones la posibilidad de defender directamente los derechos de la ciudadanía ante las autoridades judiciales, derecho del que carecen la mayoría de los Ombudsman nacionales, salvo en algunos casos para la defensa de los derechos fundamentales y frente a los Tribunales de orden constitucional, como el caso español.

En marzo de 1991, el gobierno Danés presentó su propuesta que fue la que finalmente se tuvo en cuenta. El espíritu de la idea danesa situaba al Defensor vinculado al Parlamento pretendiendo reemplazar la Comisión de Peticiones, pero a este respecto la Conferencia intergubernamental se orientó en seguida hacía la inclusión en el Tratado tanto del derecho de petición, artículo 8D primer párrafo, como del mediador, artículo 8D segundo párrafo. El proyecto elaborado por el Gobierno y presentado el 20 de marzo de 1991 fue modificado añadiéndose la imposibilidad del Defensor para intervenir en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia y de Primera Instancia. Se excluyó también de su ámbito de competencias los hechos que hubieran sido objeto de un proceso jurisdiccional. Para tranquilizar los temores del Parlamento se previó la posibilidad de presentar las quejas directamente o a través de un miembro del Parlamento; y se reforzó la obligatoriedad de cooperación de las instituciones comunitarias frente a la labor del Defensor. El texto finalmente adoptado dotaba al Parlamento de un protagonismo determinante ya que éste es quien nombra al Defensor y quien puede exigir su dimisión, recibe sus informes, fija su Estatuto y las condiciones generales del ejercicio de sus funciones.

Todas estas propuestas y el proceso de elaboración del Tratado de la Unión produjeron dos artículos de los que se parte como base para establecer el Estatuto del Defensor:

Artículo 8D: “(...) *Todo ciudadano de la Unión podrá dirigirse al Defensor del Pueblo instituido en virtud de lo dispuesto en el artículo 138E.*” Recordemos que este artículo se encuentra ubicado en la segunda parte relativa a la ciudadanía de la

Unión. Este artículo ha de ser completado con el artículo 43 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada en la cumbre de Niza en diciembre de 2000 en el que se establece que: *“Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.”*

Artículo 138E: *“1. El Parlamento Europeo nombrará un Defensor del Pueblo que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.*

En el desempeño de su misión, el Defensor del Pueblo llevará acabo las investigaciones que considere justificadas, bien por iniciativa propia, bien sobre la base de las reclamaciones recibidas directamente o a través de un miembro del Parlamento Europeo, salvo que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. Cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de mala administración, lo pondrá en conocimiento de la institución interesada, que dispondrá de un plazo de tres meses para exponer su posición al Defensor del Pueblo. Este remitirá a continuación un informe al Parlamento Europeo y a la institución interesada. La persona de quien emane la reclamación será informada del resultado de estas investigaciones.

El Defensor del Pueblo presentará cada año al parlamento europeo un informe sobre los resultados de las investigaciones.

2. El Defensor del Pueblo será nombrado después de cada elección del Parlamento Europeo para toda la legislatura. Su mandato será renovable.

A petición del Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia podrá destituir al Defensor del Pueblo si éste dejare de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o hubiere cometido una falta grave.

3. El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones con total independencia. En el ejercicio de tales funciones no solicitará ni recibirá instrucciones de ningún

organismo. Durante su mandato, el Defensor del Pueblo no podrá desempeñar ninguna otra actividad profesional, sea o no retribuida.

4. El Parlamento Europeo fijará el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo, previo dictamen de la Comisión y con la aprobación del Consejo, por mayoría cualificada.”

De la redacción de este artículo hay que destacar los siguientes puntos:

Su competencia se define positiva y negativamente. Positivamente en cuanto que determina que las quejas serán relativas a los casos de mala administración, concepto que trataremos en otro capítulo, en la acción de las instituciones u órganos comunitarios. Es por tanto importante resaltar que la redacción del artículo se refiere expresa y únicamente a las instituciones u órganos comunitarios con la única excepción del tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, por tanto hay que excluir del control del Defensor a toda administración no incluida expresamente en el artículo para ser fieles al principio de que donde la ley no distingue no se ha de distinguir³⁷³. Como se puede observar, a diferencia de nuestro Defensor nacional, exclusivamente tiene atribuida la competencia sobre los casos de mala administración en relación a los derechos que dan contenido al estatuto de la ciudadanía y no para la defensa de los derechos fundamentales. Por lo que respecta a la definición negativa de su competencia se excluye su investigación sobre los casos que sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional, al igual que ocurre en nuestra legislación nacional del Defensor del Pueblo.

A diferencia de lo que ocurre con nuestro Defensor nacional y también los autonómicos, el ejercicio de sus funciones se encuentra coordinado con cada legislatura en el sentido de que su elección se llevará a cabo después de cada elección del Parlamento. Ello nos lleva a plantearnos que si en el caso español la elección por un periodo de cinco años, es decir un año mas que cada legislatura, debe considerarse un signo de independencia frente al Parlamento, hasta qué punto lo dispuesto en el Tratado debe interpretarse como la voluntad de mantener un vínculo fuerte de dependencia entre el Parlamento y el Ombudsman, sin perjuicio de la independencia predicada en el párrafo tercero del artículo. Sin embargo, esta aparente dependencia parece relajarse ya que por lo que se refiere a la destitución ésta se produce por el

³⁷³ Es importante tener este dato en cuenta porque con posterioridad, en la tramitación del Estatuto del Defensor se plantearon cuestiones relativas a los poderes inquisitivos de éste frente a las autoridades nacionales.

Tribunal de Justicia, reservándose el Parlamento poder solicitarla cuando observe que se ha dejado de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o hubiere cometido una falta grave; del mismo modo, aunque es el Parlamento el que aprobará su Estatuto requerirá de un dictamen previo de la Comisión y de la aprobación del Consejo por mayoría cualificada. A diferencia de lo que ocurre con la legislación española que regula la institución del Defensor del Pueblo se hace la afirmación expresa de que su mandato será renovable.

Se le reconoce la posibilidad de iniciar de oficio las actuaciones de investigación, y de la síntesis que el precepto hace de la forma de proceder del Ombudsman nos llama la atención que, una vez comprobado el caso de mala administración y puesta en conocimiento la institución interesada para que, a través de un informe, exponga su posición, el Ombudsman dirige un informe al Parlamento europeo; es decir, sin perjuicio del informe anual sobre los resultados de las investigaciones, el Defensor del Pueblo Europeo envía al Parlamento un informe específico de cada reclamación que recibe.

Por último señalar que en lugar de establecer una enumeración tasada de las causas de incompatibilidad, se introduce la cláusula abierta de “...no podrá desempeñar ninguna otra actividad profesional, sea o no retribuída”.

Antes de concluir es preciso hacer una salvedad: la institución del Defensor del Pueblo Europeo es una figura novedosa que no puede identificarse plenamente con las figuras jurídicas propias de los Estados porque debido a su inserción en un marco jurídico tan diferente al de estos³⁷⁴, claramente basados en el principio de separación de poderes, se dota de unos perfiles y matices diferentes³⁷⁵.

Por su parte los Considerandos de la Decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones no se han centrado en justificar la necesidad o la razón de implantar esta institución, sino que a grosso modo resalta las cuestiones contenidas en la decisión y que a continuación enunciamos brevemente:

³⁷⁴ Sobre la peculiaridad del sistema institucional de las Comunidades Europeas y del Defensor del Pueblo Europeo ver CARMONA Y CHOUSAT, J.F., “El Defensor del Pueblo Europeo”, INAP, 2000, págs. 293 a 300.

³⁷⁵ Es oportuno adelantar en este punto que si bien a la luz del artículo 138E del TUE no se aprecian diferencias sustanciales, el Estatuto si aporta distinciones, por ejemplo, en los límites al que se somete su poder de investigación y en las peculiaridades sobre la divulgación de la información.

- La obligación de las instituciones y de los órganos comunitarios de facilitar la información que les sea solicitada por el Defensor, a no ser que se opongan a ello motivos de secreto debidamente justificados, y sin perjuicio de la obligación que incumbe al Defensor de no divulgar dicha información. Los Estados miembros también deberán facilitar al Defensor toda la información que le sea solicitada siendo aplicable también en este caso la anterior excepción.
- La presentación de un informe general al término de cada periodo anual de sesiones.
- La obligación de discreción por parte del personal del Defensor del Pueblo, sin perjuicio de la obligación de informar a las autoridades competentes de los hechos que, a su juicio, constituyan materia de derecho penal.
- La competencia del Parlamento para nombrar al Defensor del Pueblo de entre personas que sean ciudadanos de la Unión y que ofrezcan todas las garantías de independencia y competencia. El Defensor se comprometerá solemnemente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a desempeñar sus funciones con total independencia.
- Se afirma la necesidad de establecer las condiciones de cese, de determinar las incompatibilidades, el trato que habrá de dispensársele y la concreción de sus privilegios e inmunidades.
- Se establece la conveniencia de prever la posibilidad de cooperación entre el Defensor del Pueblo y las autoridades análogas existentes en los Estados.
- Se atribuye al Defensor la competencia de adoptar las normas de desarrollo de esta Decisión.

La Decisión del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 1994, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones³⁷⁶ está formada por 17 artículos sin ninguna división sistemática, pero

³⁷⁶ En el procedimiento de elaboración del Estatuto del Defensor han intervenido tres instituciones de la Unión a través de un proceso de formación de normas que, no sólo es dispar, en relación con el habitual de elaboración normativa, sino que manifiesta, una vez más, la originalidad institucional de la Unión. Esta originalidad proviene no de nombre de las Instituciones sino de sus funciones y del peculiar proceso de creación de normas. No se trata del típico modelo de elaboración legislativa de un Estado con división de poderes, sino de otro sistema.

que podemos englobar en dos grupos: el primero, relativo a las condiciones generales del ejercicio de sus funciones³⁷⁷; y el segundo, relativo al estatuto jurídico del Defensor y a la organización interna, tanto personal como presupuestaria, de su oficina³⁷⁸.

Entre las condiciones generales del ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo destaca el deber de respeto que le han de profesar las instituciones europeas y estatales al igual que el deber de respeto que de tener el Ombudsman respecto a las atribuciones conferidas por los Tratados a las instituciones y órganos comunitarios. Se diseña la prohibición de intervenir en las causas que se sigan ante los Tribunales, así como la prohibición de poner en tela de juicio la conformidad a derecho de las resoluciones judiciales³⁷⁹.

Las garantías que se otorgan al Defensor del Pueblo en el ejercicio de sus actuaciones de investigación, engloban desde la obligación de facilitar todos los documentos que solicite a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros, con la excepción de aquellos afectados por disposiciones de secreto, o la posibilidad de informar al Parlamento de no haber recibido la asistencia solicitada a las instituciones comunitarias con la finalidad de que el Parlamento emprenda las gestiones oportunas, hasta la función de mediación entre el ciudadano que presenta la reclamación y el órgano o institución afectado³⁸⁰.

El Defensor del Pueblo y su personal tiene la obligación de no divulgar las informaciones y documentos de los que hubiera tenido conocimiento en el marco de

³⁷⁷ Compuesto por los artículos 1, 2, 3, 4, y 5.

³⁷⁸ Del artículo 6 al artículo 17. Los artículos 6, 7, 8, 9, y 10 regulan aspectos propios de su estatuto jurídico, como el nombramiento, el cese, la destitución, las causas de incompatibilidad, y el principio de independencia con el que lleva a cabo sus funciones. El artículo 11 establece que el Defensor del Pueblo estará asistido por una secretaría formada por funcionarios y agentes cuyo número se adoptará cada año en el marco del procedimiento presupuestario. Su presupuesto, según el artículo 12, figurará como un anexo en la sección relativa al Parlamento. Su sede será la del Parlamento Europeo en virtud del artículo 13. Los artículos 15 y 16 se redactan como disposiciones de carácter transitorias estableciendo que el primer Defensor del Pueblo nombrado después de la entrada en vigor del Tratado de la Unión lo será por el periodo restante hasta el término de la legislatura, y que el Parlamento Europeo fijará en su presupuesto los recursos, tanto en lo que respecta a personal como materiales que permitan al primer Defensor del Pueblo que se nombre ejercer a partir de su nombramiento las funciones que tiene encomendadas.

³⁷⁹ Artículo 1 de la Decisión del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 1994, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo.

³⁸⁰ El artículo 2 regula el ámbito de competencias, la legitimidad para dirigir una reclamación al Defensor y la presentación, efectos, formalización, admisión y rechazo de la misma. El artículo 3 establece el procedimiento de actuación. Decisión del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 1994, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo.

sus obligaciones y la obligación de de informar inmediatamente a las autoridades competentes de los hechos que considere materia de derecho penal. También se le reconoce la posibilidad de cooperación con las autoridades análogas de los Estados miembros³⁸¹.

En conclusión, el Defensor es el resultado de una disposición normativa especial cuya formulación se llevó a cabo por Decisión del Parlamento previa aprobación conjunta del Parlamento y el Consejo. Es también calificada como una norma particular, por ser una norma jurídica de derecho derivado no exclusivamente organizativa, ya que implica derechos de los ciudadanos europeos, de aplicación directa y de carácter general³⁸².

5.1. Naturaleza jurídica

En cuanto al Defensor del Pueblo Europeo, lo primero que llama la atención es la omisión de la expresión “comisionado parlamentario” tanto en el artículo 138E del TUE como en su Estatuto Jurídico regulado por Decisión del Parlamento Europeo. A pesar de esta omisión no se puede negar la clara vinculación que mantienen con el Parlamento no sólo por su nombramiento parlamentario de clara influencia sueca, sino por las relaciones constantes, basadas en la recíproca confianza, que tiene con él a través de la remisión de informes especiales y del informe anual sobre los resultados de las investigaciones, así como la posibilidad que tiene el Parlamento de solicitar al Tribunal la destitución del Defensor.

Es necesario recordar que en un principio, tras la propuesta del Comité Adonnino, el Parlamento se mostraba reacio a la implantación de esta institución por considerar que la Comisión de Peticiones realizaba la misma función que se pretendía atribuir al Defensor, esto no puede responder a otra cosa que al prurito protagonismo por parte del Parlamento y por ello entre otras medidas de ejercer un cierto control sobre su actividad se ha contemplado la posibilidad de presentar las reclamaciones directamente por el ciudadano o a través de un parlamentario³⁸³ y se

³⁸¹ Artículo 4 y artículo 5 de la Decisión del Parlamento Europeo, de 9 de marzo de 1994, sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo.

³⁸² Esta decisión entró en vigor el día siguiente a la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, tal y como previó el artículo 17. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 4 de mayo de 1994.

³⁸³ Artículo 2.1 de la Decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones Generales del ejercicio de sus funciones: “*Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su Sede social en un Estado miembro del*

ha hecho coincidir el tiempo de ejercicio de sus funciones con la legislatura del Parlamento³⁸⁴.

Además de estas medidas, el Parlamento en el texto originario de la Decisión mantenía que el juramento de ejercer las funciones con independencia debía prestarse ante el Parlamento, el texto aprobado finalmente modificó esta cuestión ya que el juramento ofrece una mayor garantía de independencia si se presta ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³⁸⁵. Es preciso tener un dato en cuenta: el Defensor ofrece una protección no jurisdiccional adaptada a las necesidades de los ciudadanos en lo que supone de medio, de recurso directo, rápido, informal y gratuito, pero sobre todo su mayor contribución radica en *“el refuerzo del control político del Parlamento europeo, que combinada con su misión de protección a los ciudadanos implica, más allá de la simple protección, una verdadera garantía de los derechos de los ciudadanos”*.

5.2. Misión fundamental

Por lo que respecta al Ombudsman europeo la función principal que éste tiene encomendada es el control de la actuación administrativa comunitaria, atendiendo a la dicción literal del artículo 138E del TUE *“...estará facultado para recibir las reclamaciones (...) relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”*.

A pesar de la complejidad de definir qué se entiende por mala administración, este concepto es genéricamente identificable con agravio administrativo o con incorrección administrativa no susceptible de recurso no justiciable. El propio Defensor del Pueblo en un folleto editado en 1996, arrojó luz sobre este concepto tan

Parlamento Europeo...

³⁸⁴ Artículo 6.1 de la Decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones Generales del ejercicio de sus funciones: *“El Defensor del Pueblo será nombrado por el Parlamento Europeo después de cada elección de éste y hasta el final de su legislatura. Su mandato será renovable”*.

³⁸⁵ Artículo 9.2 de la Decisión del Parlamento Europeo sobre el Estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones Generales del ejercicio de sus funciones: *“Al iniciar sus funciones, el Defensor del Pueblo asumirá ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el compromiso solemne de ejercer sus funciones con independencia e imparcialidad absolutas y de respetar, durante su mandato y tras el cese de sus funciones, las obligaciones que se deriven del cargo y, en particular, los deberes de honestidad y discreción en cuanto a la aceptación, una vez terminado su mandato, de determinadas funciones o beneficios”*.

oscuro e impreciso, bajo la fórmula de una enumeración ejemplificativa en la que incluía: irregularidades administrativas, omisiones administrativas, abusos de poder, negligencias, procedimientos ilícitos, favoritismos, casos de disfuncionalidad o incompetencia, discriminaciones, retrasos injustificados, falta de información o negativa a proporcionar información. Una perspectiva que no se puede olvidar y sobre la que hay que proyectar este concepto de mala administración es el servicio público, en éste se produce mala administración cuando la institución o cualquier otro organismo comunitario encargado de una misión de servicio público no ha funcionado de acuerdo con esa misión. Cuando se habla de mala administración no se trata de una cuestión de pura y simple corrección jurídica, sino que la actuación jurídica administrativa es preciso completarla con la reacción del ciudadano, con su conciencia de agravio administrativo.

La fórmula utilizada de enumeración ejemplificativa pone de manifiesto que estamos ante un concepto difícil de definir y el Defensor del Pueblo Europeo tiene conciencia de ello. Es obvio que cuando hablamos de mala administración no es simplemente de ilegalidad ya que entonces bastaría con el control del Tribunal de Justicia, la razón de ser del Defensor es la existencia de un ámbito intermedio entre lo estrictamente ilegal y lo que sin serlo, sin ser justiciable, se configura como una actuación que no se realiza de conformidad con las normas o principios a los que debe obligatoriamente atenerse, tal y como ha manifestado el Defensor del Pueblo Europeo en el Informe anual de 1997.

Las funciones de mediación del Defensor del Pueblo Europeo se encuentran reconocidas en la Decisión que aprobó el propio Defensor en ejecución de su Estatuto. Éste tras realizar las investigaciones relativas a las quejas admisibles y una vez comprobada la existencia de un caso de mala administración cooperará en toda la medida de lo posible con la Institución afectada para encontrar una solución amistosa que suprima el caso de mala Administración y dé satisfacción al ciudadano. Si el Defensor estima que una cooperación de este tipo ha tenido éxito, archivará el asunto mediante una decisión motivada, informado de su decisión al ciudadano y a la institución afectada. Si el Defensor del Pueblo estima que no es posible una solución amistosa, o que la búsqueda de una solución amistosa no ha tenido éxito, archivará el asunto mediante decisión motivada, que podrá contener un comentario crítico, o elaborará un informe con proyectos de recomendación³⁸⁶.

³⁸⁶ Ejemplos de esta actividad mediadora los encontramos en el Informe de la gestión realizada durante el año 2000 en la página 135; en el Informe de la gestión realizada durante el año

Respecto a los derechos que protege el Defensor del Pueblo Europeo, estos son fundamentalmente los que atribuyen los tratados, no sólo los que componen el nuevo estatuto de la ciudadanía europea, sino los que han venido atribuyéndose conforme al acervo comunitario. Nótese que no nos estamos refiriendo a los derechos fundamentales ya que para estos existe garantía judicial. De hecho Jacob Söderman, anterior Defensor del Pueblo Europeo³⁸⁷, ha puesto de manifiesto que las causas de reclamación más comunes son la negativa de las instituciones comunitarias a facilitar información, las irregularidades en el reclutamiento para la función pública europea, y el procedimiento seguido por la Comisión Europea para desarrollar su papel como guardián del Tratado en casos de incumplimientos de los Estados miembros³⁸⁸.

Como reacción a la primera causa de reclamación citada, es decir, la negativa de las instituciones comunitarias a facilitar información, el Defensor del Pueblo Europeo presenta como principio inspirador de su actuar el principio de transparencia. Con la puesta en práctica de este principio, el Ombudsman comunitario no sólo persigue acercar el poder comunitario a los ciudadanos, sino también servir de ejemplo al resto de instituciones comunitarias para que éstas prediquen en su proceder diario y cotidiano la transparencia y claridad.

Este principio adquiere una fuerza y relevancia mayor en el ámbito europeo que en el ámbito nacional por las propias peculiaridades organizativas de la Unión Europea de cuya actuación se predica un mayor grado de complejidad y opacidad que en el ámbito nacional, con el condicionante añadido del desconocimiento de las instituciones de la Unión y su funcionamiento por la ciudadanía y la falta de sensación de proximidad de las mismas que en caso de haber sufrido lo que el ciudadano considera una vulneración de un derecho se traduce en indefensión ante el aparato administrativo comunitario sin saber a quién recurrir y dónde dirigirse.

Por ello en el principio de transparencia juega un papel fundamental la publicidad, el control hecho en público y con constancia del ciudadano, porque de lo contrario no puede hablarse de un control de los ciudadanos y la institución pierde el

2002 en la página 84 y en el Informe de la gestión realizada durante el año 2003 en la página 5.

³⁸⁷ Actualmente y desde el 1 de abril de 2003 es Defensor del Pueblo Europeo P. Nikiforos Diamandouros

³⁸⁸ Vid. SÖDERMAN Jacob “*El Defensor del Pueblo como garante en el sistema Comunitario de defensa de los derechos ciudadanos.*” El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid. pág. 16.

carácter de participativa, y si pierde el carácter de participativa pierde su rasgo de identidad.

Una manifestación de este principio de transparencia lo encontramos en el artículo 14 de la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo por el que se adoptan medidas de ejecución³⁸⁹. Esta Decisión, aprobada el 8 de julio de 2002, contiene en su artículo 14 el derecho de acceso del público a los documentos custodiados por el Defensor del Pueblo. A estos efectos son públicos: el registro general de reclamaciones no confidenciales; las reclamaciones remitidas por los ciudadanos y los documentos adjuntos, salvo los tratados como confidenciales; los dictámenes y dictámenes circunstanciados emanados de las instituciones afectadas, así como las observaciones formuladas al efecto por los ciudadanos, salvo que sean tratados como confidenciales; las decisiones de archivo de un asunto del Defensor del Pueblo, con la salvedad reiterada en los casos anteriores; y los informes y proyectos de recomendación, salvo que sean tratados como confidenciales.

Los demás documentos custodiados por el servicio del Defensor del Pueblo serán públicos, a menos que el Defensor del Pueblo Europeo estime que se impone la confidencialidad a la luz de los Tratados, del Estatuto o de cualesquiera otra disposición del Derecho Comunitario, o para proteger el interés inherente a la confidencialidad de sus procedimientos y del funcionamiento de su servicio. El acceso será permitido por el Defensor previa solicitud por escrito que contenga datos suficientemente precisos para identificar los documentos de los que se trate. Se dará acceso *in situ* o mediante expedición de una copia a la persona que los solicite, esta última podrá estar condicionada al pago de una tasa razonable cuyo método de cálculo será razonado. La decisión sobre una solicitud de acceso público a un documento se ha de adoptar sin retrasos injustificados y, a más tardar, en un plazo de 15 días hábiles a partir de la recepción de la solicitud, y su rechazo total o parcial siempre ha de ser motivado.

La actuación del Defensor del Pueblo Europeo ha contribuido en gran medida a la formulación de un Código Europeo de Buena Conducta Administrativa. En una resolución aprobada el 6 de septiembre de 2001, el Parlamento europeo aprobó un Código de Buena Conducta Administrativa dirigido a las instituciones y órganos de la Unión Europea, cuyos contenidos deben ser respetados por esta Administración y

³⁸⁹ El 8 de julio de 2002 el Defensor del Pueblo Europeo aprobó una decisión por la que se adoptaron normas de ejecución. Éstas vinieron a sustituir desde el 1 de enero de 2003 a la Decisión de 16 de octubre de 1997.

sus funcionarios en las relaciones con los ciudadanos. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada en la cumbre de Niza en diciembre de 2000. Ésta incluía como derechos fundamentales de los ciudadanos *el derecho a una buena administración* y *el derecho a someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración*. El Código pretende concretar en la práctica lo que significa el derecho a una buena administración establecido en la Carta.

La idea de un Código similar había sido propuesta en 1998 por el parlamentario europeo, Sr. Roy Perry. El Defensor del Pueblo Europeo redactó un proyecto de texto, siguiendo una investigación de oficio. La investigación de oficio tenía por objeto determinar si los órganos e instituciones de la Comunidad contaban con un código de buena conducta administrativa en las relaciones de los funcionarios con el público, y si dicho código era accesible al público. El Defensor del Pueblo Europeo dirigió proyectos de recomendación a la Comisión y al Parlamento y al Consejo respectivamente, el 28 y 29 de julio de 1999. El 13 de septiembre de 1999 dirigió otros proyectos similares a otras instituciones, órganos y agencias descentralizadas. El Defensor del Pueblo Europeo adjuntó a sus proyectos de recomendación un código de buena conducta administrativa elaborado por su Secretaría y que contenía, en una lista de 28 artículos, como veremos, las disposiciones relativas tanto a los principios sustanciales y de procedimiento como al buen funcionamiento de la administración. El Defensor del Pueblo declaró que las instituciones y órganos podrían utilizar este proyecto de código como guía para redactar sus propios códigos.

En abril de 2000, después de analizar a fondo las opiniones recibidas de las distintas instituciones y órganos sobre sus proyectos de recomendación, el Defensor del Pueblo presentó un informe especial al Parlamento Europeo, de conformidad con el apartado 7 del artículo 3 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo. En este informe especial, el Defensor del Pueblo formuló la siguiente recomendación al Parlamento: *“Con el objeto de llegar a establecer unas normas de buena conducta administrativa aplicables por igual a todas las instituciones y órganos comunitarios en sus relaciones con el público, el Defensor del Pueblo recomienda la promulgación de una normativa administrativa europea, aplicable a todas las instituciones y órganos comunitarios. Dicha normativa podría adoptar la forma de Reglamento”*. El Defensor adjuntó su proyecto de código al informe especial.

El 27 de junio de 2001, la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo aprobó un informe redactado por el eurodiputado Roy Perry que apoyaba el informe especial del Defensor del Pueblo. El 6 de septiembre de 2001, el Parlamento Europeo

aprobó una Resolución. Esta resolución del Parlamento Europeo invitaba a la Comisión Europea a presentar una propuesta de Reglamento que incluya el Código de Buena Conducta Administrativa, de manera que la incorporación del texto que vamos analizar a continuación a un Reglamento pondría de relieve la naturaleza obligatoria de la que ahorra carecen sus normas y sus principios³⁹⁰.

El procedimiento para la adopción de un Reglamento requerirá una iniciativa formal de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, la elaboración de la propuesta por parte de la Comisión sobre la que debería tomar un acuerdo unánime el Consejo.

La necesidad de la aprobación de este Reglamento se deja ver cuando analicemos su contenido y observemos que en él se van a reconocer en el ámbito de la Administración Comunitaria, lo que en nuestro ámbito nacional reconoce Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que no es más que los derechos de los ciudadanos frente a la Administración y los principios y pautas de actuación de la Administración en su proceder ordinario y cotidiano. El artículo 35 de la citada ley regula los derechos de los ciudadanos y entre ellos enumera el derecho a utilizar la lengua oficial de la Comunidad Autónoma de acuerdo con lo previsto en esta ley y en el ordenamiento jurídico; a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar; a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia; a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Entre los principios no podemos olvidar los generales que se enuncian en el artículo 3 entre los que destaca la objetividad, y los enumerados en el artículo 103 de la Constitución: la eficacia, la jerarquía, la descentralización, la desconcentración y coordinación, el sometimiento pleno a la Ley y el Derecho.

Y entre los trámites procedimentales la obligación de resolver del artículo 42; la obligatoriedad de los términos y plazos del artículo 47; la obligación de motivación del artículo 54; y la obligación de notificar las resoluciones del artículo 58 en cuyo contenido ha de constar los recursos que procedan.

³⁹⁰ Informe del Defensor del Pueblo Europeo de 2002, pag. 204.

El Código está formado por 27 artículos. El artículo 1 contiene una disposición general que obliga a las instituciones y funcionarios en sus relaciones con el público a respetar los principios establecidos en el Código.

- El principio de legitimidad es aquel a través del cual el funcionario ha de actuar de conformidad con la legislación, aplicando las normas y procedimientos establecidos en la legislación comunitaria. En particular, el funcionario debe velar porque las decisiones que afecten a los derechos o intereses de los ciudadanos estén basados en la ley y que su contenido cumpla la legislación³⁹¹.
- El principio de la no discriminación exige que al tramitar las solicitudes del público y al adoptar decisiones, el funcionario tiene que garantizar el respeto del principio de igualdad de trato, lo que conlleva que los miembros del público que se encuentren en la misma situación serán tratados de una manera similar. De producirse alguna diferencia de trato, el funcionario debe garantizar que se justifique por las características pertinentes objetivas del caso en concreto. En particular, el funcionario ha de evitar toda discriminación injustificada entre miembros del público sobre la base de nacionalidad, sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, propiedad, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual³⁹².
- Al adoptar decisiones, el funcionario debe respetar el principio de proporcionalidad, es decir, debe garantizará que las medidas adoptadas sean proporcionales al objetivo que se persigue. En particular, el funcionario ha de evitar restringir los derechos de los ciudadanos o imponerles cargas cuando estas restricciones o cargas no sean razonables con respecto al objetivo perseguido. Al adoptar decisiones, el funcionario tiene la obligación de respetar el justo equilibrio entre los intereses individuales y el interés público general³⁹³.
- Se prohíbe del abuso de poder para que los poderes se ejercerán únicamente con la finalidad para los que han sido otorgados por las disposiciones

³⁹¹ Artículo 4 del Código de Buena Conducta Administrativa.

³⁹² Artículo 5 del Código de Buena Conducta Administrativa.

³⁹³ Artículo 6 del Código de Buena Conducta Administrativa.

pertinentes. En particular, el funcionario debe evitar utilizar dichos poderes para objetivos que no posean fundamento legal o que no estén motivados por un interés público³⁹⁴.

- El principio de imparcialidad e independencia predicen que el funcionario se abstenga de toda acción arbitraria que afecte adversamente a los miembros del público, así como de cualquier trato preferente por cualesquiera motivos. La conducta del funcionario nunca ha de estar guiada por intereses personales, familiares o nacionales, ni por presiones políticas. El funcionario no ha de participar en una decisión en la que él mismo, o un familiar cercano, tenga intereses económicos³⁹⁵.
- El funcionario al adoptar decisiones, respetando el principio de objetividad, debe tener en cuenta los factores relevantes otorgando a cada uno de los mismos su propia importancia en la decisión, excluyendo todo elemento irrelevante. La objetividad debe ser completado con el principio de la justicia que ha de ser directriz de la actuación del funcionario, junto a la imparcialidad y el actuar razonable³⁹⁶.
- El respeto a las legítimas expectativas, a la consistencia y al asesoramiento ello conlleva que el funcionario sea coherente en su propia práctica administrativa, así como con la actuación administrativa de la Institución. El funcionario debe seguir las prácticas administrativas normales de la Institución, salvo que existan razones fundadas para apartarse de tales prácticas en un caso individual, para lo cual este fundamento deberá constar por escrito. El funcionario debe respetar las legítimas y razonables expectativas que los miembros del público tengan a la luz de la actuación de la Institución en el pasado. A los ciudadanos se les ha reconocido el derecho a la Información, como contrapartida, si fuera necesario, el funcionario debe asesorarles sobre cómo debe presentarse un asunto que entra dentro de su ámbito de competencia. El funcionario ha de aconsejar cómo iniciar un procedimiento administrativo en el ámbito de su competencia; ha de velar para que la información que se comunique resulte clara y comprensible. En el caso de que una solicitud oral de información sea demasiado complicada o demasiado extensa para ser tratada, el funcionario debe indicar a la persona

³⁹⁴ Artículo 7 del Código de Buena Conducta Administrativa.

³⁹⁵ Artículo 8 del Código de Buena Conducta Administrativa.

³⁹⁶ Artículo 9 y 11 del Código de Buena Conducta Administrativa.

afectada que formule su petición por escrito. Cuando, por su confidencialidad, un funcionario no pudiera revelar la información solicitada, debe indicar a la persona afectada los motivos por los que no puede comunicar la información. En el caso de solicitudes de información sobre cuestiones de las que no sea responsable, el funcionario tiene la obligación de dirigir a la persona que presente la solicitud al funcionario competente, indicándole su nombre y número de teléfono. Cuando las solicitudes de información afecten a otra Institución u organismo comunitario, el funcionario dirigirá al peticionario a dicha Institución u organismo. En su caso, el funcionario, dependiendo del tema de la solicitud, dirigirá a la persona que trata de obtener la información al servicio de la Institución competente para facilitar información al público³⁹⁷.

- El principio cortesía implica que el funcionario sea diligente, correcto, cortés y accesible en sus relaciones con el público. Al responder a la correspondencia, llamadas telefónicas y correo electrónico, el funcionario debe tratar de ser servicial y responderá a las preguntas que se le plantean de la manera lo más completa y exacta posible. En caso de que el funcionario no sea competente para el asunto de que se trate, dirigirá al ciudadano al funcionario adecuado. De producirse un error que afecte negativamente a los derechos o intereses de un miembro del público, el funcionario debe presentar sus excusas y tratar de corregir los efectos negativos resultantes de su error de la forma más rápida posible informando al interesado de las posibilidades de recurso³⁹⁸.

El procedimiento que se desarrolla ante la Administración comunitaria incorpora los siguientes puntos:

- La lengua de la Unión. El funcionario debe asegurar que todo ciudadano de la Unión o cualquier miembro del público que se dirija por escrito a la Institución en una de las lenguas del Tratado reciba una respuesta en esa misma lengua. Esta disposición se aplicará, en la medida de lo posible, a las personas jurídicas tales como las asociaciones (ONG) y las empresas³⁹⁹.

³⁹⁷ Artículo 10, 22 y 23 del Código de Buena Conducta Administrativa.

³⁹⁸ Artículo 12 del Código de Buena Conducta Administrativa.

³⁹⁹ Artículo 13 del Código de Buena Conducta Administrativa.

- El acuse de recibo. Ello implica que se envíe una contestación pertinente, de toda carta o reclamación dirigida a la Institución, en el plazo de dos semanas. La contestación o el acuse de recibo indicarán el nombre y el número de teléfono del funcionario que se esté ocupando del asunto, así como del servicio al que dicho funcionario pertenece y proceder a la indicación del funcionario competente. Esta obligación de acuse de recibo sólo será excepcionada en aquellos casos en los que las cartas o reclamaciones resulten impertinentes por su número excesivo o su carácter repetitivo o absurdo⁴⁰⁰.
- La obligación de remisión al servicio competente de la Institución, de las cartas o reclamaciones transmitidas a una Dirección General, a una Dirección o a una Unidad incompetente. El servicio que originariamente recibió la carta o la reclamación debe notificar al autor de ésta la remisión, indicando el nombre y el número de teléfono del funcionario al que se ha transmitido el expediente. El funcionario indicará al público o a las asociaciones los errores u omisiones que pudieran encontrarse en los documentos y les brindará la posibilidad de corregirlos⁴⁰¹.
- El derecho a ser oído y a hacer observaciones en aquellos casos que incumban a los derechos o intereses de ciudadanos. Es, en definitiva, el reconocimiento al derecho a la defensa en todos aquellos casos en los que deba adoptarse una decisión que afecte a los derechos o intereses de un particular⁴⁰².
- El derecho a que las decisiones sean adoptadas en un plazo razonable. Para ello el funcionario debe garantizar que una decisión sobre toda solicitud o reclamación dirigida a la Institución se adopte, en cualquier caso, antes de transcurrido un período de dos meses a partir de la fecha de recepción. Esta misma norma se aplicará a la respuesta a cartas de miembros del público y a las respuestas a notas administrativas que el funcionario haya enviado a sus superiores solicitando instrucciones relativas a las decisiones que se han de tomar. En caso de que una solicitud o reclamación dirigida a la Institución no pueda, por la complejidad de los asuntos que plantee, decidirse dentro del plazo mencionado, el funcionario debe informar al autor de la misma a la mayor brevedad posible. En este caso, deberá notificarse al autor de la

⁴⁰⁰ Artículo 14 del Código de Buena Conducta Administrativa.

⁴⁰¹ Artículo 15 del Código de Buena Conducta Administrativa.

⁴⁰² Artículo 16 del Código de Buena Conducta Administrativa.

solicitud o reclamación una decisión definitiva en el plazo más breve posible⁴⁰³.

- La motivación. Toda decisión de la Institución que pueda afectar adversamente a los derechos o intereses de una persona privada deberá indicar los motivos en los que está basada, exponiendo claramente los hechos pertinentes y el fundamento jurídico de la decisión. El funcionario evitará adoptar decisiones basadas en motivos breves o vagos o que no contengan un razonamiento individual. En el caso que, debido al gran número de personas afectadas por decisiones similares, no resulte posible comunicar detalladamente los motivos de la decisión, procediéndose por lo tanto a respuestas de tipo normalizado, el funcionario, en una fase subsiguiente, debe facilitar al ciudadano que expresamente lo solicite un razonamiento individual⁴⁰⁴.
- El derecho a apelar una decisión de la Institución que pueda afectar adversamente a los derechos e intereses de una persona. El funcionario debe informar a los particulares del derecho a apelar una decisión de la Institución que afecte a sus derechos. En particular, debe indicársele la naturaleza de tales recursos, los organismos ante los que pueden ejercerse, así como los plazos en los que deben ejercerse. Las decisiones deben referirse expresamente a la posibilidad de los recursos judiciales y las reclamaciones al Defensor del Pueblo Europeo en las condiciones previstas en los artículos 230 y 195, respectivamente, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea⁴⁰⁵
- La obligación de notificar por escrito a la persona o personas afectadas las decisiones que afecten a sus derechos o intereses. El funcionario debe abstenerse de comunicar la decisión a otras fuentes antes de que la persona o personas afectadas hayan sido informadas⁴⁰⁶.
- La protección de los datos personales. El funcionario que maneje datos personales referentes a un ciudadano respetará la vida privada y la integridad de la persona, de conformidad con las disposiciones del Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2000

⁴⁰³ Artículo 17 del Código de Buena Conducta Administrativa.

⁴⁰⁴ Artículo 18 del Código de Buena Conducta Administrativa.

⁴⁰⁵ Artículo 19 del Código de Buena Conducta Administrativa.

⁴⁰⁶ Artículo 20 del Código de Buena Conducta Administrativa.

relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. En particular, el funcionario debe evitar el tratamiento de datos personales con fines no justificados o la transmisión de tales datos a personas no autorizadas⁴⁰⁷.

- El derecho de reclamar al Defensor del Pueblo Europeo. Cualquier incumplimiento por parte de una Institución o un funcionario de los principios establecidos en el Código Europeo de Buena Conducta administrativa podrá ser objeto de una reclamación al Defensor del Pueblo Europeo, de conformidad con el artículo 195 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el estatuto del Defensor del Pueblo Europeo⁴⁰⁸.
- La obligación de revisión. Transcurridos dos años de aplicación del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa, cada Institución examinará cómo ésta se ha llevado a cabo y presentará un informe con los resultados de este examen al Defensor del Pueblo Europeo⁴⁰⁹.

5.3. El Procedimiento

5.3.1. El inicio de oficio o a instancia de parte

El Defensor del Pueblo Europeo, al igual que el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, puede actuar de oficio. Ello le viene reconocido no solo en el artículo 3 de su Estatuto cuando le otorga competencia para proceder a todas las investigaciones que considere necesarias para aclarar todo posible caso de mala administración en la actuación de la Administración u órganos comunitarios bien por iniciativa propia o como consecuencia de una reclamación, sino también en el artículo 9 de su Decisión de 8 de julio 2002 por la que se adoptan normas de ejecución, y en el artículo 138 E del TUE. Pero, a semejanza del caso español, esta competencia ha de ser ejercida con responsabilidad porque como ha manifestado CARMONA y CHOUSAT, el Defensor del Pueblo Europeo no debe abusar de este tipo de investigación al ser el fundamento de su existencia hacer oír la voz de los débiles, por tanto solo deberá actuar de oficio en aquellos casos en los que

⁴⁰⁷ Artículo 21 del Código de Buena Conducta Administrativa.

⁴⁰⁸ Artículo 26 del Código de Buena Conducta Administrativa.

⁴⁰⁹ Artículo 27 del Código de Buena Conducta Administrativa.

tras detectar y constatar una necesidad ciudadana, ésta aún no haya sido manifestada por los propios ciudadanos⁴¹⁰.

El artículo 9 de la Decisión del Defensor prevé que cuando incoe una investigación por iniciativa propia dispondrá de las mismas facultades de investigación y seguirá el mismo procedimiento que para las investigaciones abiertas a instancia de parte.

En el extenso artículo 2 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo se establece cuales son los requisitos que han de cumplir las reclamaciones para ser admitidas. Establece que en éstas han de quedar patentes el objeto de la misma que en todo caso ha de ser situaciones de mala administración que se hayan producido por las instituciones y los órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de primera instancia, también ha de quedar patente e identificada la persona que formula la reclamación. Además establece un límite temporal para poder presentar la reclamación que se extiende a dos años contados desde que el promotor de la misma tuvo conocimiento de los hechos que la motivaron, siendo necesario que previamente se hayan hecho adecuadas gestiones administrativas ante las instituciones u órganos de que se trate. Parece ser por tanto que con este requisito se está persiguiendo el agotamiento de la vía administrativa para dar al órgano o a la institución la posibilidad de revalorar y corregir con sus propios mecanismos internos una determinada conducta o actuación de mala Administración.

Existen mayores exigencias de admisibilidad para la formulación de reclamaciones de personas jurídicas que para la formulación de reclamaciones de personas físicas. El artículo 2 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo, aprobado por Decisión del Parlamento Europeo con fecha de 9 de marzo de 1994, establece como requisitos formales de admisión que en la reclamación conste el nombre, el Estado miembro en que tengan registradas sus oficinas y la dirección de sus oficinas. La razón por la que existen mayores exigencias de admisibilidad para la formulación de reclamaciones de personas jurídicas se asienta además de asegurar que el domicilio social radique en el territorio de la Unión, en el hecho mismo del fundamento de existencia del propio Defensor Europeo, es decir, en su misión de acercar el ciudadano a la Unión no tanto a través de sus organizaciones sino individualmente como tales, de ahí que los criterios de admisibilidad de

⁴¹⁰ Vid. CARMONA y CHOUSAT, J.F., “El Defensor del Pueblo Europeo” INAP, Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid, 2000, cit. pag. 264.

reclamaciones individuales sean flexibles y se fundamenten en el propio interés del ciudadano y no en un enfoque excesivamente técnico y legalista. Recordemos en este punto que la finalidad del Defensor del Pueblo Europeo es acercar al ciudadano a la Comunidad y mejorar las relaciones de la persona con su Administración y esto no se consigue interpretando restrictivamente la admisibilidad. En ningún caso las reclamaciones presentadas interrumpirán los plazos de recursos fijados en los procedimientos jurisdiccionales o administrativos⁴¹¹.

Con respecto a la cuestión lingüística. El Estatuto no dice nada sobre esta cuestión por ello debemos acudir a la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo adoptada el 8 de julio 2002, concretamente a su artículo 15. Éste facilita la presentación de las reclamaciones en cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión Europea, matizando que no está obligado a examinar las reclamaciones que se presenten en otras lenguas. La lengua en la que se presente la reclamación es determinante hasta el punto de que es la lengua aplicada al procedimiento, sin perjuicio de que el Defensor decida los documentos que deben estar redactados en la lengua del procedimiento. En todo caso, la correspondencia con las autoridades de los Estados miembros se mantendrá en la lengua oficial del Estado del que se trate.

El Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo por su parte ofrece una singularidad respecto al interés legítimo que consiste precisamente en no exigirlo, es decir el Defensor Europeo no defiende un interés legítimo o directo particular, sino que defiende un interés general a una Administración adecuada y buena, cualquiera que conozca un caso de “mala Administración”, aunque no sea directamente afectado y por tanto no tenga un interés legítimo concreto y personal. Cualquier persona puede formular una reclamación al Defensor del Pueblo Europeo que se encuentre únicamente fundada en el objetivo de conseguir una “buena administración”.

Por otro lado, y a diferencia de lo que ocurre con el Defensor del Pueblo de Cortes Generales y con los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, el Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo no reconoce expresamente la posibilidad de presentar reclamaciones a los parlamentarios de *motu proprio*, sino a instancias y de mediadores entre una persona física o jurídica y el Defensor del Pueblo Europeo.

En este sistema diseñado observamos una cierta influencia de la institución del *Mèdiateur* y del *Parliamentary Commissioner of Administration* en los cuales se ha renunciado a un acceso directo del ciudadano a los *Ombudsman* a través de la

⁴¹¹ Artículo 2.6 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo.

obligatoria intermediación de un parlamentario, influencia que ha de ser correctamente interpretada. Esta intermediación en el caso del Defensor del Pueblo Europeo no es obligatoria sino alternativa respecto al acceso directo, por ello no podemos hacerla objeto de las críticas que pueden formularse respecto al sistema diseñado en Francia o Inglaterra ya que estos sistemas aunque ha intentado justificarse en base al principio de que en los países de una población numerosa el acceso directo puede suponer el desbordamiento de la institución, lo cierto es que este filtro entre el ciudadano y el Médiateur y el Parliamentary Commissioner of Administration no ha tenido otra razón de ser que el injustificado recelo de una autentica independencia de esta institución en el ejercicio de sus funciones respecto al Parlamento que lo nombra.

Es preciso en esta cuestión del filtro entre el ciudadano y el Parliamentary Commissioner of Administration, hacer una aclaración teniendo como referente el “Informe Whyatt”. En éste se establecía que la canalización de las quejas a través de los miembros del Parlamento se preveía por un periodo experimental ya que el verdadero valor de un Comisionado Parlamentario, desde el punto de vista del público es que éste tuviera acceso directo a él. El “Informe Whyatt”, por tanto mira hacia la meta del acceso directo del ciudadano y el Comisionado Parlamentario, aunque a esta se llegue tras un periodo de transición e intermediación del Parlamento, periodo de transición que, sorprendentemente, aún no ha concluido.

Las críticas a esta forma de operar se han formulado en un doble sentido: por un lado y frente a la pretensión de limitar el número de quejas, esta técnica en la práctica resultaba ineficaz porque se termina transmitiendo todas las reclamaciones por complacer a los electores, por falta de tiempo, de preparación o de interés; y por otro lado convierte al diputado en un árbitro que discrimina la esfera de competencia del Ombudsman pudiendo cercenar las aspiraciones de los particulares de ser oídos por éste.

El panorama en torno al Defensor del Pueblo Europeo es bien distinto, además de no imponer de forma obligatoria la intermediación, ésta ha de ser interpretada en un sentido positivo porque si de alguna manera la persona que quiere formular una queja desconoce o encuentra lejana la institución del Defensor siempre puede dirigirse a un parlamentario de su misma nacionalidad o de cualquiera otra nacionalidad de un país comunitario.

En definitiva esta doble posibilidad de presentar la queja por si o a través de un parlamentario no es un reconocimiento expreso de la legitimidad de los parlamentarios para formular reclamaciones sino una ventaja más que favorece al

ciudadano para relacionarse con el Defensor Europeo ampliando sus formas para acceder a él.

Aunque no encontramos en el Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo la expresión “acuse de recibo” el artículo 2.9 le impone la obligación de informar sin demora a la persona de quien emane la reclamación sobre el curso dado a la misma y, en el caso de ser rechazada, el Defensor podrá aconsejar que el reclamante se dirija a otra autoridad con competencia en el caso planteado. Tenemos que acudir a la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo aprobada el Decisión de 8 de julio 2002 para encontrar la obligación del acuse de recibo en el artículo 2. Este artículo además exige que en el acuse de recibo se indique el número del registro con el que ha sido identificada en su recepción la queja y, además, también exige que conste la identificación del jurista que ha sido asignado a su asunto. Una peculiaridad que se incorpora en la regulación del procedimiento del Defensor del Pueblo Europeo es la prevista en el artículo 10.2 de la decisión antes mencionada y consiste en la posibilidad del Defensor de adoptar disposiciones que permitan tratar con prioridad una reclamación.

El Defensor del Pueblo Europeo inadmitirá, en virtud del artículo 2 de su Estatuto, aquellas quejas que aún estando fundadas en casos de “mala administración”, ésta no se haya producido por una institución o un órgano comunitario. Igualmente inadmitirá las quejas que se refieran al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia y también aquéllas que aún estando dentro de su competencia, estén siendo o hayan sido sometidas a los Tribunales tal y como establece el artículo 1.3 y el artículo 3.7 de su Estatuto.

Esta previsión hay que completarla con el artículo 10.3 de la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo de 8 de julio 2002 por la que adopta medidas de ejecución. Decimos que hay que completarla porque en el Estatuto se prevé la circunstancia del sometimiento del asunto a los Tribunales como una causa de inadmisión, es decir, antes de que el Defensor entre en el estudio de la reclamación. Pero la Decisión va más allá porque prevé la circunstancia de que siendo la reclamación objeto de estudio de los servicios del Defensor e incluso habiéndose obtenido resultados de las investigaciones a las que se haya podido proceder, se incoe, antes de concluir definitivamente las actuaciones el Defensor, un procedimiento jurisdiccional relativo a los hechos de la reclamación, obligándole a archivar todo lo desarrollado al efecto.

Otra causa de inadmisión se recoge en el apartado 8º del artículo 2 y se refiere a las reclamaciones relativas a las relaciones laborales entre las instituciones y

órganos comunitarios y sus funcionarios u otros agentes sin que previamente el interesado haya agotado las posibilidades de solicitud o reclamaciones administrativas internas⁴¹² y después de que hayan expirado los plazos de respuesta de la autoridad ante la que se hubiere recurrido.

Una vez más podemos observar que antes de comenzar su actuación, el Defensor del Pueblo Europeo persigue, a través de la inadmisión y la comunicación a la persona que formuló la queja aconsejándole que se dirija a la autoridad pertinente, que la institución o el órgano comunitario a través de sus cauces internos reconsidere su actuación y la corrija si lo considera oportuno, sólo de mantenerse en la actuación de “mala administración” y tras la formulación de una reclamación comenzarán las investigaciones del Defensor Europeo.

5.3.2. La investigación

Por su parte el artículo 3.1 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo impone a éste la obligación de informar de la reclamación presentada a la institución u órgano afectado sin que ello se traduzca en una obligación para el órgano o la institución informada en el sentido de emitir un informe, puesto que el artículo citado se expresa en los siguientes términos: “*Informará de ello (de la reclamación y la investigación que inicia) a la institución u órgano afectado, que podrá comunicarle cualquier información útil*”. Ahora bien, este carácter potestativo de la comunicación de información útil se convierte en obligatorio cuando la información es exigida por el Defensor del Pueblo Europeo. Entonces la institución u órgano afectado está obligado a remitirle la información solicitada y darle acceso a la documentación relativa al caso, obligación solo excepcionada por razón de secreto o confidencialidad debidamente justificada y que veremos más adelante.

En cierta manera podíamos calificar de descoordinadas las previsiones examinadas anteriormente y las contenidas en el artículo 4 de la Decisión del Defensor del Pueblo Europeo de 8 de julio 2002 porque si bien en el Estatuto parece deducirse que la emisión del informe por parte de la institución informada de la reclamación es potestativo, la Decisión establece que una vez transmitida a la institución afectada una copia de la reclamación, se le solicita que emita un dictamen dentro de un plazo determinado por el Defensor y que no ha de exceder de tres

⁴¹² El Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo se refiere expresamente a los apartados 1º y 2º del artículo 90 del Estatuto de los Funcionarios.

meses. Además, en esta solicitud del dictamen se le puede especificar determinados aspectos de la queja, o puntos particulares, que deberán tratarse en el dictamen.

La trascendencia de este dictamen radica en que una vez recibido por el Defensor, éste, salvo que lo considere inoportuno, lo remite al ciudadano que formuló la reclamación para que presente observaciones en un plazo que no excederá normalmente de un mes. La reclamación, el dictamen y las observaciones realizadas por el ciudadano serán el objeto de examen del Defensor del Pueblo para que decida, si archiva el asunto mediante decisión motivada, o si prosigue su investigación, informando en consecuencia al ciudadano y a la institución afectada.

El Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo no regula ni tiene ninguna previsión en relación a la queja subjetiva, tenemos que acudir a la Decisión de 8 de julio 2002 para observar como discretamente se contempla, sin más, la posibilidad de que en una reclamación un funcionario u otro agente reciba críticas de forma nominal. Decimos “sin más” porque no se prevé ninguna peculiaridad o especialidad procedimental respecto a la queja objetiva, al margen de la posibilidad de invitar al funcionario o al agente a presentar observaciones.

El Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo ha sido especialmente sensible a la hora de establecer el ejercicio de su actividad investigadora, por ello desde un principio ésta se concibió como una actividad de recopilación de información en la que se cuenta con el órgano o institución controlada con la principal finalidad de lograr la colaboración administrativa porque en aras de una actividad de control resulta mucho más efectivo contar con la aceptación o al menos la comprensión de los controlados, de ahí que entre otras medidas el Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo haya prescindido de la posibilidad de personarse directamente y sin previo aviso en la oficina administrativa afectada. Ello, sin detrimento de la obligación a prestar declaración los funcionarios u otros agentes de las instituciones u órganos comunitarios cuando lo solicite el Defensor del Pueblo.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 5.3 de la Decisión de 8 de julio 2002 establece que el Defensor podrá pedir a las instituciones y órganos comunitarios que adopten medidas prácticas que le permitan llevar a cabo sus investigaciones *in situ*, ello implica la personación del Defensor o sus agentes en la dependencia administrativa y si de ésta se solicita medidas de colaboración, el previo aviso.

Por lo que respecta a las garantías, la Decisión del Parlamento que aprobó su Estatuto ya en sus Considerandos reconocía que el Ombudsman comunitario debe poder contar con todos los elementos necesarios para el ejercicio de sus funciones y

para ello las instituciones y órganos comunitarios tienen el deber de facilitarles, a instancia suya, la información que solicite, a no ser que se opongan a ello motivos de secreto debidamente justificados, y sin perjuicio de la obligación que incumbe al Defensor de no divulgar dicha información.

Además de esta obligación dirigida a las instituciones y órganos comunitarios, también obliga a las autoridades de los Estados miembros a facilitarle toda la información necesaria, a no ser que dicha información esté amparada por disposiciones legales o reglamentarias relativas al carácter secreto, o bien por cualquier otra disposición que impida su transmisión. El conducto para facilitar la información solicitada son las Representaciones Permanentes de los Estados miembros ante las Comunidades Europeas⁴¹³. Además de ello dispone que no obstante a la calificación de secreto de los documentos solicitados el Estado miembro de que se trate podrá permitir al Defensor el acceso a dicha información siempre y cuando se comprometa a no divulgar el contenido de la misma. Recordemos en este punto que el artículo 4.1 obliga al Defensor del Pueblo Europeo y a su personal a no divulgar las informaciones y los documentos de los que hubiere tenido conocimiento en el marco de sus investigaciones.

Sin ánimo de entrar a analizar en profundidad la problemática del secreto en el ámbito de la Comunidad, que merecería un estudio aparte por su complejidad, señalemos tan sólo que aún existiendo una previsión inicial de conceder al Defensor un derecho de acceso a la información ilimitado en los inicios de la elaboración de su Estatuto, finalmente pesó más el temor de los Estados de ver difundidas por la Comisión informaciones suyas calificadas como secretas y por ello se estableció el límite del secreto comunitario, límite que es comúnmente aceptado que carece de verdadera definición y que se asienta en la protección de los secretos de los Estados con un contorno definido y delimitado⁴¹⁴.

La cuestión de los hechos presumibles como delitos y de los que tenga conocimiento el Defensor del Pueblo Europeo en el marco de sus investigaciones se regula en el apartado 2º del artículo 4 de su Estatuto y en el artículo 10.4 de la Decisión de 8 de julio 2002. En estos preceptos se establece que deberá informar inmediatamente a las autoridades nacionales competentes a través de las Representaciones Permanentes de los Estados miembros ante las Comunidades

⁴¹³ Artículo 3.3 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo.

⁴¹⁴ Para ver esta cuestión del secreto comunitario consultar las de CARMONA y CHOUSAT, J.F., "El Defensor del Pueblo Europeo"..., página 265 a 271.

europas así como, en su caso, a la institución comunitaria a que pertenezca el funcionario o el agente afectado. Igualmente podrá informar a una institución u órgano comunitario de los hechos que, a su entender, pudieran justificar la apertura de un procedimiento disciplinario.

5.3.3. La conclusión del procedimiento

Una vez que el Defensor del Pueblo Europeo ha constatado en su actuación investigadora un caso de mala administración, tras llevar a cabo una intervención orientada a encontrar una solución amistosa que suprima el caso de mala Administración tiene dos opciones dependiendo del éxito obtenido.

Si el Defensor estima que se ha eliminado el caso de mala administración archiva el asunto mediante una decisión motivada e informa al ciudadano. Si la eliminación del caso de mala Administración no se ha producido puede optar entre archivar el asunto mediante decisión motivada conteniendo algún comentario crítico con la posterior comunicación obligada al ciudadano, o puede elaborar un informe con un proyecto de recomendación que también comunicará al ciudadano. El artículo 7 de la Decisión de 8 de julio 2002 por el que adopta medidas de ejecución establece que el comentario crítico se formulará si considera que ha dejado de ser posible que la institución afectada suprima el caso de mala administración y cuando éste no haya tenido consecuencias generales. Por su parte el artículo 8 de la mencionada Decisión fija que la elaboración de un informe con proyectos de recomendación dirigidos a la institución afectada procederá si considera que es posible que la institución afectada suprima el caso de mala administración o si éste tiene consecuencias generales.

Ante esta situación, la institución interesada remitirá al Defensor del Pueblo un dictamen circunstanciado en el plazo de tres meses, pudiendo suponer éste la aceptación de la decisión del Defensor en el que deberá detallar las medidas adoptadas con vistas a la ejecución de las recomendaciones. Si por el contrario el Defensor no considera que el dictamen circunstanciado es satisfactorio, elaborará un informe sobre el caso de mala administración en el que podrá incluir recomendaciones y será elaborado en forma de informe especial dirigido al Parlamento Europeo, remitiendo una copia a la institución afectada y al ciudadano.

5.4. Relaciones con el Parlamento

Relevante es el principio de la independencia en el Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo, no en vano está expresamente contemplado en tres preceptos. El artículo 9.1 “*El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones con total independencia y atendiendo al interés general de las Comunidades y de los ciudadanos de la Unión. En el ejercicio de sus funciones no solicitará ni admitirá instrucciones de ningún gobierno ni de ningún organismo. Se abstendrá de cualquier acto incompatible con la naturaleza de sus funciones*”. El artículo 9.2: “*Al iniciar sus funciones, el Defensor del Pueblo asumirá ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el compromiso solemne de ejercer sus funciones con independencia e imparcialidad absolutas...*”; y artículo 10.1: “*Mientras duren sus funciones, el Defensor del Pueblo no podrá ejercer ninguna otra función política o administrativa, ni actividad profesional alguna, sea o no remunerada.*”

A pesar de la rotundidad de estas enunciaciones, hay que decir que la independencia es relativamente más segura en relación con el ejecutivo comunitario que en relación con el Parlamento, ya que entre otros datos, como el nombramiento y el riesgo de dependencia de las mayorías parlamentarias o la dependencia parcial en el caso de la posibilidad de revocación del mandato por cuanto que dispone de la iniciativa, se pueden destacar otros vínculos más fuertes que merman la independencia, entre ellos: que tenga su sede en la misma del Parlamento Europeo⁴¹⁵ y que su mandato sea por el mismo tiempo que la legislatura⁴¹⁶. Dada esta vinculación real al Parlamento y la posibilidad de una creciente actuación del mismo en detrimento de los poderes del Defensor deberían haberse adoptado otras medidas o garantías que aseguraran la independencia de éste en el ejercicio de sus funciones, aparte de la asimilación de su rango al de juez y la atribución de la inmunidad en todo aquello que realice en el ejercicio de su cargo.

Concluamos esta introducción teniendo en cuenta otra idea: la independencia del Defensor sería mera retórica si no contase con los medios materiales para el desempeño de sus funciones. En este sentido ya no se puede argumentar en detrimento de su independencia que el presupuesto del Defensor figure como Anexo en la sección del Parlamento del presupuesto general de las Comunidades Europeas⁴¹⁷, porque en diciembre de 1999, el Consejo aceptó la

⁴¹⁵ Artículo 13 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo.

⁴¹⁶ Artículo 6 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo.

⁴¹⁷ Artículo 12 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo.

propuesta relativa a la independencia del presupuesto del Defensor del Pueblo, y llevó a cabo las modificaciones necesarias en el Reglamento Financiero, que entraron en vigor el 1 de enero de 2000. Actualmente, el presupuesto del Defensor del Pueblo constituye una sección independiente (sección VIII) del presupuesto de la Unión Europea.

5.4.1. La Elección

El procedimiento de designación del Defensor del Pueblo Europeo no se encuentra regulado en el artículo 138E ni en el artículo 6 del Estatuto, en estos sólo se prevé que será nombrado por el Parlamento, encontrándonos ante un Ombudsman de corte sueco. Es el reglamento interno del Parlamento Europeo⁴¹⁸ en su Capítulo XX, artículo 159 cuya rúbrica lleva por nombre “*Nombramiento del Defensor del Pueblo*” el que regula esta cuestión.

Al principio de cada legislatura el Presidente del Parlamento convocará, con publicidad en el DOCE, la presentación de candidaturas, fijando un plazo, con vistas al nombramiento del Defensor del Pueblo. Estas candidaturas necesitan del apoyo de 29 diputados, como mínimo, de, al menos, dos Estados miembros para ser tenidas en cuenta. Cada diputado podrá apoyar una sola candidatura. Éstas deberán ir acompañadas de todos los justificantes necesarios para establecer con seguridad que el candidato reúne las condiciones enunciadas en el Estatuto del Defensor.

Una vez cerrado el plazo de presentación, las candidaturas se transmiten a la comisión competente, que no es otra que la Comisión de Peticiones, que podrá solicitar oír a los interesados en audiencias que serán públicas a todos los diputados y tendrán por objeto realizar un examen de idoneidad de los candidatos mediante un escrutinio personal. La audiencia tendrá una duración determinada y constará de dos partes, una primera más breve en la que el candidato procederá a su presentación, y otra más extensa en la que los parlamentarios harán preguntas. Es preciso hacer aquí un inciso, retrocediendo en nuestra explicación a la normativa española, las Mesas conjuntas del Congreso de los Diputados y del Senado el 25 de mayo de 2000 aprobaron una resolución que introducía un nuevo trámite al procedimiento de designación de nuestro Defensor del Pueblo: el trámite de audiencia, cuya inspiración, en base a la utilidad y conveniencia que aportaban, hay que buscar en la normativa europea que analizamos.

⁴¹⁸ Modificado y publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 7 de diciembre de 1995.

Continuando con el procedimiento establecido en el Reglamento interno del Parlamento Europeo, una vez realizadas las audiencias, la lista alfabética de las candidaturas admitidas a trámite se someterán a la votación del Parlamento realizada mediante voto secreto y por mayoría de los votos emitidos; pero antes de declarar abierta la votación, para dotar de mayor representatividad y legitimidad al candidato que salga finalmente elegido, el Presidente comprobará la existencia de la mitad como mínimo de los diputados que integran el Parlamento.

Si, al finalizar las dos primeras votaciones, no resulta elegido ningún candidato, únicamente podrán mantenerse los dos candidatos que hayan obtenido el mayor número de votos en la segunda votación. En todos los casos de empate de votos, se considerará vencedor, al candidato de más edad. El candidato nombrado será llamado inmediatamente a prestar juramento o promesa ante el Tribunal de Justicia, y una vez prestado, ejercerá el cargo hasta la entrada en funciones de su sucesor, excepto en el caso de que cese por fallecimiento o destitución.

El artículo 6.1 indica que su mandato será renovable, de hecho, el finlandés Jacob Södermann, fue elegido primer titular de la institución en julio de 1995, y fue renovado en su mandato el 27 de octubre de 1999 hasta el año 2003 en el que ha sido relevado por P. Nikiforos Diamandouros. En oposición al criterio seguido en la legislación nacional y en la legislación autonómica la duración del mandato del Defensor del Pueblo coincide con el periodo de la legislatura del Parlamento, dato que deja ver que la independencia es relativamente más segura en relación con el ejecutivo comunitario que propiamente en relación con el Parlamento.

5.4.2. La Comisión de Peticiones

La relación del Defensor del Pueblo Europeo con el Parlamento Europeo permite señalar que nos encontramos ante un Defensor de tipo parlamentario pero que actúa diferenciado de la Comisión de Peticiones en su modo de controlar a la Administración. Nombramos a la Comisión de Peticiones porque ésta es la Comisión encargada de relacionarse con el Defensor teniendo su razón de ser en el control que siempre quiso guardar el Parlamento sobre el Defensor y para lo que dotó a esta Comisión de unas prerrogativas que incidían perjudicialmente sobre la independencia del éste. La existencia de esta Comisión de Peticiones para tratar el derecho de petición obliga a tener que diferenciar entre queja y petición; la petición tiene esencialmente carácter político y supone el ejercicio de un derecho fundamental, mientras que la queja por un caso de mala administración exige que se trate de un agravio producido por el mal funcionamiento de la cotidiana acción comunitaria, con

todo ello parece, a primera vista y desde un plano teórico, que no es tan difícil distinguir a quien debe corresponder la competencia en cada caso.

Ahora bien, delimitar competencialmente las atribuciones no es tan fácil, partamos de la premisa de que corresponde al ciudadano decidir ante que institución presenta la reclamación, ante el Defensor o ante la Comisión; pero una vez presentada y en virtud de un procedimiento que se ha elaborado se produce la transferencia de casos entre ambas, mediando el acuerdo del peticionario o de la persona que presenta la reclamación. En este punto es en el que se ha atribuido una prerrogativa a la Comisión puesto que mientras el Defensor del Pueblo Europeo, aún no estando vinculado por disposición normativa alguna, en el caso de que le llegue una queja que linde con el contenido que se estima apropiado para una petición, remitirá la cuestión a la Comisión, por su parte la Comisión si cuenta con apoyo normativo, artículo 156 del Reglamento interno del Parlamento Europeo, para cuando considere oportuno retener para si cualquier comunicación presentada por los ciudadanos aunque sea queja y no petición. Además se ha acordado que el Defensor no se ocupe de asuntos pendientes en la Comisión, a menos que, con el consentimiento del peticionario, la Comisión los trasmita al Defensor del Pueblo Europeo e igualmente se ha acordado que tampoco se ocupe de un caso que la Comisión de Peticiones ya haya examinado o tratado, a menos que existan nuevos elementos al respecto que justifiquen el recurso.

En conclusión, se atribuye a la Comisión de peticiones el poder de resolver las comunicaciones que le presentan los ciudadanos, ésta no está sometida a control alguno en la materia, mientras que el Defensor, controlado por el Parlamento, tiene que remitirle las peticiones. Que duda cabe que el artículo 1.2 del Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo⁴¹⁹ se pudo haber incorporado para asentar las ideas anteriormente expuestas, aunque a nuestro juicio la interpretación correcta de este artículo pasa por entender que el Defensor del Pueblo y la Comisión de Peticiones son instituciones complementarias y que en virtud de la lealtad institucional ambas deben colaborar mano a mano en defender los derechos de los ciudadanos europeos y en modernizar y humanizar el funcionamiento de la administración comunitaria, sin entrar en batallas y recelos competenciales.

Aparte de estas cuestiones de delimitación de competencias, desde un punto de vista orgánico la Comisión también desempeña un papel importante en la

⁴¹⁹ “El Defensor del Pueblo desempeñará sus funciones respetando las atribuciones conferidas por los Tratados a las instituciones y órganos comunitarios”.

designación y destitución del Defensor del Pueblo Europeo, en el primer caso porque es ante ésta ante la que se realiza el trámite de audiencia⁴²⁰; y en el segundo caso, porque la Comisión puede estimar por mayoría de sus miembros que los motivos de cese invocados están fundados presentando un informe al Parlamento⁴²¹. Del mismo modo se observa la superioridad de la Comisión en la obligación que tiene el Defensor del Pueblo de informar a la Comisión periódicamente o cuando ésta lo solicite a cerca de sus actividades⁴²². Además de todo ello, el Defensor y el presidente de la Comisión comparte la responsabilidad de ser los garantes, cada uno por su parte, de la confidencialidad de las informaciones de que tengan conocimiento en el marco de la actividad del Defensor y que sólo podrán ser facilitadas a las autoridades judiciales cuando se requieran para la tramitación de procedimientos penales. Para concluir es necesario tener en cuenta que estas relaciones han sido objeto de controversia, entre otros puntos porque si en virtud del Reglamento del Parlamento éste pretende ser informado regularmente y cada vez que lo solicite, en virtud del Estatuto del Defensor se prevé que los informes se producirán cuando se haya recibido informe motivado de la institución u órgano encauzado y al término de cada sesión anual.

5.4.3. Los informes. Su contenido y su tramitación

La regulación de los informes en el ámbito del Defensor del Pueblo Europeo y más concretamente en su Estatuto es parca e insuficiente reduciéndose exclusivamente al artículo 3.8 que enuncia que al final de cada periodo anual de sesiones presentará al Parlamento Europeo un informe sobre los resultados de sus investigaciones. Este artículo se ha limitado a reproducir el artículo 138 E del TUE sin añadir nada nuevo ni concretar el plazo de presentación ni delimitar su contenido positiva o negativamente. No obstante tenemos que hacer una aclaración, en el apartado 7 del artículo 3 se prevé que tras constatar un caso de mala administración, el Defensor del Pueblo Europeo podrá dirigirse a la institución u órgano comunitario afectado formulando un proyecto de recomendación y habiendo recibido el informe motivado de éstos, si estima que dicho informe calificado de circunstanciado no es satisfactorio, debe remitir un informe al Parlamento Europeo y a la institución u órgano afectado pudiéndole formular la recomendación final oportuna. Este último informe que siguiendo los dictados del artículo 8.4 de la Decisión de 8 de julio 2002

⁴²⁰ Artículo 159 del Reglamento del Parlamento Europeo.

⁴²¹ Artículo 160 del Reglamento del Parlamento Europeo.

⁴²² Artículo 161 del Reglamento del Parlamento Europeo.

se elabora en forma de informe especial, es independiente y distinto del informe que con carácter anual presenta al Parlamento ya que solo abarca el tratamiento individualizado y separado de las reclamaciones y es elevado al concluir la investigación de la reclamación en cuestión en los términos arriba indicados.

En cuanto al contenido de los informes del Defensor del Pueblo Europeo ni el Estatuto ni la Decisión tienen un artículo que lo enumere, sino que simplemente se limitan a decir, en relación a los informe anuales, que en estos se rendirá cuentas del conjunto de sus actividades y especialmente del resultado de sus investigaciones y en relación a los informes especiales, que estos podrán contener recomendaciones al margen de poner en conocimiento al Parlamento del caso de mala administración.

En relación a la tramitación de los informes del Defensor del Pueblo Europeo indicar tan sólo tres cuestiones al margen de las indicaciones contenidas en el inicio de este epígrafe. El artículo 179 del Reglamento del Parlamento Europeo detalla que será la comisión competente de relacionarse con el Defensor la que tras haberle sido presentado el informe anual, elaborará un informe que se someterá a debate del Pleno. Además de ello el artículo 16.1 de la Decisión de 8 de julio 2002 impone que se publiquen en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas anuncios sobre la aprobación de los informes anuales y especiales en los que se harán públicos los modos en los que los interesados pueden tener acceso al texto completo de los documentos. El único límite que se fija se establece en relación a las reclamaciones confidenciales, las cuales se publicarán de manera que no sea posible la identificación del demandante. Siguiendo la previsión del artículo 15.5 de la mencionada Decisión, en la medida de lo posible se elaborarán en todas las lenguas oficiales.

LIBRO SEGUNDO.
TRES FACTORES DE LAS POLÍTICAS TERRITORIALES

El Dominio Público Marítimo-terrestre

1. Una realidad dinámica ante peligros constantes

Uno de los ámbitos imprescindibles en las políticas de ordenación del territorio con una incidencia directa en el medio ambiente urbano, es el litoral. Como muy bien reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 22/1988, de 28 de Julio de Costas, España tiene una longitud de costa, aproximadamente de 7.880 kilómetros, de los que el 24 por 100 corresponden a playas, con un patrimonio público de unas 13.560 hectáreas, valioso por las grandes posibilidades que ofrece, pero escaso ante las crecientes demandas que soporta, y muy sensible y de difícil recuperación en su equilibrio físico.

Es el artículo 132 de la Constitución española, ubicado en el Título VII relativo a la Economía y Hacienda, el que reconoce que la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y de la plataforma continental son bienes de dominio público estatal¹. Cómo tales su régimen jurídico se regula por Ley que ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Este precepto debemos ponerlo en directa conexión con el artículo 45 de la Carta Magna, ubicado en el Capítulo III “de los principios rectores de la política social y económica” del Título I “De los Derecho y Deberes Fundamentales”, pues muchos de esos bienes públicos son valiosos recursos naturales, de ahí que se configuren integrantes del medio ambiente adecuado al que todos tenemos derecho como desarrollo de nuestra persona, sin olvidar el correlativo deber de conservarlo. Con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, el artículo citado de la Constitución impone el mandato a los poderes públicos de velar por la

¹ Los datos del proceso de elaboración de este precepto, no exento de tensiones, tienen la afortunada síntesis del Senador constituyente, y analista universitario de la problemática jurídica que afectó a las costas en el marco de la Ley de 1969, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Materiales para una Constitución* (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado), Editorial Akal, Madrid, 1984, págs. 225-243.

utilización racional de todos los recursos naturales². Todo ello implica en virtud del artículo 53.3 de nuestra Ley de Leyes que el reconocimiento, respeto y protección al medio ambiente ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

La Ley que se aprobó para establecer el régimen jurídico de la zona marítimo-terrestre y las playas y para afrontar los grandes problemas que afectaban en aquel entonces a las costas españolas fue la Ley 22/1988, de 28 de julio de Costas. Se configuraba como un instrumento indispensable para que este patrimonio colectivo especialmente valioso como espacio universal de libertad, fuera preservado para el uso y disfrute de todos los ciudadanos.

Entre los grandes problemas que padecían nuestras costas en el año 1988 la Exposición de Motivos destacaba el acelerado proceso de traslado de la población desde las zonas interiores hasta el litoral, de forma que alrededor de un 40 por 100 de la costa ya estaba urbanizada o tenía la calificación de urbanizable; un 7 por 100 de ella estaba dedicada a instalaciones portuarias, un 3 por 100 a instalaciones industriales, y un 8 por 100 a usos agrícolas, no teniendo, en aquel entonces, el 42 por ciento usos claramente definidos o irreversibles. La misma norma legal reconocía que a dicha situación se había llegado, en general, por las actuaciones inconexas derivadas de la ausencia de coordinación entre la legislación de dominio público marítimo y la del suelo. A estas dos, nosotros sumaríamos también la legislación de puertos y la legislación de aguas, pues, no en vano, entre los diversos factores que inciden negativamente en la conservación de este escenario natural que comporta el espacio marítimo-terrestre, el legislador identifica, en la Exposición de Motivos, la disminución de los aportes sólidos de ríos y arroyos que ocasiona la regresión de la línea de costa, debido a que los embalses construidos y la ausencia de políticas de repoblaciones forestales han disminuido el suministro de sedimentos no aportando los áridos necesarios. Otras causas de deterioro del espacio marítimo-terrestre que el legislador tenía en cuenta eran la destrucción de las dunas litorales, las extracciones abusivas de áridos y, en muchas ocasiones, la ejecución de obras marítimas sin tener en cuenta sus perjudiciales efectos, con barreras que bloquean el flujo de arena a lo largo de la costa.

² Al respecto de la calidad de vida vid. GIL-ROBLES y GIL-ROBLES, Alvaro, “Administración Pública y Calidad de la Vida Urbana”, en La Calidad de la Vida Urbana, FUNDEI, 1991.

Además de todo ello no podemos olvidar que la contaminación y los vertidos de ríos conllevan a una contaminación de nuestras costas, los vertidos de buques y la construcción de puertos o la ampliación de los mismos incide directamente en la configuración y dinámica natural de los espacios marítimo-terrestres.

Otro de los factores de incidencia negativa que destacaba el legislador consistía, por un lado, en el reconocimiento de la propiedad privada y la privatización de hecho que ha supuesto el otorgamiento de determinadas concesiones y, por otro lado, en la carencia de accesos públicos. Ambas actuaciones han tenido como resultado la desnaturalización de porciones de dominio público litoral y la sustracción injustificada de estas zonas al disfrute de la colectividad³.

³ El artículo 132 de la CE introduce un preciso y contundente sentido alternativo que orientó la regulación de los bienes públicos y la específica atención a los bienes de dominio público marítimo terrestre. Sus antecedentes radican en las desviaciones que propició la Ley de Costas de 1969, por efecto de una controvertida interpretación jurisdiccional de la Ley de Aguas de 1866 y de la Ley de Puertos de 1880, que alentó la apropiación del dominio público por los particulares instrumentalizando el Registro de la Propiedad. La síntesis de esta problemática está en RODRÍGUEZ MORO, Nemesio, “Comentario a la Sentencia del TS de 19 de junio de 1967, AZ 3171, que resuelve el caso de los enclaves privados en la zona marítimo terrestre de las Islas Sálvora, Vienta y Nora, situadas en la desembocadura de la Ría de Arosa”, Revista de Estudios de la vida Local número 157, 1968, págs. 133-155 y en la recensión de este trabajo por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La propiedad privada en la zona marítimo-terrestre”, RAP número 56, 1968 y en su libro El “Via Crucis” de las libertades públicas y otros ensayos rescatados, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1996, págs. 231-242. En línea coincidente LEGUINA VILLAS, Jesús, “La defensa del uso público de la zona marítimo terrestre”, REDA n. 2, 1974, págs. 185 y siguientes.

Un ejemplo de la sustracción injustificada del disfrute del dominio público litoral a la colectividad como consecuencia de la legislación anterior a la de 1988 y la medida de la Administración General del Estado para adaptarla al mandato constitucional y legal del uso público del dominio marítimo-terrestre, lo encontramos en la Sentencia de la Sala 3ª, de 4 de julio de 2001, del TS, de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez. EDJ 2001/10056. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional y se declara conforme a derecho la resolución de la Dirección General de Puertos y Costas, por la que se acordó revisar la concesión otorgada por O. M. de 29 de noviembre de 1968 a los recurrentes para la ocupación de terrenos de dominio público marítimo-terrestre con destino a la construcción de un puente de uso particular entre una Isla particular y la costa aplicando la Disposición Transitoria Decimocuarta apartados 3 y 6 del Reglamento de Costas de 1989, de forma que se modifica la condición 1ª de la O. M. de 29 de noviembre de 1968, en lo referente al plazo, entendiéndose otorgada dicha concesión por un plazo de treinta años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988 y añadiendo la siguiente prescripción: “C) Todas las instalaciones objeto de la concesión otorgada por O. M. de 29 de noviembre de 1968 y modificada en cuanto al proyecto que sirvió de base para la ejecución de las obras por O. M. de 22 de diciembre de 1971, quedarán abiertas al uso público y gratuito”. El Tribunal Supremo en base a la disposición transitoria 2.ª³ de la Ley de Costas que dispone que “los islotes de propiedad particular con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley conservarán esta condición, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre seguirán siendo de dominio público en todo caso, rebata cuantas alegaciones se hacen en la demanda y en el escrito de conclusiones afirmando el carácter privado de las playas y de la zona marítimo-terrestre existentes en la isla propiedad de las demandantes. De esta forma para que exista un auténtico acceso público y gratuito al mar que garantice el uso general del dominio público marítimo-terrestre, los concesionarios

Frente al doble propósito de la Ley de Costas de garantizar el carácter público y conservar las características naturales conciliando las exigencias de desarrollo con los imperativos de protección, la situación actual, gracias entre otras causas a la dejación administrativa, a la falta de coordinación y a la fragmentación legislativa, es tristemente alarmante, aún dieciséis años después de su aprobación por las Cortes Generales. La ocupación física del litoral se ha resuelto con la urbanización masiva y descontrolada de la franja costera, a la que hay que sumar la alarmante proliferación de instalaciones portuarias, deportivas y comerciales, que han sembrado este espacio de espigones, muelles y diques de abrigo, desdibujando el perfil de la costa y alterando irreversiblemente la dinámica litoral. La mala planificación de muchas actuaciones llevadas a cabo en la costa y la deficiente previsión de sus efectos es una realidad en nuestro litoral, debido por lo general a la masificación turística.

Una de las consecuencias más directas de esta alteración es la erosión costera, que afecta gravemente al litoral sedimentario español y cuya expresión más visible es la alarmante desaparición de las playas, previendo las Asociaciones ecologistas que el 90% de nuestro litoral sufre problemas de regresión⁴.

No podemos olvidar el efecto de los temporales que azotan nuestro litoral haciéndonos conscientes de la fragilidad de nuestras playas y poniendo de relieve que las soluciones propuestas desde las Administraciones competentes, la regeneración por aporte artificial de áridos, no es más que un parche caro e insostenible, tanto desde el punto de vista económico, como desde el ambiental que, además, no ataja el origen real del problema. Frente a todos estos peligros, la contaminación es quizá la mayor amenaza a la que se enfrentan las costas españolas. España ocupa un lugar destacado en cuanto a infracciones referentes a la calidad de sus aguas.

tendrán que compartir la utilización del acceso artificial a la isla o islotes con aquellas personas que deseen hacer uso del dominio público marítimo-terrestre insular en los términos en que la Constitución y la Ley de Costas los garantiza, llegando hasta el mismo a través de los accesos artificiales construidos por el concesionario. El Tribunal recuerda que el legislador estatal no sólo está facultado, sino obligado, a proteger el demanio marítimo-terrestre a fin de asegurar tanto el mantenimiento de su integridad física y jurídica, como su uso público y sus valores paisajísticos. Estas finalidades que ampara el artículo 45 de la Constitución no pueden alcanzarse, sin embargo, sin limitar o condicionar de algún modo las utilizaciones del demanio y el uso que sus propietarios pueden hacer de los terrenos colindantes con él. Tanto para asegurar la integridad física y las características propias de la zona marítimo-terrestre como para garantizar su accesibilidad es imprescindible imponer servidumbres sobre los terrenos colindantes y limitar las facultades dominicales de sus propietarios.

⁴ Informe de Green Peace sobre el Estado del Litoral 2002, pag. 6.

Y lo más preocupante: no se actúa decididamente para solucionarlo. Una muestra de ello es que la franja de terreno costero definida como dominio público marítimo-terrestre, que se extiende desde el mar hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos, e incluye las playas, acantilados y marismas, todavía no ha sido deslindada para incorporarla al dominio público en su totalidad⁵. Con ello se está ignorando y obstaculizando uno de los objetivos de la protección jurídica del dominio público marítimo-terrestre, el deslinde, que además se constituye como Título suficiente de posesión y titularidad demanial para rectificar las inscripciones registrales contradictorias.

Ante este panorama el Defensor del Pueblo elegido por las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo Andaluz y el Defensor del Pueblo Europeo han recibido quejas. Veamos cual es el ámbito competencias de las tres instituciones.

La competencia de supervisión de las Administraciones públicas de la que es titular el Defensor del Pueblo abarca a todas las Administraciones territoriales: la Administración General del Estado, las Administración autonómica y la Administración local.

Sin perjuicio de su competencia, el Defensor del Pueblo puede solicitar la cooperación del Defensor del Pueblo Andaluz para la investigación de dichas quejas. Esta cooperación puede concretarse tanto en quejas individualizadas como en áreas generales de la actuación administrativa. En todo caso, la cooperación en este ámbito, se limita al procedimiento de investigación ya que una vez concluido, el Defensor del Pueblo Andaluz procede a su documentación elaborando unas conclusiones que remite al Defensor del Pueblo quien finalmente adopta la resolución pertinente⁶.

Las quejas recibidas por el Defensor del Pueblo, que se hacen públicas en sus informes anuales en el apartado dedicado al Medio Ambiente, pueden clasificarse por su contenido en tres grande grupos. Aquellas relativas a la oposición vecinal y de organizaciones ecologistas en relación con los proyectos de ampliación de determinados espacios portuarios que tienen incidencia directa en la zona marítimo-

⁵ El Informe de Green Peace sobre el Estado del Litoral 2002 aseguraba que hasta la fecha, hay 5.816 kilómetros deslindados y quedan 5.163 por deslindar; pag. 18.

⁶ Si la materia objeto de investigación ha sido transferida, el acuerdo prevé que el Defensor del Pueblo Andaluz para desempeñar las funciones que le son atribuidas por el Estatuto, por su ley reguladora y por el acuerdo que estamos analizando, pueda dirigirse a toda clase de autoridades, organismos, funcionarios y dependencias de cualquier clase de Administración con sede en la Comunidad Autónoma.

terrestre por sus implicaciones urbanísticas y ambientales. Éste fue el caso de la queja relativa a la ampliación del puerto de Motril; de la queja relativa a la ampliación del muelle de los Cristianos, en Arona, Tenerife; de la ampliación del puerto de Castellón o del proyecto de infraestructuras portuarias en las instalaciones de Campamento-San Roque, promovido por la Autoridad Portuaria de Algeciras. En todas quejas la investigación se dirigió a órganos de la Administración General del Estado: al Ministerio de Fomento, al Ministerio de Obras Públicas, y en las dos últimas al ente público Puertos del Estado⁷.

Otro grupo de quejas se ciñen en torno a la inactividad en cuanto al deslinde de las costas y, en muchas ocasiones cuando se ha realizado, en el desacuerdo de los ciudadanos afectados por los procedimientos de deslinde. Este es el caso del deslinde del dominio público marítimo terrestre de la Isla de Formentera sobre el que el Defensor del Pueblo recibió mil quejas individualizadas; el caso de la queja que se efectuó sobre la expropiación forzosa de los bienes y derechos de un ciudadano incluidos en la zona de servidumbre de protección en el deslinde de la zona marítimo-terrestre en la Bahía de Portman, Murcia; el supuesto de la queja del expediente de deslinde provisional en un tramo de la Costa en el término municipal de Torremolinos, en la que los firmantes estimaban que dicho deslinde conllevaba la modificación de las calificaciones contempladas en el Plan General de Ordenación Urbana y la tramitación de una queja en la que un ciudadano, propietario afectado por la construcción de un paseo marítimo en San Pedro del Pinatar, Murcia, solicitó que se llevara a cabo el expediente de deslinde⁸. En todas estas quejas, la investigación estuvo dirigida sobre órganos de la Administración General del Estado, en unos casos ante la Secretaria de Estado para las Políticas del Agua y el Medio Ambiente, del antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y en los casos más recientes, ante la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente.

El último grupo de quejas en las que hemos clasificado las que tramita el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales, se centran en la inactividad de la Administración de costas ante la ocupación ilegal de la zona de demanio público

⁷ *Queja 9901390*, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1999, págs. 483-487; *queja 9209271*, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pag. 603; *queja 0102219*, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2001, pag. 433 y *queja 0101146*, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2001, pag. 434.

⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1998, pag. 79; *queja 0022985*, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2000, pag. 310; *queja 0020586*, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2000, pag. 310 y *queja 9123742*, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pag. 597.

marítimo-terrestre por la ejecución de obras de urbanización. En estos casos los ciudadanos que presentan las quejas consideran que la Administración no ejerce debidamente sus competencias de defensa de la integridad de dicha zona al no adoptar las medidas sancionadoras oportunas para su adecuada protección y restauración. Este es el caso de la ocupación ilegal de dominio público marítimo-terrestre en Vivero, Lugo, que estaba protagonizada por un edificio de la Xunta de Galicia; el supuesto de ocupación de una zona marítimo-terrestre en el lugar de la Armona, término municipal de la Guardia, Pontevedra, en el que se ordenó levantar una instalación industrial al haberse denegado la prórroga de una autorización, sin que se repusiera el terreno al anterior estado; de las ocupaciones abusivas en Nigrán en la que un propietario había realizado obras de distinta naturaleza, entre ellas un muro de contención, en pleno dominio público; de las construcciones ilegales en la Hacienda de la Manga de San Javier, Murcia; de la Construcción de un edificio de viviendas en las proximidades de la Playa de Los Locos en Suances, Cantabria; o de la ejecución de obras de urbanización y construcción en la playa de Isla Canela en Ayamonte, Huelva⁹. En todos estos casos la investigación se lleva a cabo sobre órganos de la Administración General del Estado y sobre los Ayuntamientos.

Cuando las quejas se refieren a la actuación de la Administración Autónoma, es el propio ciudadano el que concreta la competencia de supervisión del Defensor del Pueblo o del Defensor del Pueblo Andaluz, en función de ante quién presenta la queja. No obstante, aquella institución que la reciba puede solicitar la colaboración de la otra para la investigación y propuesta de resolución si entiende: en el caso del Defensor del Pueblo, que la intervención próxima y directa del Defensor del Pueblo Andaluz puede contribuir a una más rápida y eficaz solución; y en el caso del Defensor de Andaluz, cuando considere que los efectos de la resolución, debido a la trascendencia de las quejas, incidan en el área de actuación de la Administración General del Estado¹⁰.

⁹ *Queja 8812593*, Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pag. 596; del Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1990, *queja 8705034*, pag. 405; *queja 8808999*, pag. 403; *queja 8918415*, pag. 407 y *queja 9018409*, pag. 403 y *queja 0020586* en el Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2000, pag. 310.

¹⁰ Este ha sido el caso de la investigación que el Defensor del Pueblo ha llevado a cabo recientemente sobre el asunto del Prestige ante la Administración General del Estado y la Administración de la Xunta de Galicia. Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, pag. 983-1000.

En cuanto a la supervisión de la Administración Local, el Defensor del Pueblo Andaluz asume la investigación y la resolución de todo aquello que afecte a las materias en las que el Estatuto de Autonomía de Andalucía otorga competencias a la Comunidad Autónoma y remite al Defensor del Pueblo aquellas quejas que sean competencias de éste. No obstante, el Defensor del Pueblo se reserva la competencia de investigar y resolver todas las quejas que por su trascendencia o por razón de homologar criterios anteriores, lo requieran.

En sus informes anuales, el Comisionado Parlamentario Autonómico no dedica un apartado a la materia de Costas y Dominio Portuario, sino que sobre tales cuestiones podemos encontrar referencias indirectas en apartados como “*Contaminación de Aguas Continentales*”, “*Vertidos Urbanos, Industriales y agrícolas*”, “*Vertidos de Aguas Residuales*” “*Utilización de motos acuáticas y otros aparatos flotantes*”¹¹ y “*Ordenación del Territorio*”. En todos estos apartados se investigaron quejas relativas, por un lado a las ocupaciones ilegales del dominio público marítimo-terrestre que conllevan a la privatización encubierta del demanio público, ya sea a través de la correspondiente concesión de temporada de playas¹², ya sea a través de construcciones residenciales¹³. En estos casos la investigación se llevó a cabo ante las Corporaciones locales.

Otro grupo de quejas se refiere a los agresivos procesos urbanizadores fruto del desarrollismo sin respeto a los valores ambientales¹⁴ y a las obras no sujetas a licencia frente a las cuales las autoridades administrativas y políticas no actúan¹⁵. En estos supuestos se solicitaron informes tanto a órganos autonómicos como a órganos locales.

¹¹ La utilización de las motos acuáticas en las Playas de Andalucía: las medidas de control y seguridad, fue el Título de un Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz en el año 1995. Con posterioridad se incluyeron como epígrafes en los apartados referidos a los Ayuntamientos y las Diputaciones en el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de Andalucía de 1997 y en el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de Andalucía de 1998.

¹² *Queja 94/1455* y *queja 836/92*, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1995, págs. 1019 y 1020.

¹³ *Queja 96/1048* y *queja 95/2776* en la que la construcción se realizaba encima del hito de deslinde realizado por la demarcación de costas. Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 132 – 137 y 163 y 164.

¹⁴ *Queja 1233/91*, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1991, págs. 473 – 478 y el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, págs. 702 – 705 y *queja 00/1323*, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 105 – 108.

¹⁵ *Queja 92/1839*, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, de 1993, págs 199 y 200.

En relación a las playas cabe señalar dos grupos de quejas: uno se refiere a las barreras arquitectónicas existentes en paseos marítimos, cuestión que no es baladí, puesto que la ausencia de accesos públicos adecuados para personas con discapacidad, así como los obstáculos en los existentes, implica una merma del uso público del demanio marítimo-terrestre y del disfrute del medio ambiente adecuado al que todos tenemos derecho en virtud del artículo 45 de la Constitución¹⁶. El otro grupo de quejas relativas a las playas se refiere al deficiente servicio de limpieza de las mismas, así como a la contaminación de sus aguas¹⁷.

Donde el Comisionado Parlamentario Andaluz si ha realizado importantes estudios y ha supervisado de manera exhaustiva la actuación de la Administración autonómica y de los entes locales andaluces ha sido a través de los informes especiales, específicamente en dos de ellos que serán analizados en estas páginas: El Informe sobre el Estado de la Sanidad Ambiental de las Playas Andaluzas, de diciembre de 1991 y el Informe sobre la Ordenación y Protección del Espacio Litoral Andaluz: Estudio sobre la posición de las Administraciones Públicas ante el Decreto 118/1990, de 17 de abril, por el que se aprueban las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, de octubre de 1995¹⁸.

Es necesario destacar a este respecto la importante función que desempeña el Defensor del Pueblo Andaluz con la realización de sus actuaciones de oficio en la defensa del dominio público marítimo-terrestre en cuanto derecho al medio ambiente, pues las quejas que presentan los ciudadanos, por regla general, se refieren a la defensa de sus propios intereses y sólo, en ocasiones muy determinadas frente a grande obras públicas de ampliación de puertos donde existe una clara oposición

¹⁶ *Queja 96/994*, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, pag. 278 y *queja 99/1092* y *queja 99/1978*, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 241 – 243.

¹⁷ *Queja 93/2092*, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 959. *queja 92/900*, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, pag. 595-596 y *queja 98/1939*, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 524 – 532.

¹⁸ Dicho Informe es resultado de la preocupación especial que ha venido poniendo de manifiesto el Defensor del Pueblo Andaluz por las cuestiones relacionadas con la Ordenación del territorio y por las que íntimamente están conectadas con él como son la protección del Medio Ambiente y el Urbanismo. El fin del Informe consistía en valorar cuál ha sido el grado de compromiso que han asumido los Poderes Públicos de la Comunidad Autónoma Andaluza, en orden a la consecución de los objetivos que se marcaron en el Decreto 118/1990, de 17 de abril, por el que se aprobaron las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, las cuales se configuraban como el marco de referencia para el desarrollo de las políticas sectoriales y el planeamiento urbanístico que sobre él se efectúe, sirviendo para su más adecuada gestión, siendo su objetivo último establecer la máxima compatibilidad entre los distintos usos y aprovechamiento de las compatibilidades del litoral y la preservación y renovación de sus recursos.

vecinal o asociativa o ante situaciones municipales donde son protagonistas graves deficiencias en servicios esenciales recibe miles de quejas individualizadas.

En lo que se refiere al Defensor del Pueblo Europeo, el Tratado CE confiere al Defensor del Pueblo Europeo la competencia para investigar posibles casos de mala administración únicamente en las actividades de las instituciones y órganos comunitarios. El Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo establece de forma específica que no podrá ser objeto de reclamación ante el Defensor del Pueblo la actuación de ninguna otra autoridad o persona. En el examen de los informes que anualmente presenta el Ombudsman europeo hemos hallado tres quejas relativas al dominio público marítimo-terrestre y una de ellas hacía referencia al Reino de España¹⁹.

La reclamación ante al Ombudsman europeo fue presentada por el Defensor del Pueblo Andaluz en 1997, alegando que la Comisión no tomó debidamente en cuenta las repercusiones ambientales de determinados proyectos financiados por el Fondo de Cohesión y los Fondos Estructurales en la zona de Garrucha, Almería²⁰. Uno de los proyectos incluía la rehabilitación de la playa de Garrucha. El proyecto se había realizado con una aportación de la Comunidad del 85% de los costes totales, financiándose el resto por medio del Fondo de Cohesión. Asimismo, se había

¹⁹ Las otras dos quejas hacían referencia a lo siguiente: la primera se presentó en relación a la atribución de la bandera azul, sello de calidad y limpieza de una playa, a la playa de Armação de Pêra, Algarve, Portugal. En este caso, aunque la Comisión Europea no es directamente responsable de la atribución de la bandera azul, la cual está coordinada por una organización no gubernamental establecida en Dinamarca, el Defensor del Pueblo Europeo tramitó la queja puesto que la Comisión interviene facilitando datos relativos a uno de los criterios de atribución. Comisión Europea, como consecuencia de las informaciones remitidas por el Ombudsman, inició también un procedimiento de infracción de conformidad con el artículo 169 del Tratado contra Portugal por posibles manipulaciones de análisis de muestras de agua, siendo esta infracción prevista en de la Directiva 76/160/CEE sobre las aguas de baño. Informe del Defensor del Pueblo Europeo de 1996, Decisión sobre la reclamación 235/16.11.95/JMC-fr contra la Comisión Europea págs. 50-51. La otra reclamación, una organización ecologista del Reino Unido hacía referencia a las obligaciones impuestas a los Estados miembros de la UE y a la Comisión Europea por el apartado (3) del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres 18. La organización SOS pidieron a la Comisión que interviniera, pues consideraban que las autoridades locales con las obras de refuerzo de un puente en una zona protegida, estaba incumpliendo el Derecho nacional y el comunitario. El demandante denunciaba que la Comisión no había tomado medidas para que las autoridades británicas cumplieran con las obligaciones impuestas por la Directiva. Sobre la base de las investigaciones, el Defensor del Pueblo Europeo, no se constató ningún caso de mala administración por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas. Por consiguiente el Defensor del Pueblo decidió archivar el asunto. Informe del Defensor del Pueblo Europeo de 2000, Decisión sobre la reclamación 813/98/(PD)/GG contra la Comisión Europea, págs. 50-57.

²⁰ Informe del Defensor del Pueblo Europeo de 1999, Decisión sobre la reclamación 194/97/JMA contra la Comisión Europea, pag. 152.

concedido financiación comunitaria, a través de los Fondos Estructurales, para la ampliación del puerto comercial de la misma localidad que permitiría el atraque de grandes buques cerca de la playa en proceso de regeneración y, como consecuencia, según argumentaba el Defensor del Pueblo Andaluz, sería imposible que las aguas de baño de la zona cumplieren con las exigencias medioambientales comunitarias.

Las investigaciones del Ombudsman se dirigieron, por lo tanto, a determinar si había habido mala administración por parte de la Comisión Europea. Frente a la alegación del Defensor del Pueblo Andaluz relativa a que la Comisión no había examinado adecuadamente las irregularidades que se le habían comunicado en relación con los proyectos. La Comisión indicó que, sobre la base de la información recibida, la ampliación del puerto de Garrucha se había sometido a una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente que respetaba los criterios establecidos en la Directiva 85/337/CEE, y en cuanto a la incompatibilidad entre la ampliación del puerto local y la regeneración de una playa próxima, la Comisión decidió desestimar esta alegación, confiando en las garantías prestadas por las autoridades españolas. Por lo tanto, la institución comunitaria consideraba que no disponía de información que le permitiese detectar una posible infracción de la Directiva en este asunto.

Con el fin de decidir si en este caso se había producido mala administración por parte de la Comisión, el Ombudsman europeo estimó que era preciso determinar las correspondientes obligaciones jurídicas de la institución. Las disposiciones relativas a la aplicación de la cohesión económica y social establece claramente la necesidad de que este tipo de financiación sea compatible con las normas comunitarias: *“Las acciones financiadas por los Fondos estructurales [u...] otro instrumento financiero deberán atenerse a las disposiciones de los Tratados, así como a las políticas comunitarias, incluidas las que se refieran a [...] la protección del medio ambiente”*²¹.

La Comisión es responsable de la aplicación de esta disposición, por tanto, en la realización de su tarea, la Comisión debe garantizar una supervisión, un control y una evaluación efectivos de la asistencia procedente de los Fondos, en estrecha cooperación con los Estados Miembros Para conseguir este fin, el Ombudsman le recordó a la Comisión que puede pedir a las autoridades nacionales información

²¹ Artículo 130 A del Tratado se encuentran, entre otros textos: el Reglamento (CEE) nº 2081/93 47, relativo a todos los instrumentos financieros existentes, y el Reglamento (CE) nº 1164/94 48 en lo que se refiere de forma específica al Fondo de Cohesión. El texto citado corresponde al primer apartado del artículo 7 del Reglamento 2052/88 48.

detallada, informes nacionales de control o documentación relativa a los gastos, siendo también competente, si procede, para realizar comprobaciones sobre el terreno. De ahí que le reprochara que los principios de la buena administración exigen que realice su cometido con la debida diligencia, en virtud del primer apartado del artículo 7 del Reglamento (CEE) 2052/88. Esto quiere decir que en caso de reclamaciones justificadas por posibles irregularidades relativas a proyectos financiados por la Comunidad, la Comisión debe tomar medidas razonables para verificar la exactitud de la información que recibe. De la información recibida por el Defensor del Pueblo Andaluz se desprendía que la Comisión no tuvo en cuenta, en ningún momento, las reclamaciones del demandante relativas al medio ambiente. Por lo tanto, el Defensor del Pueblo Europeo concluyó que la Comisión no había tomado medidas razonables para garantizar que estos proyectos financiados por la Comunidad cumplieren el Derecho y la política de la CE.

En este Capítulo que dedicamos al espacio al dominio público marítimo-terrestre analizaremos la distribución de competencias entre las distintas Administraciones Públicas en su función de determinar, proteger, garantizar el uso público y asegurar la integridad y adecuada conservación de este espacio natural. Esta distribución competencial nos permitirá conocer las responsabilidades de las distintas Administraciones en la consecución de dichos objetivos. Analizaremos, a través de las quejas y de los Informes especiales del Defensor del Pueblo Andaluz, cuáles son las principales disfunciones en las actuaciones administrativas, cuestión ésta alto compleja si tenemos en cuenta los múltiples aspectos que se interrelacionan, aspectos tales como la calidad de las aguas, los diversos tipos de vertidos que confluyen en las playas, las depuraciones, los equipamientos higiénicos y sanitarios, sin olvidar los efectos de la incidencia urbanística, la incidencia de los espacios destinados a la agricultura y la incidencia de las actividades de marisqueo, la instalación de piscifactorías y granjas marinas. A todo ello se debe unir la sensibilidad social en torno a esta zona y en cuanto a sus consecuencias jurídicas, dada su fortísima incidencia en el desarrollo económico y en el potencial turístico.

En definitiva con estas líneas queremos analizar cuáles han sido las observaciones que el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz ha hecho públicas en relación a las directrices de actuación de las Administraciones Públicas y en relación a los instrumento que a su disposición pone el ordenamiento jurídico, para conseguir un equilibrio entre los distintos usos y aprovechamientos del espacio marítimo-terrestre y la preservación y renovación de sus recursos, con la finalidad de contribuir a la configuración de un modelo de ciudad costera que ofrezca

bienestar y calidad de vida a sus habitantes, en la que se hace imprescindible la actuación de los poderes públicos y la solidaridad colectiva.

2. Ámbito competencial de las Administraciones Públicas:

Sobre el espacio marítimo-terrestre confluyen las tres Administraciones Territoriales en virtud de una pluralidad de títulos competenciales. La Constitución Española, diseña en su artículo 149.1 las competencias exclusivas del Estado. En sentido estricto atendiendo a la materia de Costas, al Estado le corresponde: en virtud del artículo 149.20 la competencia sobre la marina mercante, la iluminación de las costas y señales marítimas, así como los puertos de interés general; en virtud del apartado 23 la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales; y en virtud del apartado 24 las obras de interés general. Además de estas competencias existen otros títulos competenciales íntimamente relacionados con la materia de costas²².

Entrando en el análisis de la Comunidad Autónoma de Andalucía, su Estatuto posee un artículo singular que contiene los objetivos básicos para cuyo fin la Comunidad Autónoma ejerce sus poderes. De esta manera el artículo 12.3 presenta como objetivos: El aprovechamiento y la potenciación de los recursos económicos de Andalucía, como su agricultura, ganadería, minería, pesca, industria, turismo, en el apartado 3; El fomento de la calidad de vida del pueblo andaluz, mediante la

²² Las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, competencia reconocida en el apartado 13; la pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación de sector se atribuyan a las comunidades autónomas, atribuida en apartado 19; la competencia sobre ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; el régimen general de comunicaciones, el tráfico y circulación de vehículos a motor y los cables aéreos y submarinos, reconocidas todas ellas en el apartado 21; y, por último, en virtud del apartado 22, corresponde al Estado la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, así como la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad Autónoma o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.

El artículo 18.1,5 del Estatuto de autonomía andaluz establece que corresponde a la Comunidad Autónoma de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1.11 y 13 de la Constitución, la competencia exclusiva sobre la Industria, sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar, y las normas relacionadas con las industrias que estén sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear. Queda reservada a la competencia exclusiva del Estado la autorización para la transferencia de tecnología extranjera.

protección de la naturaleza y del medio ambiente, en el apartado 5 y la protección y realce del paisaje, en el apartado 6.

Para la consecución de estos objetivos Andalucía ha asumido por el Estatuto la competencia exclusiva en: política territorial: ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda; Las obras públicas de interés para la Comunidad Autónoma de Andalucía cuya realización no afecte a otra Comunidad Autónoma, y siempre que no tenga la calificación legal de interés general del Estado; Puertos, aeropuertos y helipuertos que no tengan la calificación legal de interés general del Estado; Puertos de refugio, puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales; Promoción y ordenación del turismo; La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial y lacustre; sanidad e higiene sin perjuicio de lo que establece el artículo 149.1. 16 de la Constitución y el deporte y ocio²³.

La Comunidad Autónoma de Andalucía ha asumido el desarrollo legislativo y la ejecución en el marco de la regulación general del Estado de las siguientes materias: la ordenación del sector pesquero y los puertos pesqueros y el medio ambiente²⁴. En cuanto a las materias en las que únicamente ha asumido la ejecución, nos encontramos con los vertidos industriales y contaminantes en las aguas territoriales correspondientes al litoral andaluz; los puertos y aeropuertos con calificación de interés general, cuando el Estado no se reserve su gestión directa; la ordenación del transporte de mercancías y viajeros que tengan su origen y destino dentro del territorio de la Comunidad Autónoma y el salvamento marítimo²⁵.

La Constitución reconoce en el artículo 137 tanto a los municipios como a las provincias la autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. La lista de sus competencias están especificadas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de la Ley de Bases del Régimen Local, en el artículo 25 donde se particulariza la

²³ Artículo 13: apartados 8, 9, 11, 17, 18, 21 y 31. Además también tiene asumida, en virtud del artículo 13, competencia en la siguientes materias que están íntimamente conectadas con las costas: Los ferrocarriles, carreteras y caminos cuyo itinerario se desarrolla íntegramente en territorio andaluz y en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios por vía fluvial o por cable, (apartado 10); Recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, cuando las aguas transcurran únicamente por Andalucía, Aguas subterráneas cuando su aprovechamiento no afecte a otro territorio, (apartado 12); Aguas minerales y termales, (apartado 13) e Instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando este transporte no salga de Andalucía y su aprovechamiento no afecte a otro territorio (apartado 14).

²⁴ Artículo 15: apartado 1,6 y apartado 1,7.

²⁵ Artículo 17: apartados 6, 7, 8 y 11.

competencia de la seguridad en lugares públicos; la protección civil, la ordenación gestión, ejecución y disciplina urbanística; la protección del medio ambiente, la protección de la salubridad pública; el suministro de agua y el alumbrado público; los servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales y actividades o instalaciones culturales y deportivas: ocupación del tiempo libre²⁶. En función del artículo 26.1 de la LBRL los Ayuntamientos deberán prestar, por sí o asociados, en todo caso: todos los Ayuntamientos los servicios de alumbrado, recogida de residuos, limpieza viaria y alcantarillado. Los Municipios con población superior a 5000 habitantes, además, deberán prestar el servicio de tratamiento de residuos. Los Municipios con población superior a los 20.000 habitantes deberán, además de todos los anteriores servicios, asumir la protección civil; mientras que los de población superior a 50.000 asumirán obligatoriamente la protección del medio ambiente.

En este marco competencial se sitúa la aprobación, entre otras normas de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y su Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, en el ámbito de la Administración General del Estado y, en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a la aprobación de los Decretos 178/1984, de 19 de junio, sobre vigilancia sanitaria y ambiental de las Playas de Andalucía, posteriormente modificado por el Decreto 194/1998, de 13 de octubre, y el Decreto 118/1990, de 17 de abril, por el que se aprueban las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía.

La Ley de Costas de 1988 viene a cumplir con el mandato expreso de nuestra Constitución establecido en su artículo 132.2 el cual ha declarado que son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

Esta es la primera vez en nuestra historia legislativa que por una disposición del máximo rango se clasifican determinados bienes como de dominio público, con la particularidad de que los únicos a los que la Constitución atribuye directamente esa definición pertenecen precisamente al dominio público marítimo-terrestre. Y es evidente que ello ha sido para cortar, de una vez por todas, las anteriores confusiones y actitudes contrarias a la demanialidad de espacios tan importantes.

²⁶ Ver artículo 25.2 apartados a), c), d), f), h), l), m) de la Ley de Bases del Régimen Local.

El objeto de la ley ha sido expresado por el legislador en el artículo 1 de la misma: la determinación, la protección, la utilización y la policía del dominio público marítimo-terrestre y especialmente de la ribera del mar. Para ello la actuación de la actividad administrativa, por mandato legal se orienta a unos fines muy concretos: determinar el dominio público marítimo-terrestre y asegurar su integridad y adecuada conservación, adoptando, en su caso, las medidas de protección y restauración necesarias; garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo-terrestre, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas; regular la utilización racional de estos bienes en términos acordes con su naturaleza, sus fines y con el respeto al paisaje, al medio ambiente y al patrimonio histórico y conseguir y mantener un adecuado nivel de calidad de las aguas y de la ribera del mar²⁷.

El Decreto andaluz 178/1984, de 19 de junio, sobre vigilancia sanitaria y ambiental de las Playas de Andalucía tiene por finalidad, como su Título indica, la vigilancia sanitaria de las playas y zonas costeras²⁸, la protección de la salud pública, la promoción del correcto uso de los recursos naturales, el litoral y la contribución a la conservación del medio ambiente costero. Posteriormente, este Decreto fue modificado por el Decreto 194/1998, de 13 de octubre, como consecuencia de la aprobación por el Gobierno Central del Real Decreto 734/1988, de 1 de julio, por el que se establecen normas de calidad de las aguas de baño, que tiene por objeto adaptar la legislación española hasta entonces en vigor, a la correspondiente normativa comunitaria contenida en la Directiva 76/160. Al tener el Real Decreto mencionado la condición de una norma básica, la Comunidad Autónoma de Andalucía tuvo que adecuar el contenido del Decreto 178/1984, de 19 de junio, al contenido del Real Decreto 734/1988, de 1 de julio, aprobando para ello, el Decreto 194/1998, de 13 de octubre.

El Decreto andaluz 118/1990, de 17 de abril, aprueba las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía las cuales tienen la finalidad de servir de marco de referencia para el desarrollo de las políticas sectoriales y el planeamiento urbanístico que sobre dicho ámbito se efectúe, asegurando la compatibilidad del uso

²⁷ Artículo 2 de la Ley de Costas.

²⁸ Por vigilancia sanitaria, en virtud del artículo 2.2 del Decreto, se entiende el seguimiento continuado de todos aquellos factores que afectan a la calidad y solubilidad de las aguas litorales de uso preferentemente turístico-recreativo, la arena, los establecimientos temporales o permanentes y las instalaciones de saneamiento situados en las playas o cercanas a las mismas para detectar, realizar el seguimiento y proponer de corrección de todas aquellas situaciones anómalas que puedan afectar a la salud pública en las zonas litorales de uso preferentemente turístico-recreativo.

y el aprovechamiento de las potencialidades del litoral con la preservación y renovación de sus recursos. Las disposiciones contenidas en las Directrices tienen carácter vinculante para la actuación pública, en cuanto a los objetivos y resultados que deben lograrse en el ámbito litoral, dejando los medios y los modos concretos para conseguirlos a los distintos organismos administrativos, que deberán asegurar la coordinación de sus actuaciones para la más adecuada gestión del litoral y sus recursos.

2.1. Los principios de colaboración y coordinación que han de inspirar la actuación de las Administraciones Públicas en materia de Costas

Sin olvidar el contenido del artículo 103 de la Constitución española que enuncia el principio de coordinación, la Sentencia 149/1991, de 4 de julio, del Tribunal Constitucional, resultado de un recurso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley de Costas vino a determinar el régimen de relaciones entre todas las Administraciones públicas con competencia en el dominio público marítimo-terrestre con el ánimo de resolver los conflictos existentes hasta el momento²⁹.

Con posterioridad, el artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, ha establecido cuáles han de ser, en términos generales, los principios que deben inspirar las relaciones interadministrativas. Así obliga a que las Administraciones Públicas actúen y se relacionen de acuerdo con el principio de lealtad institucional, es decir: respetando el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias; ponderando, en el ejercicio de sus competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a otras Administraciones; facilitando a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias y prestando, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activa que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias, analicemos cuales son las referencias expresas de las relaciones

²⁹ Ponente Francisco Rubio Llorente.

administrativas que se hayan en la normativa vigente de costas que estamos analizando en este capítulo³⁰.

En la Ley de Costas, su Exposición de motivos, dada la concurrencia de competencias que se produce sobre el espacio litoral, el legislador ha procurado favorecer la coordinación con los instrumentos de ordenación territorial y urbanística mediante un sistema de consultas e informes recíprocos, que salva las competencias de las respectivas Entidades y permite su articulación en un marco de colaboración.

El artículo 112³¹ y 117 de la Ley de Costas y los artículos 209 y 210 del Reglamento de desarrollo concretan el procedimiento de evacuación de los informes que las Administraciones competentes en materia territorial y urbanística deben pedir a la Administración del Estado³²; el artículo 23.2 de la Ley de Costas prevé que la extensión de la Servidumbre de Protección requiera del acuerdo de las tres

³⁰ Artículo 116 de la Ley 22/ 1998, de 28 de julio.

³¹ En relación a la naturaleza jurídica del Informe del artículo 112 de la Ley de Costas, el supuesto carácter vinculante y preceptivo y los medios de reacción ante un Informe negativo o la no emisión dentro del plazo ver: GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, “*El régimen jurídico de las Costas españolas: La concurrencia de competencias sobre el litoral. Especial referencia al Informe preceptivo y vinculante de la Administración del Estado*”, RAP número 144, 1997, págs. 97 – 129 y POVEDA DÍAZ, María Teresa, “*La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y la planificación territorial urbanística*”, Revista de Derecho Urbanístico número 115, 1989, págs. 73 – 98. Para ver el mecanismo de actuación del Informe del artículo 112 de la Ley de Costas recomendamos la lectura de la Sentencia de la Sala 3ª, de 4 de diciembre de 1997, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de la que fue ponente Joaquín García Bernardo de Quirós, EDJ 1997/19725. La entidad actora interpone recurso Contencioso-administrativo que el TSJ de Andalucía desestima, contra la resolución de la Comisión Provincial de Urbanismo de Málaga que denegó la aprobación definitiva del Estudio de Detalle relativo a un edificio propiedad de la recurrente que, conforme al Informe de la Demarcación de Costas Andalucía-Mediterráneo, se asienta sobre dominio público marítimo-terrestre, con uso previsto para servicio de playa. La Sala señala que procede mantener la validez de la resolución impugnada, pues existe un Informe preceptivo y vinculante emitido por la Administración estatal al amparo del artículo 112 Ley de Costas 1988 en el que se proponen objeciones basadas en el ejercicio de facultades propias, incluida la de otorgar títulos para la ocupación o utilización del demanio o preservar las servidumbres de tránsito o acceso, vinculando su voluntad a la Administración autonómica, que habrá de modificar en concordancia los planes o normas de ordenación territorial o urbanística, tal y como tiene establecido el TS. Esta vinculación del Informe de la Administración de Costas, en materia que afecta a su propia competencia, implica la existencia de competencias concurrentes en la aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico, incluidos los Estudios de Detalle.

³² La *queja* 8908083, fue tramitada por el Defensor del Pueblo y su finalidad era saber cuantos planes urbanísticos habían sido impugnados por la Dirección General de Puertos y Costas por haberse producido el incumplimiento del artículo 117 de la Ley de Costas, bien porque el planeamiento no fuera sometido a tal Informe o porque, emitido este, no se aceptara su contenido desfavorable. La respuesta fue que desde la entrada en vigor de la Ley, habían sido objeto de recurso en todo el litoral de España: 8 planes generales de ordenación urbana; 12 normas subsidiarias; 12 planes parciales; un estudio de detalle y un proyecto de legalización de una unidad de actuación. Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, pag. 520.

Administraciones Territoriales; el artículo 49.2 en el que se regula la adscripción de bienes de dominio público marítimo-terrestre a las Comunidades Autónomas para la construcción de nuevos puertos y vías de transporte de titularidad de éstas o para la modificación o ampliación de las existentes, exige que el proyecto de la Comunidad Autónoma obtenga el informe favorable de la Administración del Estado; el artículo 51.4 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Costas que diseña la ampliación o sustitución de la zona afectada por la servidumbre de tránsito o la autorización de su ocupación con paseos marítimos, por el Ministerio de Medio Ambiente, le exige que solicite con carácter previo un informe a la Comunidad Autónoma.

El precepto que con mayor claridad muestra la necesidad de acuerdo entre los tres niveles administrativos es el artículo 22 de la Ley de Costas en el que se reconoce la competencia del Estado para dictar normas para la protección de determinados tramos de costa. Antes de la aprobación definitiva de estas normas se someten a informe preceptivo de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos a cuyo territorio afecten, para que los mismos puedan formular las objeciones que deriven de sus instrumentos de ordenación aprobados o en tramitación. En el caso de que se observen discrepancias sustanciales entre el contenido de las normas proyectadas y las objeciones formuladas por las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, se abrirá un periodo de consulta entre las Administraciones para resolver de común acuerdo las diferencias manifestadas. Este acuerdo se hace imprescindible, cuando el Reglamento de Costas en el artículo 42.3 completa que en defecto de acuerdo, las normas no podrán ser aprobadas.

El análisis de la normativa autonómica andaluza, particularmente el articulado de las Directrices del Litoral hace notorio hincapié en la coordinación de la actuación administrativa, no en vano, como hemos mencionado anteriormente, las Directrices pretenden ser el marco de referencia para el desarrollo de las políticas sectoriales y el planeamiento urbanístico que sobre dicho ámbito se efectúe. Sólo mediante una coordinación en la fase de planificación y posteriormente en la fase de gestión se podrá asegurar la compatibilidad del uso y el aprovechamiento de las potencialidades del litoral con la preservación y renovación de sus recursos.

La ordenación y la gestión integral y global requiere, como presupuesto imprescindible, el deber de información y difusión entre los responsables políticos. La información ha de potenciarse en el nivel de planificación, en el nivel de gestión y en el nivel de evaluación. En el texto de las Directrices, la información en el nivel de planificación se deja sentir, entre otros preceptos, en el artículo 9.5 que obliga a

notificar de manera directa los Avances de Planeamiento, así como en los trámites de información pública de los planes urbanísticos, a los organismos, entidades y Administraciones cuyas competencias o funciones puedan verse afectadas por el planeamiento propuesto, con la finalidad de que examinen la documentación y puedan aportar cualquier información referente a sus propias actividades.

La previsión de consulta o notificación en los trámites de avance y/o información pública de los planes urbanísticos, a los organismos, entidades y Administraciones cuyas competencias o funciones puedan verse afectadas por el planeamiento propuesto se incardina dentro de las Medidas previstas en las Directrices, en materia de “*Actuación y Coordinación Administrativa*”, aspecto éste en el que las Directrices pretendían tener una especial incidencia, dada la multiplicidad de organismos, entidades y administraciones con competencias en el litoral. Con ello se pretendía, entre otros objetivos, el conseguir una mayor integración de las actuaciones sectoriales en este ámbito y garantizar la coherencia global de la actuación administrativa en el litoral; objetivos éstos que mal pueden conseguirse si las Administraciones implicadas no tienen la oportunidad de conocer los contenidos concretos de los documentos de planeamiento propuestos que pudieran afectar a su actividad, para efectuar las alegaciones e informes que estimen convenientes respecto de los mismos.

En el texto del Decreto 178/1984, de 19 de junio, sobre vigilancia sanitaria y ambiental de las playas de Andalucía la información en el nivel de planificación está contenida en el artículo 12.2 que obliga a los Ayuntamiento a comunicarlos a la Consejería de Salud. La información a nivel de gestión se exige en el artículo 4 del Decreto 194/1998, de 13 de octubre, cuando la Consejería de Salud ha de requerir información a los organismos competentes en relación con las autorizaciones de vertidos que puedan afectar a la calidad sanitaria de las aguas y zonas de baño.

Por último, la información en el nivel de evaluación es imprescindible para la elaboración del Informe de Seguimiento de las Directrices que se ha diseñado como instrumento para conocer la virtualidad real y efectiva que han tenido las Directrices, no sólo como metodología de comprobación de la eficacia de las mismas, sino también de sus disfunciones y de las modificaciones que exigen en su redacción y previsiones.

Todo ello es necesario para la evaluación de la correcta ordenación del Litoral que como labor continua exige un seguimiento constante de la realidad sobre la que se pretende incidir, así como una actualización periódica del contenido de sus directrices, para lo cual es necesario que los organismos, entidades y

Administraciones Públicas que actúen en el ámbito de estas Directrices se apoyen mutuamente en la obtención de información y en el análisis de las mismas.

En conclusión, sólo a través de la efectiva ejecución de las propias competencias por parte de las Administraciones públicas y la observancia del deber de información mutua, colaboración, coordinación y respeto en sus respectivas actuaciones, se podrá garantizar el uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo-terrestre, asegurando su integridad y adecuada conservación. Esta fue la idea del Defensor del pueblo Andaluz cuando en el Informe Especial sobre el Estado de la Sanidad Ambiental de las Playas Andaluzas recomendaba la elaboración de un Plan Andaluz de Playas, debido a la concurrencia de competencias de las distintas Administraciones públicas, territoriales e institucionales, en orden al ejercicio de la vigilancia sanitaria de las playas y zonas costeras, la protección de la salud pública, así como la promoción del correcto uso de los recursos naturales del litoral y la contribución a la conservación del medio ambiente costero.

El Plan Andaluz de Playas se debería concebir como un instrumento de planificación estratégica, integrador del conjunto de directrices dirigidas a la protección de las playas de nuestro entorno, desde una perspectiva totalizadora, que aportara un tratamiento racionalizado de los recursos de las playas presidido por el interés público relevante. En definitiva su objetivo sería articular las acciones públicas destinadas a la adecuada coordinación entre las Administraciones competentes. Ésta era también la idea que el profesor MENÉZDEZ REXACH, ya en 1982 y refiriéndose a la normativa que precedió a la vigente Ley de Costas, destacaba: el Plan especial de ordenación. El Plan es una solución integradora para las competencias, coordinadora de las mismas, marco adecuado para el ejercicio de todas las potestades administrativas y vinculante para todas las competencias administrativas, de tal suerte que los participantes al igual que la Administración quedan obligados al cumplimiento de las determinaciones del Plan³³.

De esta forma, el Plan Andaluz de Playas se configuraría con un doble sentido: a) como ordenador de las relaciones entre las distintas Administraciones públicas comprometidas en la gestión de las playas, y medio instrumental para hacer operativo el principio de colaboración y coordinación de las relaciones

³³ Vid. MENÉZDEZ REXACH, A. “*La ordenación de las playas y sus problemas jurídicos. En especial el tema de las competencias concurrentes*”, Revista de Derecho Urbanístico número 76, 1982, págs. 79 – 101.

interadministrativas; y, b) como delimitador de los principios y prioridades que deben inspirar el ejercicio de las competencias de la protección de nuestras playas.

Por esta razón el Defensor del Pueblo Andaluz estimaba conveniente que el Plan Andaluz de Playas comprendiera los siguientes aspectos: a) la delimitación de los principios básicos de la protección de nuestro litoral; b) la definición de las competencias y funciones que asume cada Administración a tenor de la legalidad vigente³⁴; c) la previsión de los mecanismos de cooperación y colaboración entre las distintas administraciones, incluida la estatal. En este sentido, podría ser conveniente crear una Comisión Andaluza de Playa como órgano de carácter flexible, para la subsanación de conflictos y discrepancias y la fijación de contenidos de coordinación y cooperación de las actuaciones a realizar en orden a la protección sanitaria y ambiental de estos territorios; d) la fijación de los objetivos de la actuación pública en el marco de la protección de nuestro litoral; e) la determinación de los procedimientos de financiación de las acciones emprendidas en el propio Plan; y f) el diseño de los instrumentos de evaluación y control del propio Plan.

³⁴ Un caso que llegó al Tribunal Supremo y que es muestra de la urgente necesidad de definición de las competencias y funciones que debería resolverse a través del Plan Andaluz de Playas propuesto por el Defensor del Pueblo Andaluz es el que se resolvió en la Sentencia de la Sala 3ª, de 16 de julio de 2002, del TS, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez Bordona, EDJ 2002/29142. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación promovido contra la sentencia pronunciada por el TSJ de Canarias que consideró conforme a derecho la resolución administrativa que impuso una sanción por la construcción de un edificio destinado a hotel en la zona de servidumbre de protección de una playa. La Sala, considera que, contrariamente a lo dispuesto por el Tribunal de instancia, y conforme a la doctrina establecida por la STC 4 julio 1991, la Administración competente para dictar los actos sancionadores impugnados era el Gobierno de Canarias y no el entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, porque en virtud de lo dispuesto por el RD 959/1984, de 29 febrero, se había procedido al traspaso de funciones y servicios desde la Administración del Estado a aquella Comunidad en materia de ordenación del litoral y vertidos al mar, reglamento que había dado efectividad al artículo 34 a) de su Estatuto de Autonomía, por lo que la sentencia recurrida infringió lo dispuesto en el artículo 47, a) de la LPA al no apreciar la nulidad de la resolución recurrida por estar dictada por órgano manifiestamente incompetente. Para el Tribunal Supremo la Administración del Estado resultaba incompetente para imponer una sanción basada en el incumplimiento de lo establecido en materia de servidumbres en aquella zona de protección. La Administración del Estado, pues, debe en estos casos limitarse a poner los hechos en conocimiento de la Comunidad Autónoma para que los persiga, de modo que si acuerda sancionarlos por sí misma incurre en vicio de incompetencia determinante de la nulidad del acto impugnado. La Sala, anulando la sentencia recurrida, estima parcialmente el recurso contencioso formulado en la instancia ya que al anular los actos impugnados por razones competenciales y no por motivos de fondo deja subsistentes las posibilidades de que la Administración autonómica resuelva el expediente en el mismo sentido que lo hizo la estatal. Sobre esta cuestión ver también la Sentencia de la Sala 3ª, de 3 de diciembre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de la que fue ponente Mª Teresa Gómez Pastor, EDJ 1999/43439 y la Sentencia de la Sala 3ª, de 4 de septiembre de 1998, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de la que fue ponente Mª del Rosario Cardenal Gómez.

Más adelante desarrollaremos esta idea, pero adelantemos una valoración: es reprochable que la coordinación entre las Administraciones públicas no sea tan real y efectiva como debiera teniendo en cuenta las previsiones normativas existentes, las sugerencias que la Administración recibe del Defensor del Pueblo Andaluz, los pronunciamientos jurisprudenciales existentes y las valoraciones doctrinales. Para lograr la coherencia de la actuación entre Administraciones Públicas reivindica que la Administración General del Estado ejerza la facultad de coordinación que le atribuye el artículo 118 de la Ley de Costas en los términos del artículo 59 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, es decir, a través de planes sectoriales para la fijación de los objetivos y la determinación de las prioridades de la acción pública en esta materia, debiendo la entidad local ejercer sus facultades de programación, planificación u ordenación de los servicios o actividades de su competencia en el marco de las previsiones de dichos planes. Tal coherencia de actuación se puede lograr a través de los instrumentos que para la coordinación administrativa prevé el artículo 58 de la mencionada Ley de bases, como son órganos deliberantes o consultivos creados al efecto o la Comisión Territorial de Administración Local que en dicho precepto se establece³⁵.

Esta afirmación realizada por GONZÁLEZ GONZÁLEZ en condición de Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, choca con la posterior interpretación que hizo el Tribunal Constitucional en la Sentencia 149/1991, de 4 de julio al declarar el artículo 118 de la Ley de Costas inconstitucional. El Tribunal Constitucional argumenta que la remisión que se establece al artículo 59 de la ley de Bases produce cierta perplejidad, porque si bien es verdad que el mencionado precepto abre la posibilidad de que las leyes sectoriales, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, atribuyan al Gobierno de la Nación, o al respectivo Consejo de Gobierno, la facultad de coordinar la actividad de la Administración local y en especial de las Diputaciones Provinciales en el ejercicio de sus competencias, no es menos cierto que en el apartado segundo se establece que “*en todo caso la Ley deberá precisar, con suficiente detalle, las condiciones y los límites de la coordinación, así como las modalidades de control que se reserven las Cortes Generales o la correspondiente Asamblea Legislativa*” y que esta exigencia queda absolutamente incumplida en el artículo 118.

³⁵ Vid. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Oscar, “*limitaciones y servidumbres marítimas*”, Revista de Derecho Urbanístico número 117, 1990, págs. 65 – 83.

Para el Tribunal esas condiciones y esos límites legalmente previstos en cada caso son naturalmente indispensables para preservar la autonomía local, que resulta ignorada mediante una habilitación general como la que en este precepto se contiene. A ello añade nuestro interprete de la Constitución que el artículo 59 de la Ley de Bases de Régimen Local no resulta contrario al bloque de la constitucionalidad, precisamente porque la posibilidad que en él se abre de que la Ley estatal o autonómica atribuyan al Gobierno del Estado o al de la Comunidad Autónoma unas facultades de coordinación limitadas y sometidas al control de las Cortes o del Parlamento respectivo, está referida a los sectores materiales de competencia estatal o autonómica, en tanto que el precepto que ahora comentamos no establece distinción alguna, abriendo así el camino para que la Administración estatal asuma la tarea de coordinar la actuación de las Corporaciones Locales en materias que, como la de ordenación territorial, son de competencia de las Comunidades Autónomas. Es por ello que se declara inexcusablemente a la declaración de inconstitucionalidad del precepto.

En cuanto a los datos que anteceden, se puede apreciar que el principio de coordinación es positivo, oportuno y necesario, en su diseño en la Ley de Costas, pero es relativizado por la práctica administrativa. A nuestro juicio, la Administración del Estado debe ejercer su función de coordinación a través de la convocatoria de reuniones periódicas con el resto de Administraciones Públicas, creándose entre todas ellas el foro de consultas y deliberaciones necesarias en las que se pongan en común las acciones de las propias competencias para lograr una efectiva y respetuosa coordinación. Es decir, no consiste en usurpar o subordinar competencias sino en ejercer las propias respetando las ajenas, todo ello a través de un mecanismo dónde prime la información, la colaboración y la lealtad institucional, donde no cabe el ejercicio inconexo de competencias exclusivas sino la actuación coherente de competencias concurrentes sobre un mismo espacio físico.

3. La determinación del Dominio Público Marítimo-Terrestre

Desde la aprobación de la Ley de Costas han sido numerosas las quejas que se han presentado ante las instituciones de los Comisionados Parlamentarios en relación al incumplimiento de lo previsto en la misma. La Ley de Costas nació en 1988 con el propósito de definir la costa y protegerla. La incoación de deslindes es fundamental para determinar la propiedad estatal inalienable e imprescriptible de la

costa, y el uso público y gratuito de la misma, aún así cerca de cinco mil kilómetros aún no han sido deslindados³⁶.

Por tanto, es fundamental para la determinación del dominio público marítimo-terrestre que se practique por la Administración del Estado los oportunos deslindes, ateniéndose a las características de los bienes que lo integran conforme a lo dispuesto en la Ley de Costas³⁷. Para ello el legislador le reconoce el deber de investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre, a cuyo efecto puede recabar todos los datos e informes que considere necesarios³⁸; puede ejercer la facultad de recuperación posesoria, de oficio y en cualquier tiempo sobre dichos bienes³⁹; y puede hacer valer el privilegio de no admitirse interdictos contra las resoluciones dictadas por la Administración del Estado en ejercicio de las competencias configuradas en la Ley de Costas y de acuerdo con el procedimiento establecido⁴⁰.

3.1. El Deslinde y las quejas relativas al procedimiento

El deslinde es la técnica para determinar el dominio público marítimo-terrestre⁴¹ ex novo o cuando por cualquier causa se altere la configuración del dominio público marítimo-terrestre ya determinado, en cuyo caso se incoará expediente de modificación del deslinde existente⁴². El deslinde determinará siempre

³⁶ Informe de Green Peace sobre el Estado del Litoral 2002, pag. 18.

³⁷ Artículos 3, 4 y 5.

³⁸ La potestad de investigación se ejercerá por el Ministerio de Medio Ambiente, de oficio o a instancia de cualquier persona, a la que se notificará, en su caso, la incoación del expediente. Una vez iniciado el expediente de investigación, el Servicio Periférico de Costas practicará las pruebas que considere pertinentes para la constatación de las características físicas y de la situación jurídica de los bienes investigados, pudiendo abrir, si lo considera oportuno, un período de información pública por el plazo de un mes. Cuando se concluya la investigación se adoptará la resolución que resulte procedente entre las siguientes: a) Promover expediente de recuperación posesoria; b) Iniciar el correspondiente deslinde; c) Archivar las actuaciones

³⁹ El procedimiento de la recuperación posesoria se encuentra regulado en el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, concretamente en los artículos 16 y 17. La referencia hecha al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo hoy debe sustituirse por el Ministerio de Medio Ambiente.

⁴⁰ Artículo 10 de la Ley de Costas y Artículo 14 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁴¹ Artículo 11 de la Ley de Costa y artículo 18.1 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁴² El artículo 27 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre prevé que en todo caso, será necesaria la práctica de nuevo deslinde cuando se produzca la invasión de terrenos por el mar y pasen a formar parte de su lecho por cualquier causa, así como en los supuestos de la desafectación de los terrenos que previamente fueran de dominio público y que por cualquier causa hayan perdido sus características naturales de playa, acantilado, o zona marítimo-terrestre y en los supuestos de

el límite interior del dominio público marítimo-terrestre, sin perjuicio de que se puedan delimitar también las distintas clases de pertenencias que lo integran.

En cuanto al procedimiento de deslinde se incoa de oficio o a petición de cualquier persona interesada, y es aprobado por la Administración del Estado. En el caso de la iniciación a instancia de parte, interesada los deslindes se tramitan con carácter preferente⁴³. Aunque la Ley otorga esta preferencia al procedimiento de deslinde que se inicia a instancia de parte, en la *queja 9123742*, tramitada por el Defensor del Pueblo elegido por las Cortes Generales, se observa un caso de clara inobservancia de este precepto por la Administración Central, pues el reclamante se había dirigido a la Demarcación de Costas de Murcia denunciando que las obras de construcción de un paseo marítimo que se estaba realizando, afectaba a un solar que él consideraba de su propiedad. Para clarificar la situación, el reclamante había solicitado el deslinde de la zona marítimo-terrestre colindante con el referido solar, sin que el mismo se hubiese efectuado, a pesar de las reiteradas peticiones y del cumplimiento de los requisitos legales previstos, tales como el abono de las tasas, la remisión de la documentación, etc. Éste es un caso en los que la bondad de la ley queda en un mero principio sin práctica⁴⁴.

Volviendo con la incoación del procedimiento, el Servicio Periférico de Costas eleva al Ministerio de Medio Ambiente una propuesta, que contendrá el plano de delimitación provisional del dominio público y de la zona de servidumbre de protección, acompañada de fotografías y datos resultantes de la confrontación sobre el terreno. Y el Ministerio de Medio Ambiente a la vista de dicha propuesta, ordena, si lo estima procedente, la incoación del expediente⁴⁵.

desafectación por obras e instalaciones de iluminación de costas y señalización marítima construidas por el Estado cualquiera que sea su localización.

Mientras que será suficiente con rectificar el deslinde existente, de forma que incluya los terrenos incorporados al dominio público marítimo-terrestre en los supuestos siguientes: a) los terrenos incorporados por los concesionarios para completar la superficie de una concesión de dominio público marítimo-terrestre que les haya sido otorgada, cuando así se establezca en las cláusulas de la concesión; b) los terrenos colindantes con la ribera del mar que se adquieran para su incorporación al dominio público marítimo-terrestre; c) los terrenos del Patrimonio del Estado colindantes con el dominio público marítimo-terrestre o emplazados en la zona de influencia que resulten necesarios para la protección o utilización de dicho dominio.

⁴³ Esta tramitación preferente se reconoció en el artículo 20.1 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁴⁴ Ver Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pág. 597.

⁴⁵ La Sentencia de la Sala 3ª, de 31 de diciembre de 2002, del TS, de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez, ha lugar al recurso de casación planteado contra la STSJ que había declarado la inadmisibilidad del recurso Contencioso-administrativo, por entender que los actos

Dicha incoación tiene dos consecuencias inmediatas: por un lado, faculta a la Administración del Estado para realizar o autorizar, incluso en terreno privado, trabajos de toma de datos y apeos necesarios, sin perjuicio de las indemnizaciones que sean procedentes por los daños y perjuicios causados y a resultas del deslinde que se apruebe definitivamente; y por otro lado, la providencia de incoación del expediente de deslinde implica la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre y en su zona de servidumbre de protección, a cuyo efecto deberá publicarse acompañada de plano en que se delimite provisionalmente la superficie estimada de aquél y de ésta. La suspensión se levantará implícitamente con la resolución del expediente.

La letra de este precepto no especifica si entre las “concesiones y autorizaciones” se encuentran o no las licencias municipales de obras, pero el artículo 22.2,b) del Reglamento de dicha Ley lo aclara debidamente, al disponer que en el procedimiento de deslinde del dominio público marítimo-terrestre y en la solicitud que se curse el Ayuntamiento “se incluirá la petición de suspensión cautelar del otorgamiento de licencias de obra en el ámbito afectado por el deslinde”. De este precepto, el Tribunal Supremo aclara dos cuestiones: a) La primera, que no regula una petición de resolución graciable o discrecional por parte del Ayuntamiento, en el sentido de que éste pueda denegar la suspensión cautelar, sino que se trata de una suspensión obligada, pues sólo con ella pueden salvaguardarse las finalidades propias del deslinde; b) La segunda, que este precepto reglamentario no hace sino explicitar algo que ya se encuentra en el espíritu del artículo 12.5 de la Ley de Costas de 1988 que es el de evitar la consolidación de edificaciones, obras o instalaciones que perjudiquen el dominio público marítimo-terrestre⁴⁶.

Practicadas las actuaciones procedimentales pertinentes⁴⁷ el Servicio Periférico de Costas formula el proyecto de deslinde⁴⁸ que es elevado al Ministerio

impugnados, relativos el deslinde de un tramo de la zona marítimo-terrestre son actos de trámite, no susceptibles de impugnación autónoma, sentencia que se casa y anula, porque el acto por el que se acordó la iniciación del procedimiento de deslinde, si bien no predetermina su resultado final, no es un mero trámite desde el momento en que, por imperio de la Ley 22/1988, conlleva unos determinados efectos sobre la propiedad de los bienes afectados por el procedimiento en cuestión y supone la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre y en la zona de servidumbre de protección. EDJ 2002/58743.

⁴⁶ Sentencia de la Sala 3ª, de 20 de junio de 2001, del TS de la que fue ponente Pedro José Yagüe Gil. EDJ 2001/13356.

⁴⁷ Artículo 12 de la Ley de Costas y artículo 23 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre. El artículo 22.2 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, diseña el trámite de la

de Medio Ambiente para su aprobación mediante Orden ministerial⁴⁹, la cual deberá reflejar con precisión el límite interior del dominio público marítimo-terrestre, así como el de la ribera del mar cuando no coincida con aquél. Además se hará constar la localización de las servidumbres impuestas a los terceros colindantes⁵⁰.

El deslinde aprobado, al constatar la existencia de las características físicas contempladas en la Ley de Costas⁵¹, declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento y sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados. Esta afirmación del artículo 13 de la Ley de Costas en relación a que el deslinde “*declara la posesión y la titularidad dominical en favor del Estado*”, ha dado origen a una polémica acerca de la naturaleza y del carácter constitutivo o meramente declarativo del deslinde. GONZÁLEZ-VARAS defiende la naturaleza constitutiva del acto⁵², mientras que HORGUÉ BAENA⁵³ entiende que el deslinde del dominio público marítimo tiene una naturaleza meramente declarativa. El mantenimiento de una postura u otra tiene importantes consecuencias en cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora: si se defiende el carácter constitutivo del deslinde, es decir, si se entiende qué es el deslinde el que crea la titularidad demanial del Estado sobre determinados bienes, entonces sí debe mantenerse que el deslinde es un requisito previo para que la Administración pueda realizar cualquier actividad de conservación y protección de la integridad del demanio marítimo-terrestre; si, por contra, se defiende el carácter meramente declarativo del deslinde, como los bienes

audiencia, solicitando Informe a la Comunidad Autónoma y al Ayuntamiento, remitiéndoles a tal efecto copia de los planos de emplazamiento y delimitación provisional del dominio público y de la zona de servidumbre de protección. En la solicitud que se curse al Ayuntamiento se incluirá la petición de suspensión cautelar del otorgamiento de licencias de obra en el ámbito afectado por el deslinde, que no será levantada hasta que se apruebe el deslinde.

⁴⁸ Artículo 24 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁴⁹ Artículo 24.3 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁵⁰ Artículo 25 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁵¹ Artículos 3, 4 y 5 de la Ley de Costas y concordantes del Reglamento que la desarrolla. La Sentencia de la Sala 3ª, de 13 de julio de 2001, del TS de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona, estima el recurso de casación, declarando la Sala conforme a Derecho un acuerdo del Servicio de Costas del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo sobre aprobación de deslinde de dominio público marítimo-terrestre en Doñana (Huelva). El TS afirma que el análisis de las categorías geográfico-jurídicas utilizadas por el Legislador de 1988 para designar los espacios litorales, de la ribera del mar, que pasan a formar parte del dominio público marítimo-terrestre no puede hacerse de modo meramente gramatical, aun cuando este componente hermenéutico sea sin duda importante. EDJ 2001/26193.

⁵² Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *El deslinde de las costas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

⁵³ Vid. HORGUÉ BAENA, Concepción, *El deslinde de Costas*, Tecnos, Madrid, 1995.

que integran el demanio marítimo-terrestre son demaniales *ope legis* desde el momento en que reúnan las características definidas en la Ley, les sería inherente y directamente aplicables el régimen jurídico establecido por dicha Ley para su conservación y protección sin necesidad de un acto administrativo de deslinde⁵⁴.

Otro Defensor de la corriente declarativa es FERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁵⁵ que señala que si el deslinde se convierte en requisito previo de cualquier actividad de conservación protección de la integridad del demanio, supondría dejar en manos de la Administración del Estado todos los mecanismos de protección y defensa del litoral diseñados en la Ley de Costas, la cual se convertiría de este modo en simple papel mojado, carente casi por completo de eficacia. Para este autor, el deslinde únicamente podría considerarse como un requisito previo de las actividades de conservación y protección de la integridad del litoral, y, entre ellas el ejercicio de la potestad sancionadora, en los supuestos en los que resulta controvertido y discutido que se encuentren enclavados en la zona de dominio público marítimo terrestre⁵⁶.

⁵⁴ Esta tesis es la que vino a resolver la cuestión litigiosa que se juzgó en la Sentencia de la Sala 3ª, de 10 de mayo de 2001, del TS de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez. EDJ 2001/32796. En el Fundamento de Derecho segundo se afirma que: “...el carácter de dominio público que, por su propia naturaleza o características físicas, tienen las playas, por lo que, a diferencia de lo que sostiene la Sala de instancia, no era inexcusable la existencia de un previo deslinde para acreditar la invasión de aquél”.

⁵⁵ Vid. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier, “El ejercicio de la potestad sancionadora en el dominio público marítimo-terrestre y en la zona de servidumbre de protección en terrenos no deslindados”, REALA número 279, 1999, págs. 215 – 234.

⁵⁶ Esta tesis es la que resolvió la cuestión litigiosa de la Sentencia de la Sala 3ª, de 29 de julio de 2002, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de la que fue ponente Federico Lázaro Gil. EDJ 2002/46713. El TSJ estima el recurso Contencioso-administrativo interpuesto por un particular contra resolución del Ministerio de Medio Ambiente por la que se impone al actor una sanción de multa como responsable de una infracción administrativa a la legislación de Costas, consistente en construcción no autorizada en zona de dominio público marítimo-terrestre de una vivienda, imponiéndole asimismo la obligación de demolición de la edificación, al aceptar la Sala la alegación actora sobre nulidad de la resolución impugnada por incompetencia del órgano sancionador, al corresponder a la administración autonómica la vigilancia de las zonas de servidumbre de protección, con arreglo a la legislación aplicable. El deslinde del dominio público vigente a la fecha en que se efectuó la construcción y se dictó la resolución sancionadora era el aprobado por Orden Ministerial de 10 de diciembre de 1965, si bien con posterioridad se tramitó nuevo deslinde conforme a las previsiones de la Ley 22/88, de Costas, estando pendiente de aprobación por orden ministerial a la fecha en que se emitió el Informe de la Demarcación de Costas que se unió al escrito de interposición del recurso ordinario presentado por el recurrente. Con arreglo al citado deslinde de 1965, toda la construcción quedaba fuera del dominio público marítimo-terrestre deslindado y dentro de la zona de servidumbre de protección, que ocupa una franja de 100 metros adentro a contar desde el límite interior de la ribera del mar, conforme al artículo 23 de la Ley de Costas, si bien la anchura será de 20 metros desde igual punto en los terrenos clasificados como urbanos a la entrada en vigor de la ley, como es el caso de los ocupados con la construcción a que se refiere el expediente sancionador, a tenor de la disposición transitoria tercera, 3 de la citada Ley 22/88, de Costas. En el Fundamento de Derecho Segundo la Sala establece que la diferente definición de playa que efectuaba el artículo 1.1

En el conjunto de quejas que ha tramitado el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales en relación al deslinde se constatan las siguientes irregularidades: la inactividad en cuanto al deslinde de las costas y, en muchas ocasiones cuando se ha realizado: la lentitud en la tramitación y la resolución del mismo y final desacuerdo de los ciudadanos afectados por los procedimientos de deslindes.

En la *queja 9123742*, el reclamante se había dirigido a la Demarcación de Costas de Murcia denunciando que las obras de construcción de un paseo marítimo que se estaban realizando afectaban a un solar que él entendía de su propiedad⁵⁷. Además del problema antes mencionado de la falta de iniciación, el Defensor del Pueblo tras pedir y examinar los informes que solicitó al órgano ministerial competente, constató que el plazo legal de resolución del procedimiento de deslinde se había conculcado al haber transcurrido más de tres años desde el inicio del expediente de deslinde sin que hasta la fecha de la tramitación de la queja se hubiera dictado resolución administrativa. Por ello recordó a la Administración que tenía obligación de resolver dentro de los plazos previstos legalmente.

Supuestos de queja por desacuerdo del deslinde practicado lo encontramos en la *queja 0022985* y *queja 0020586*, ambas versaban sobre la expropiación forzosa de los bienes y derechos de un ciudadano incluidos en la zona de servidumbre de protección en el deslinde de la zona marítimo-terrestre en la Bahía de Portman, Murcia, y en la *queja 0022557* relativa a un expediente de deslinde provisional en un tramo de la Costa en el término municipal de Torremolinos, en la que los firmantes estimaban que dicho deslinde conllevaba la modificación de las calificaciones contempladas en el Plan General de Ordenación Urbana. Sobre la tramitación de estas quejas los informes generales no aportan más datos, pues hacen una sucinta referencia al tema de las quejas sin más. Esta información insuficiente se constata con mayor intensidad en el informe del año 1998 en el que la única referencia a las cuestiones relativas al deslinde la hallamos en los datos estadísticos de la gestión que

de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, frente a la actual contenida en el artículo 3.1.b) de la Ley 22/88, de 28 de julio, sin duda más amplia en la actual ley, hacía necesario el acto de deslinde en el correspondiente expediente, que debería ser aprobado por la autoridad competente y que tiene como efecto la declaración de posesión y titularidad dominical a favor del Estado, dando lugar al amojonamiento y demás efectos que previene el citado precepto. Por ello, la falta de aprobación administrativa del acto de deslinde que determine la condición de dominio público del terreno en que se levanta la construcción impide atribuirle jurídicamente tal condición a efectos sancionadores.

⁵⁷ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pág. 597.

nos muestran que sobre el deslinde del dominio público marítimo terrestre de la Isla de Formentera, el Defensor del Pueblo recibió mil quejas individualizadas⁵⁸.

3.2. La necesidad de modificación de los deslindes existentes. Queja relativa a la inactividad de la Administración

En la *queja 96/1048* presentada ante el Defensor del Pueblo Andaluz se plantea la necesidad de proceder a la modificación de los deslindes existentes, como consecuencia de los temporales, y a la consiguiente revisión de las licencias otorgadas⁵⁹.

Ésta fue presentada por un colectivo que denunciaba que, en playa de Ayamonte (Isla Canela), se estaba procediendo a la Construcción de un paseo marítimo en la zona de dominio público marítimo-terrestre. Esta obra, además de invadir la playa, según ellos, produciría fenómenos perjudiciales en la zona marítimo-terrestre al potenciar la erosión de la playa, afectando a la dinámica del litoral.

Igualmente denunciaban la construcción de una enorme edificación levantada en la zona de la playa donde se había empezado a construir el muro de contención, lo que, según ellos, vulneraba el artículo 30.1.b) de la vigente Ley de Costas⁶⁰; además, ya había comenzado la construcción de un nuevo edificio de las mismas características del anterior que se situaba en una zona que se invadía por el mar antes de la construcción del muro de contención.

A la vista de tales hechos, el Defensor interesó el preceptivo informe al Servicio de Costas de Huelva para que trasladara su postura ante las denuncias efectuadas por la citada Plataforma y la consideración de los técnicos de Costas acerca de si el muro de construcción que se construía, contribuía a la regeneración de la playa, como mantenía el Ayuntamiento de Ayamonte o, por el contrario, la deterioraba aún más. También quería conocer si las obras mencionadas y los

⁵⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2000, pag. 310 y de 1998, pag. 79.

⁵⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 132 – 137.

⁶⁰ Artículo 30.1,b) de la Ley de Costas se refiere a la zona de influencia cuya anchura se determina en los instrumentos correspondientes, siendo como mínimo de 500 metros a partir del límite interior de la ribera del mar. En dicha zona se ha de respetar las exigencias de protección del dominio público marítimo-terrestre, por ello la ley exige que las construcciones se adapten a lo establecido en la legislación urbanística, evitándose la formación de pantallas arquitectónicas.

edificios en construcción podían suponer una inobservancia de las previsiones de la Ley de Costas. También interesó informe al Ayuntamiento de Ayamonte sobre la sujeción de las obras de construcción del paseo marítimo y de los edificios al planeamiento urbanístico vigente en el municipio y en relación a si contaban con las preceptivas licencias de obras. Por último, se dirigió a la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo para interesarse de las medidas que se había adoptado para la conservación y preservación del litoral, competencia ésta atribuida a la Junta de Andalucía en virtud de las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, aprobadas por el Decreto 118/1990, de 17 de abril⁶¹.

En su respuesta, el Servicio Provincial de Costas en Huelva comunicó, por un lado, que la playa de Isla Canela había sufrido especialmente la acción de los temporales invernales. A consecuencia de ello, el mar había progresado sobre la costa, ocupando posiciones interiores al deslinde de playa vigente en aquel momento. En este tramo de costa, se comenzó a construir un paseo marítimo, cuyo trazado discurría sobre bienes no incluidos en el deslinde, pero que sin embargo habían sido invadidos por las aguas, por lo que su construcción hubo de plantearse mediante un terraplenado previo, que permitiese ganar al mar los terrenos perdidos.

Entendiendo el Servicio Provincial de Costas que las actuaciones que se llevaban a cabo se ejecutaban sobre dominio público marítimo-terrestre, se procedió a incoar expediente sancionador a la Sociedad promotora de las mismas, y se le ordenó paralizarlas; paralización que no se llegó a hacer efectiva.

El Servicio solicitó autorización para incoar un nuevo expediente de deslinde de este tramo de costa, tendente a la modificación del vigente y, por parte de la Dirección General de Costas se resolvió ordenar la iniciación de un expediente de investigación de la situación de los bienes que se presumían pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre. Como resultado de este expediente de investigación se deduciría si era necesario, o no, practicar un nuevo deslinde de ese tramo de costa.

El Ayuntamiento de Ayamonte, en cuanto al informe solicitado por el Defensor del Pueblo Andaluz, en relación a la sujeción de las obras de construcción

⁶¹ Su artículo 35 señala que las playas constituyen sistemas naturales complejos de gran dinamicidad y el artículo 36 dispone que la zonificación de la playa se basará, entre otros criterios: respetar íntegramente, sin ningún tipo de infraestructura, las partes más frágiles: zona intermareal, playa subárea y dunas; conservar el carácter de espacio natural de la playa, dunas y arenales; mantener libre de toda ocupación la ribera del mar.

del paseo marítimo y de los edificios al planeamiento urbanístico vigente en el municipio y en relación a si contaban con las preceptivas licencias de obras, contestó que en el año 1987 se había ejecutado, por parte del Organismo competente, un deslinde que determinó las correspondientes zonas de servidumbre y de protección marítimo-terrestre. Este deslinde había sido sobrepasado por el mar a lo largo de los últimos años y, en particular, con los temporales de 1995. Lo cierto era que el actual planeamiento urbanístico municipal se determinó en función del deslinde existente, por lo que no cabía oposición al otorgamiento de una licencia en terrenos privados y clasificados como urbanos, razón por la que la empresa promotora inició las obras del paseo marítimo y de dos edificios de apartamentos, acogándose a la licencia concedida por el Ayuntamiento con fecha 5 de Julio de 1995.

Tras este informe el Defensor del Pueblo Andaluz envió un escrito al Ayuntamiento por el que le comunicaba que la cuestión relativa al otorgamiento de la licencia para la construcción del mencionado paseo marítimo con base en el deslinde efectuado en 1989 y el Plan de Ordenación de 1993, se encontraba en aquellas fechas pendiente una resolución judicial como consecuencia de la denuncia presentada ante la Audiencia Provincial de Huelva, por lo que de conformidad con el artículo 17, apartado 2, la Institución no estimaba oportuno hacer valoración alguna sobre si la misma fue ajustada, o no, a derecho.

Sin perjuicio de ello, y como quiera que a través de la Resolución de 30 de Agosto de la Dirección General de Costas, había tenido conocimiento de que se estaba procediendo al relleno con tierra en la manzana C-26, sin licencia municipal, se instó a la Alcaldía-Presidencia para que de conformidad con lo establecido en el entonces vigente artículo 242.2 del Texto Refundido de la Ley del Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de 30 de Diciembre de 1992, exigiera la preceptiva licencia, y de no ser procedente ésta, o no ser posible la legalización de las actuaciones realizadas, se procediera a actuar conforme prevé el citado Texto Legal en los artículos 248, si la obras se encontraban en curso de ejecución o en el artículo 249, si las mismas estaban terminadas.

De la respuesta dada por la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, el Defensor del Pueblo Andaluz dedujo que la actuación de la Consejería y, en general, de los responsables de la Administración Autonómica ante el presente problema, había resultado absolutamente pasiva. Y ello, por cuanto las obras controvertidas comenzaron a ejecutarse, previa obtención de la correspondiente licencia de obras municipal, en Septiembre de 1995. La institución andaluza no tenía conocimiento de que la Consejería, pese a la polémica que suscitó el comienzo de la ejecución de las obras y la entidad de las mismas, iniciara gestión alguna para

verificar su legalidad o, en todo caso, planteara la necesidad de realizar un nuevo deslinde puesto que la propia dinámica del litoral parecía haber dejado obsoleto el que se encontraba vigente.

Por ello el Defensor del Pueblo Andaluz formuló Recordatorio del deber legal de observar el contenido integro de las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, aprobadas por Decreto 118/90, de 18 de Mayo, al objeto de evitar que intervenciones en nuestro litoral de tanta magnitud como la que motivó esta queja, se llevaran a cabo sin que la Junta de Andalucía se pronunciara en modo alguno sobre la legalidad y oportunidad de la misma y sin solicitar información al resto de las Administraciones con competencia concurrente sobre el litoral.

Con esta actuación se había inobservado el artículo 7.3 de las Directrices del Litoral, el cual atribuye a la Administración Autonómica y las Entidades Locales la competencia para adoptar las medidas necesarias, dentro de la esfera de sus atribuciones, en orden a garantizar la titularidad pública del mismo denunciando las situaciones de abuso que se produzcan; si no también el artículo 8.3 de las mismas, el cual, atribuye a la Junta la competencia de instar a la Administración del Estado para que proceda en el menor plazo posible a la revisión de los deslindes en aquellos casos en los que la dinámica litoral haya producido modificaciones territoriales⁶².

Las Administraciones Públicas no pueden olvidar que el espacio litoral constituye un medio frágil, escaso y vitalmente dinámico que es necesario preservar y que correlativamente los usos, aprovechamientos y actividades que sobre él se desarrollen no deberán alterar ni modificar el correcto funcionamiento del sistema litoral, impidiendo el desarrollo de los recursos que se pretenden potenciar o dificultando la conservación de los recursos que se quiere proteger.

⁶² En este sentido la Sentencia de la Sala 3ª, de 17 de julio de 2002, del TS, de la que fue ponente Oscar González González, EDJ 2002/28707, dio por válida la actuación de la Administración General del Estado cuando llevó a cabo la práctica de un nuevo deslinde en el término municipal de El Vendrell en Tarragona, al justificar la resolución en su considerando tercero que *“la realización del nuevo deslinde se hacía necesaria, al haberse comprobado que los deslindes existentes eran incompletos, al no haberse incluido todos los bienes calificados como dominio público por la legislación de costas, bien porque los mismos comprendían exclusivamente la zona marítimo-terrestre o bien por haberse ampliado la zona demanial debido al retroceso de la costa como consecuencia de la erosión”*.

3.3. La previsión del deslinde en la planificación urbanística

A efectos de la planificación urbanística, la aprobación del deslinde en virtud del artículo 12.4 del Decreto 118/1990, de 17 de abril, por el que se aprueban las Directrices Regionales del Litoral Andaluz, lleva aparejada la obligatoriedad de que dicho límite, junto con los límites de la zona de servidumbre, se contemple de forma obligatoria en los planes de ordenación urbana.

El Defensor del Pueblo Andaluz en el Informe Especial sobre la Ordenación y Protección del Espacio Litoral de Andalucía, que consistió en el estudio sobre la posición de las Administraciones Públicas ante el Decreto 118/1990, de 17 de abril, solicitó un informe a todos los municipios andaluces con costa sobre si se había tenido en cuenta en el planeamiento vigente todos estos límites y servidumbres. De los 59 municipios que lindan con la costa, 36 contestaron afirmativamente, 6 de ellos comunicaron que no se tenía en cuenta, 8 que el planeamiento estaba en tramitación y 9 se abstuvieron de contestar⁶³.

Esta cuestión sobre la delimitación del deslinde y su reflejo en la planificación urbanística es fundamentalísima, pues la articulación de la protección de la zona marítimo-terrestre, así como de sus servidumbres y zonas de influencia, se regula precisamente desde esa delimitación, sin la cual la parte más frágil y sensible del litoral quedaría desprotegida. Lo preocupante es que dieciséis años después de la entrada en vigor de la Ley de Costas, dista aún mucho tiempo de que concluya el proceso de deslinde.

Ello exige el que, por los poderes públicos, se tome un interés especialísimo en colaborar con las Demarcaciones de Costas con el fin de alcanzar este objetivo a la mayor brevedad posible y para el cien por cien de nuestras costas. Se trata de un ineludible punto de partida para valorar hasta qué punto se está comprometido con la inaplazable necesidad de proteger nuestro litoral. Es necesario que se impulsen las actuaciones dirigidas a este fin, toda vez que la preocupación por preservar el carácter de bien de dominio público de la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y de la plataforma continental, fue objeto de preocupación, incluso, para el Constituyente al contemplarlo en el artículo 132.2 de nuestra Norma Suprema. De ahí que el Defensor del Pueblo Andaluz recomiende que desde la Comunidad Autónoma, se inste

⁶³ Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz sobre ordenación y protección del espacio litoral de Andalucía, págs. 42 – 46.

formalmente a la delimitación precisa del territorio comprendido dentro del dominio público marítimo-terrestre, con independencia de qué Administración tenga competencia sobre el mismo. En relación con este aspecto el profesor SAINZ MORENO afirma que el interés de los municipios en el deslinde de las playas y la zona marítimo-terrestre es superior al del mero espectador o colaborador de la acción administrativa, puesto que ambas zonas forman parte del término municipal, de modo que la delimitación de su territorio y la calificación jurídica del primero forman parte del interés propio que el municipio tiene el derecho y el deber de defender. Es por ello que el municipio está legitimado también a exigir que se practique el deslinde de sus playas⁶⁴. En esta línea, el Comisionado Parlamentario Andaluz sugiere que, sin perjuicio de las competencias de la Demarcación de Costas, y en orden a impulsar la definitiva realización del deslinde en la Comunidad Autónoma, se lleven a cabo convenios de colaboración entre la Administración Autónoma y la Local con la Administración Central, encaminados a cumplir este objetivo y, con la finalidad de agilizarlo, sugiere la elaboración del “deslinde probable”, instado por los Ayuntamientos e informado por las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Obras Públicas y Transportes. Este deslinde es menos formal que el provisional, pero en palabras del Defensor del Pueblo Andaluz está teniendo bastante virtualidad práctica.

4. Uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público marítimo-terrestre, sin más excepciones que las derivadas de razones de interés público debidamente justificadas

El uso público del mar, de su ribera y del resto del dominio público es el segundo objetivo que contempla la Ley de Costas, en su artículo 2. El artículo 31 de la Ley mencionada y el artículo 59 de su Reglamento de desarrollo describen a Título ejemplificativo cuales son los usos comunes del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera, así como los usos acordes con la naturaleza de aquel. Entre estos usos comunes se enumeran: pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se

⁶⁴ Vid. SAINZ MORENO, Fernando, “*Término municipal y dominio marítimo*”, Revista de Administración Pública número 112, enero – abril, 1987, págs. 173 – 210.

realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas conforme a la Ley de Costas.

Además de estos usos comunes la Ley y su norma de desarrollo prevén otros con especiales circunstancias de intensidad, peligrosidad o rentabilidad y para los que se requieran la ejecución de obras e instalaciones. Estos sólo podrán ampararse en la existencia de reserva, adscripción, autorización y concesión, con sujeción a lo previsto en la Ley de Costas, en otras leyes especiales, en su caso, y en las normas generales o específicas correspondientes, sin que pueda invocarse derecho alguno en virtud de usucapión, cualquiera que sea el tiempo transcurrido⁶⁵. A este respecto concurren dos grupo de quejas: el primero, englobará las quejas en relación a los accesos a las playas para personas con discapacidad; y el segundo, mostrará las quejas presentadas al Defensor del Pueblo Andaluz en relación a actuaciones de particulares amparadas en autorizaciones de temporada de playas que implican una privatización encubierta, lo que nos dará pie a analizar cual es el régimen jurídico de los servicios de temporada.

4.1. Las playas y su utilización como Dominio Público Marítimo-Terrestre. La privatización encubierta en las playas en las quejas ante el Defensor del Pueblo.

La utilización del dominio público marítimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera es libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquél. Sin perjuicio de que la Administración competente pueda cerrar temporalmente el dominio al uso público, cuando las circunstancias así lo aconsejen para evitar riesgos a la seguridad o salud de los usuarios o en otras situaciones anómalas o excepcionales, sin que este cierre pueda dar lugar a indemnización alguna⁶⁶.

En cuanto que va en detrimento del uso común general, únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación y que se encuentren englobadas dentro de las dos siguientes categorías⁶⁷: las que

⁶⁵ Artículo 31.2 de la Ley y 59.2 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁶⁶ Esta previsión de cierre es contemplada en el artículo 84.2 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁶⁷ Artículo 60.2 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

desempeñan una función o presten un servicio que, por sus características, requiera la ocupación del dominio público marítimo-terrestre y las de servicio público o al público que, por la configuración física del tramo de costa en que resulte necesario su emplazamiento, no puedan ubicarse en los terrenos colindantes con dicho dominio.

No obstante, cualquiera que sea el Título habilitante de la ocupación, que deberá ser la mínima posible, y cualquiera que sea la Administración que lo otorgue, quedarán expresamente excluidas: las edificaciones destinadas a residencia o habitación; las actividades que impliquen la destrucción de yacimientos de áridos; el tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión; el vertido de residuos sólidos, escombros y aguas residuales sin depuración; y la publicidad a través de carteles o vallas o por medios acústicos o audiovisuales. Previa declaración de utilidad pública por el Consejo de Ministros se permitirá la construcción o modificación de vías de transporte interurbanas y las de intensidad de tráfico superior a la que se determine reglamentariamente, así como de sus áreas de servicio y también se permitirá el vertido de escombros utilizables en rellenos, debidamente autorizados⁶⁸.

En relación a esa condición de ocupación mínima del dominio público marítimo-terrestre cualquiera que sea el título habilitante, es significativa debido al conflicto de intereses entre instancias militares y civiles la *queja 836/1992*, por la que un grupo de vecinos de la localidad gaditana de Rota planteaba una denuncia sobre lo que ellos consideraban una privatización encubierta de parte de la “Playa del Chorrillo”, incluida en el perímetro de la Base Aeronaval de la localidad⁶⁹. En el texto de la queja los interesados exponían que la playa citada, lejos de ser utilizada para la finalidad a la que por su afectación debiera ser normal, era utilizada como lugar de esparcimiento y recreo del personal militar de la Base, mientras que el resto de la playa de libre uso, estaba cada verano más masificada debido a la regresión que la misma estaba experimentando o sufriendo. Los vecinos promoventes de la queja indicaban que se habían dirigido por escrito al Ministerio de Defensa obteniendo, como respuesta a sus peticiones, evasivas.

En definitiva, los interesados reducían o condensaban su pretensión a que se trasladara la alambrada de delimitación del perímetro de seguridad de la Base Naval de Rota a otro lugar, permitiéndose así que la “Playa del Chorrillo” quedara apta en su totalidad para el uso público, sin perjuicio del sistema de seguridad de la instalación militar. Esta queja fue remitida al Defensor del Pueblo de las Cortes

⁶⁸ Artículo 32 de la Ley de Costas y artículo 61 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁶⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, págs 387-392.

Generales en virtud de la colaboración y cooperación prevista en la ya citada Ley 36/1985, de 6 de Noviembre y sobre la que no hemos encontrado su correlativa publicidad en los Informes presentados a las Cortes Generales por el Defensor del Pueblo.

En la utilización del dominio público marítimo-terrestre, están sujetas, con carácter general, a la previa autorización administrativa⁷⁰: las actividades en las que, aun sin requerir obras o instalaciones de ningún tipo, concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad⁷¹ y la ocupación del dominio público marítimo-terrestre con instalaciones desmontables o con bienes muebles⁷².

En cambio están sujetas a la previa concesión administrativa: toda ocupación de los bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal que requieran de obras o instalaciones no desmontables y la ocupación del dominio público marítimo-terrestre por instalaciones desmontables que por su naturaleza, finalidad u otras circunstancias requieran un plazo de ocupación superior a un año⁷³.

4.2. La accesibilidad a las playas: quejas relativas a las barreras arquitectónicas en los paseos marítimos

Una condición mínima e indispensable para el uso público, libre y gratuito del dominio público marítimo-terrestre consiste en tener suficientes y adecuados accesos, los cuales han de estar contemplados en los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral. En previsión de ello la Ley de Costas prevé en su artículo 28 la servidumbre de acceso público y gratuito al mar que recae sobre los

⁷⁰ Artículo 51 de la Ley de Costas y 108.1 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁷¹ Artículo 108.3 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre. A estos efectos, se entenderá que concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad cuando en las actividades se den, respectivamente, alguna de las siguientes: que no sean compatibles con las actividades de pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes; que su ejercicio signifique un peligro o riesgo para la integridad de personas o bienes; que la utilización del dominio público marítimo-terrestre sea un factor determinante de la rentabilidad económica de la actividad.

⁷² Artículo 108.2 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre. A estos efectos, se entenderán por instalaciones desmontables aquellas que precisen a lo sumo obras puntuales de cimentación, que en todo caso no sobresaldrán del terreno; aquellas que estén constituidas por elementos de serie prefabricados, módulos, paneles o similares, sin elaboración de materiales en obra ni empleo de soldaduras; aquellas que se monten y desmonten mediante procesos secuenciales, pudiendo realizarse su levantamiento sin demolición y siendo el conjunto de sus elementos fácilmente transportable.

⁷³ el apartado a) está previsto en el artículo 64 de la Ley de Costas y el artículo 129.1 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre, mientras que el supuesto b) se prevé ex novo por el apartado 2º del artículo 129 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre, en la longitud y anchura que demanden la naturaleza y finalidad del acceso.

El Defensor del Pueblo Andaluz ha recibido quejas sobre las barreras arquitectónicas en los paseos marítimos que afectan a las personas con discapacidad. Al incidir esta cuestión directamente en el artículo 9, en el artículo 14 y en el artículo 49 de la Constitución, es decir, en el derecho a la igualdad y a la integración de los discapacitados, precepto este último desarrollado por la Ley 13/1982, de 7 de Abril, de Integración Social del Minusválido, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las personas con discapacidad de Andalucía y el Decreto 72/1992, de 5 de Mayo, por el que se aprueban las normas técnicas para la accesibilidad y la eliminación de barreras arquitectónicas, urbanísticas y en el transporte en Andalucía⁷⁴, la institución andaluza actuó una vez que la intervención directa de los ciudadanos frente al Ayuntamientos no tuvo respuesta. Tras la intervención del Defensor del Pueblo Andaluz, se procedió por parte del Ayuntamiento a la ejecución de obras que eliminaran las barreras arquitectónicas.

En el expediente de *queja 96/994*, la interesada, minusválida, exponía que adquirió un piso en Rota (Cádiz) por estar en primera línea de playa, informándosele, al comprar el piso, que se iba a construir un nuevo paseo marítimo y que, como consecuencia, unos escalones que en aquel momento dificultaban su acceso a la playa, se iban a eliminar y, en su lugar se iba a construir una rampa para facilitar la accesibilidad a la misma⁷⁵. Sin embargo, cuando comenzaron la construcción de la segunda fase de este paseo marítimo, no se había ejecutado la rampa prevista y al interesarse por la misma, en el Ayuntamiento le informaron que no se iba a hacer ninguna rampa a lo largo de dicho paseo.

En el informe que el Ayuntamiento remitió al Defensor comunicaba que las obras se ajustaban al planeamiento municipal y que se había aprobado el proyecto de ejecución, siendo así que el Ayuntamiento acometería la construcción de una rampa a menos de 200 metros del domicilio de la reclamante. Como consecuencia de esta respuesta el Comisionado parlamentario andaluz solicitó un nuevo informe del Ayuntamiento a fin de conocer las características que iba a reunir la rampa, el presupuesto y el plazo de ejecución. En su nueva respuesta, el Ayuntamiento de Rota

⁷⁴ En la actualidad se está redactando el nuevo Decreto sobre accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas en Andalucía.

⁷⁵ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, pag. 278.

informaba que las obras estarían concluidas para el próximo verano, por lo que el Defensor entendió que le problema estaba en vías de solución.

En el expediente de *queja 99/1092*, la interesada, madre de un joven con una minusvalía reconocida del 87%, exponía que era propietaria de un piso en la Playa de Fuente Piedra, de la localidad de Almuñécar (Granada)⁷⁶. Ésta era la playa más cercana a su domicilio la cual tenía dos accesos, uno de doce escalones y el otro situado a unos cien metros con siete escalones. Según la interesada, dichos escalones estaban muy deteriorados por el mar, lo que constituía un peligro para todo tipo de personas y más acusadamente para los minusválidos, personas con niños en carritos y ancianos. En cualquier caso, al utilizar su hijo una silla de ruedas, a ellos les era imposible bajar.

La interesada había planteado esta cuestión ante el Ayuntamiento de Almuñécar, que le daba como única alternativa que se fuera a otra playa, que sí era accesible para minusválidos, situada a 800 m. de su domicilio. Tras esta respuesta, la promotora de la queja consideraba que, con independencia de las alternativas que pudieran existir, los accesos a la playa de Fuente Piedra, la más cercana a su domicilio, debían reunir los requisitos legales de accesibilidad y no entendía los motivos por lo que no se ejecutaba una rampa, puesto que existía espacio suficiente para ello. Terminaba indicando que aprovechando que, en el momento de la presentación de la queja, se estaba arreglando el paseo, instalando duchas, etc., era la mejor ocasión para construir una rampa y propiciar la accesibilidad de la playa.

En el informe remitido por el Ayuntamiento al Defensor del Pueblo Andaluz, la corporación local informaba de las dificultades para construir la rampa, de las alternativas que existían en 200 metros, señalando que la construcción del Paseo Marítimo era bastante anterior a las edificaciones mencionadas y la realidad de accesibilidad del mismo no había variado desde entonces.

A la vista de esta respuesta y de la normativa relativa a la Integración Social del Minusválido y al Decreto 72/1992, de 5 de Mayo, por el que se aprueban las normas técnicas para la accesibilidad y la eliminación de barreras arquitectónicas, urbanísticas y en el transporte en Andalucía, el Comisionado parlamentario andaluz, formuló al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Almuñécar una Recomendación en el sentido de que, con el fin de facilitar la accesibilidad para minusválidos a la Playa objeto de la queja, diera las instrucciones oportunas para que por los Servicios

⁷⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 241 – 243.

Técnicos de la Corporación, se estudiara la viabilidad de realizar el proyecto para la ejecución de las obras necesarias, sin perjuicio de que en el supuesto de que, tal y como parecía, fuera imprescindible ocupar no sólo el dominio público municipal sino, también, el marítimo-terrestre, y, en tal caso, se solicitara la oportuna autorización, o concesión, de la Administración del Estado. Todo esto, a tenor del artículo 103.1 de la Constitución, dentro del marco de coordinación y eficacia en el que, inequívocamente, se deben desarrollar las actuaciones al servicio del ciudadano de toda Administración Pública, y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Como respuesta, el Ayuntamiento comunicó, ya a finales de 1999, que había acordado la redacción, por los servicios municipales, de un proyecto para la eliminación de barreras en el acceso a la playa de Fuentepiedra, para su posterior tramitación ante el Servicio de Costas. Con esta respuesta se había aceptado plenamente la resolución de la Institución andaluza, por lo que ésta concluyó sus actuaciones.

El escrito que dio lugar a la *queja 99/1978*, fue presentado por el padre de una minusválida, con un grado de minusvalía del 95 %, denunciando que cuando adquirió su vivienda, en 1985, en la playa de Matalascañas, en la zona denominada Caño Guerrero, de Almonte (Huelva), el paseo marítimo, compuesto por una parte superior al mismo nivel de las viviendas y otra inferior en la que se encuentran los establecimientos de restauración y comerciales y que comunica directamente con la playa, contaba con unas escaleras y unas rampas de suave pendiente que utilizaban las personas con minusvalía, carritos de niños de corta edad y personas mayores para subir o bajar⁷⁷. Sin embargo, en 1999, el Ayuntamiento destruyó las rampas aludidas, sin haberlas sustituido por otras, por lo que las personas discapacitadas sólo podían disfrutar de la parte superior del paseo, no pudiendo acceder ni a la parte inferior ni a la playa, salvo que dieran un enorme rodeo.

Según el interesado, ello suponía una clara regresión contraria al principio establecido en el artículo 49 de la Constitución que obliga a los poderes públicos a facilitar la integración de los discapacitados, además de suponer la vulneración de la normativa autonómica que obliga a propiciar la eliminación de las barreras arquitectónicas, urbanísticas y en el transporte.

Tras admitir a trámite la queja, el Defensor del Pueblo Andaluz solicitó el preceptivo informe al Ayuntamiento de Almonte (Huelva) para conocer las razones

⁷⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 241 – 243.

que habían determinado la eliminación de estas rampas y, en caso de no existir una justificación adecuada para su eliminación, la fecha en la que se procedería a su restitución. Como respuesta, el Ayuntamiento aunque reconoció la supresión de las rampas por razones técnicas y estéticas, anunció su reposición, con otras características, en un plazo no superior a cinco meses, enviando, adjunto en su informe, el proyecto de obras. Con ello, el Comisionado parlamentario andaluz dio por concluidas sus actuaciones al considerar que el problema estaba en vías de solución, dadas las obras que se tenía previsto ejecutar.

En estos tres expedientes de queja vemos que la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz fue eficaz, pues desatendidas las actuaciones directas de los ciudadanos ante los correspondientes Ayuntamientos, la intervención del Comisionado promovió las condiciones para que la igualdad fuera real y efectiva, removió los obstáculos que impedían su plenitud y facilitó la participación en la vida social de un colectivo de la población cuya integración es expresamente ordenada en nuestra Carta Magna.

4.3. Las playas y los servicios de temporada: queja relativa a la privatización encubierta

Las playas constituyen sistemas naturales complejos de gran dinamicidad, es por ello que su utilización y aprovechamiento deben realizarse de forma integral asegurando la compatibilidad entre los distintos usos, pero dando preferencia a los de carácter natural⁷⁸.

La utilización de las playas está sujeta al régimen general que establece la ley de Costas para la utilización del dominio público marítimo-terrestre muy sucintamente contemplado en las líneas anteriores, pero para proporcionar una mayor

⁷⁸ Artículo 36 del Decreto 118/1990, de 17 de abril, por el que se aprueban las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía. La Sentencia de la Sala 3ª, de 29 de mayo de 1997, del TS de la que fue ponente Fernando Cid Fontán, EDJ 1997/4334, desestima el recurso apelación sobre denegación de concesión administrativa para ocupación de una parcela en zona marítimo-terrestre para construir una balsa de decantación del agua utilizada en la fábrica de mosaicos del recurrente, declarando que es ajustada a derecho la decisión de la Administración, que sopesando, por un lado, los intereses particulares del recurrente en la construcción de la balsa con fines exclusivamente particulares, y que puede realizarse en terrenos privados, y los intereses públicos generales consistentes en la insuficiencia de playas para acoger la diversidad de demanda de ocupación y uso, limitando la ocupación del espacio natural a los supuestos estrictamente necesarios, se llega a la conclusión de que debe prevalecer el interés público de conservación del espacio natural de la costa sobre el absoluto interés privado del recurrente.

protección a este espacio físico tan vulnerable y a la vez tan utilizado se ha diseñado un régimen específico de utilización de las playas que se encuentra regulado en el artículo 33 de la Ley de Costas y en los artículos 64 a 70 del Reglamento que la desarrolla. Por su parte los servicios de temporada en las mismas se encuentran regulados en los artículos 53 y 54 de la Ley de Costas y 111 y 112 del Reglamento que la desarrolla.

La legislación vigente es clara y rotunda al afirmar que las playas no son de uso privativo, sin perjuicio de las reservas demaniales que se puedan declarar. Dicha prohibición de uso privado se extiende a las instalaciones que en ellas se permitan que han de ser libres y de acceso público, salvo que por razones de policía, de economía o de otras de interés público, debidamente justificadas, se autoricen otras modalidades de uso. A tales efectos, dos criterios expresamente contemplados por la Ley de Costas son: en primer lugar, que los servicios de temporada se ubiquen fuera del dominio público⁷⁹ y, en segundo lugar que en ningún caso el otorgamiento de autorizaciones puede desnaturalizar el principio del uso público de las playas⁸⁰, de ahí que no se admitan casetas de uso particular, cualquiera que sea su destino, ni de guarda o almacén de enseres destinados a servicios de temporadas o a cualquier otra finalidad⁸¹.

Los preceptos que anteceden pretenden impedir la privatización del uso de las playas a través de estos servicios de temporada, servicios que han de estar obligatoriamente contemplados en los Planes de Explotación de Playas que han de ser elaborados anualmente por los Ayuntamientos y presentados para su aprobación a la Demarcación de Costa provincial correspondiente, en orden a garantizar el uso público de las playas y compatibilizarlo con la existencia de servicios de temporada⁸².

⁷⁹ Artículo 33.3 de la Ley de Costas y 64.3 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁸⁰ Artículo 53.2 de la Ley de Costas y 111.2 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁸¹ Apartado 10 del artículo 111 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁸² La Sentencia de la Sala 3ª, de 3 de marzo de 2001, del TS, de la que fue ponente Fernando Ledesma Bartrer, EDJ 2001/8611, es un ejemplo de la actuación correcta de la Dirección General de Costas en defensa del dominio público marítimo-terrestre y su uso público. En este caso, la Dirección General de Costas dictó resolución de fecha 10 de diciembre de 1997, acordando denegar la solicitud formulada por el Hotel H de concesión de unos mil ciento ochenta y seis metros cuadrados de terrenos de dominio público marítimo-terrestre con destino a la ocupación, con hamacas y sombrillas, de una rampa varadero ubicada frente al Hotel. La motivación que sostuvo el Tribunal Supremo para declarar conforme a derecho la resolución de la Dirección General de Costas consistió en que todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, así como todas las Administraciones públicas concernidas, estatales, autonómicas y locales, que alegaron o informaron en relación con la solicitud

La *queja 94/1455* presentada al Defensor del Pueblo Andaluz es expositiva de un hecho muy generalizado en las playas. El escrito de queja comunicaba a la institución andaluza la existencia de concesiones de temporada en una playa del Término Municipal de Torremolinos (Málaga), en número y condiciones que suponían una ocupación próxima al 80% de la superficie de arena. En opinión del promovente de la queja esta situación suponía una privatización encubierta del dominio público⁸³.

La información municipal recibida le sirvió al Defensor del Pueblo Andaluz para confirmar que la utilización de la playa no respetaba los principios que se establecen en el artículo 132.1 de la Constitución, esto es, la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de dominio público.

Además se habían establecido limitaciones por vía de hecho a aquella utilización de la playa conforme a la utilización de que son susceptibles los bienes de dominio público, entre los cuales, la Constitución en su artículo 132.2 incluye a los bienes de dominio público marítimo-terrestre; dado que los concesionarios de parcelas de la playa habían utilizado más terreno del autorizado.

En consecuencia, el Defensor del Pueblo Andaluz considerando que entre las competencias que tienen atribuidas los Municipios sobre el dominio público marítimo-terrestre, no se encuentran las de policía y tutela del dominio público citado, formuló a la Alcaldía una Recomendación en el sentido de que *"para mejor preservar la libre utilización, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza del dominio público citada, actúe en relación con el órgano competente de la Administración del Estado, conforme a los principios establecidos en el artículo. 116 de la Ley de Costas; esto es, conforme a los deberes recíprocos de mutua información, coordinación y respeto a las competencias de cada órgano"*.

Todo ello se llevó a cabo entendiendo que el Ayuntamiento de Torremolinos, al usurpar los concesionarios de parcelas de la playa más espacio del que tenían autorizado, debió poner en conocimiento del Servicio o Demarcación de Costas referido, aquellos incumplimientos para que por estos órganos se adoptaran las

de concesión se mostraron disconformes con que tal solicitud se otorgase porque de otorgarse la ocupación del dominio público marítimo-terrestre solicitada se impediría la consecución de los fines de interés general consistentes en que la playa esté destinada al uso y disfrute público. La acertada y cabal ponderación de los intereses en conflicto, dieron finalmente prevalencia a los públicos sobre los privados.

⁸³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1995, págs. 1019 y 1020.

medidas pertinentes, para poner a disposición de los posibles usuarios de la playa los espacios libres de la misma.

Partiendo de esta queja analicemos qué Administraciones son las competentes para autorizar la ocupación del dominio público marítimo-terrestre, cómo se diseña el establecimiento de los servicios de temporada y cuales son las principales disfunciones que el Defensor del Pueblo Andaluz hizo públicas en el Informe Especial sobre el Estado de la Sanidad Ambiental de las playas andaluzas.

4.3.1. Las Administraciones competentes. Especial referencia a los establecimientos expendedores de comidas y bebidas

La primera complicación que surge respecto a estos establecimientos viene referida a la diversidad de Administraciones con competencia sobre su autorización y control.

Por una parte, la Administración Central, que a través de la Jefatura de Costas es la encargada de autorizar, en virtud del artículo 110,b) de la Ley de Costas la ocupación de dominio público marítimo-terrestre por el establecimiento, interesando el respeto a las prescripciones legales contenida en la Ley de Costas.

Una vez autorizada por la Jefatura de Costas la ocupación del dominio público marítimo-terrestre, le corresponde al Ayuntamiento respectivo el otorgamiento de la licencia de edificación, apertura y explotación. Generalmente, la licencia se concede a través de un procedimiento de concesión, o de una autorización administrativa para la explotación del negocio de expedición de bebidas y alimentos, a cambio de una tasa o contraprestación a favor del Ayuntamiento. Por tanto, le corresponderá al Ayuntamiento, dentro de las prescripciones marcadas por Costas, por una parte, determinar las condiciones de la construcción, ubicación, dimensiones y estilo del establecimiento, y de otra, que tenga garantizado el abastecimiento de agua potable, la correcta eliminación de las aguas residuales y la recogida de los residuos sólidos.

Por último, competía a la Delegación de Salud el control de las normas higiénico-sanitarias del establecimiento. Control que se debía realizar a través del ejercicio de la función inspectora, proponiendo, en caso de infracción, a la autoridad

municipal las medidas correctoras de las deficiencias observadas o la clausura de los establecimientos⁸⁴.

Conforme a los datos que anteceden, se advierten importante disfuncionalidades que interesa destacar. Como primer aspecto, resalta la falta de tratamiento unitario, y por tanto la disgregación de las actuaciones administrativas en el ejercicio de esta materia. Como efecto irremediable surge la falta de coordinación entre las Administraciones afectadas. Algunos Ayuntamientos manifestaban al Defensor del Pueblo Andaluz que la Jefatura de Costas muestra un especial celo en ejercer las competencias que en defensa del dominio marítimo-terrestre le confiere la Ley de Costas, sin mostrar sensibilidad alguna respecto de las necesidades y costumbres tradicionales de los usuarios de la playa, a los que, lógicamente, el Ayuntamiento intenta proteger y que origina un conflicto de intereses que coloca, a veces, en una situación difícil a estas Corporaciones Locales⁸⁵.

En otros casos, los Ayuntamientos, movidos muchas veces por un afán recaudador, tienden a conceder licencia de apertura sin preocuparse excesivamente ni

⁸⁴ Aunque en 1991, fecha de realización del Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz sobre la sanidad ambiental de las playas de Andalucía que hemos utilizado como herramienta de trabajo en este epígrafe, competía a la Delegación de Salud el control de las normas higiénico-sanitarias del establecimiento, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, en su artículo 38, ha atribuido a los municipios andaluces la competencia del control sanitario de industrias, actividades y servicios, y transportes. En nuestro trabajo encontraremos referencias a la Delegación de Salud pues era la competente en el momento de referencia de nuestro estudio.

⁸⁵ La valoración del Defensor del Pueblo Andaluz coincide con la problemática presente en la Sentencia de la Sala 3ª, de 26 de octubre de 1999, del TS, de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez, EDJ 1999/32434, en la que una Corporación local solicitó del entonces Ministerio de Obras Públicas y Transportes una autorización para realizar las obras de mejoras, aparcamiento y enlace de una playa, cuya finalidad era resolver un grave problema de tráfico en la zona durante los meses de verano. En el Informe que emitió el Ingeniero Jefe de Puertos y Costas y que la resolución incorporó a su texto, se decía que “(...) ocupar una playa con pórticos, que impiden su disfrute, para que puedan aparcar los que vayan a disfrutar de dicha playa, es un contrasentido. (...) Se trata de una playa muy estrecha, que en pleamar es casi inexistente, por lo que la construcción del aparcamiento limita en mayor medida el disfrute de la misma, por la superficie ocupada y por la sombra proyectada. (...) por otra parte, la construcción realizada es muy perjudicial para la limpieza de la playa, impidiendo la utilización de maquinarias, y dada la cantidad de materiales que aporta el mar, convirtiéndola en un futuro basurero, lo que impedirá también el disfrute de la playa”. La autorización fue denegada por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo por lo que la Diputación formuló recurso de reposición que fue desestimado y contra ambas resoluciones administrativas interpuso recurso contencioso ante la Sección Primera de la Sala 3ª de la Audiencia Nacional que fue desestimado y recurrido en apelación ante el Tribunal Supremo el cual reafirmó las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo valorando que las razones consideradas en la denegación, eran suficientes para imponerla y atañían con exclusividad a una imperiosa necesidad de protección de la playa en sí misma. En resumen, en el conflicto de intereses que consistía este litigio concretados en los problemas de tráfico o la conservación de la playa y su uso público, el Tribunal Supremo inclinó la balanza a favor de la protección de la playa.

de las condiciones sanitarias del recinto ni de los límites de ocupación del demanio público marítimo-terrestre. De hecho, en la mayoría de los informes enviados por los Ayuntamientos, estos afirmaban que solicitaban el informe sanitario una vez concedida la licencia, e incluso, a veces, ésta no se obtiene hasta el final de la campaña. Y por último, la Delegación de Salud, garante de la policía sanitaria de los establecimientos, poco puede hacer frente al incumplimiento manifiesto de las normas y reglamentaciones técnico-sanitarias.

Como complemento, la disparidad en las actuaciones administrativas dificulta la ejecución de las medidas correctoras y tolera actuaciones al margen de la ley. No es infrecuente encontrar en nuestras costas establecimientos clandestinos que, por falta de coordinación administrativa y una firme actuación, permanecen funcionando sin cumplir con los requisitos exigidos⁸⁶.

A nuestro juicio, se hace necesario profundizar en la efectiva aplicación de los principios contenidos en el artículo 116 de la Ley de Costas: información mutua, colaboración, coordinación y respeto entre las Administraciones. De hecho, es en este ámbito donde existen múltiples discrepancias entre las administraciones afectadas. Las Delegaciones de Salud lamentan la falta de colaboración de los Ayuntamientos para velar por las normas de policía sanitaria. Y los Ayuntamientos se quejan del excesivo control de la Jefatura de Costas que le imposibilitaba autorizar la explotación de los establecimientos. Hay Ayuntamientos que en sus informes

⁸⁶ Esta tolerancia de las actuaciones que se realizan al margen de la Ley trae causa en la deficiente inspección que las Administraciones Públicas efectúan sobre el dominio público marítimo-terrestre. Esta denuncia hecha pública por el Defensor del Pueblo Andaluz también se puede constatar en numerosas sentencias entre ellas la Sentencia de la Sala 3ª, de 1 de junio de 2001, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona, EDJ 2001/11095. La situación que se juzgaba en esta resolución judicial era la siguiente: un particular ejercía, con Título administrativo, desde 1960 la actividad de alquiler de embarcaciones en una determinada playa. En 1966, aprueba el Ayuntamiento el Plan Especial de Ordenación de la playa, cambiando el régimen jurídico a que estaba sometido el espacio de dominio público ocupado por el particular, razón por la cual el interesado por imperio del artículo 57 de la Ley de Puertos de 1928, debió haber solicitado que le fuera otorgada concesión administrativa para seguir ocupando dicho espacio de dominio público. Al no haber solicitado el demandante la correspondiente concesión, pudo la Administración otorgar por Orden Ministerial de 10 de octubre de 1968 la concesión de derecho de ocupación de terrenos de dominio público marítimo y la explotación de los usos y servicios de la playa a “Motores M., S.A.”. Durante un largo periodo de tiempo tanto un particular como la empresa mencionada estuvieron llevando a cabo la actividad de alquiler de embarcaciones, pero una lo hizo con título habilitante y otra sin él, sin que la Administración pública actuara en ningún sentido, hasta que el particular en 1987 solicitara el Título que reconociera su derecho a utilizar el demanio público para ejercer la explotación de su negocio, solicitud que fue negada motivándose que la explotación del servicio ya había sido adjudicada por Orden Ministerial de 10 de octubre de 1968 a “Motores M., S.A.”.

manifestaban que renuncian a autorizar establecimientos para evitar los problemas que ello les acarrea.

4.3.2. El Plan de Explotación/Ocupación Temporal de Playas

La existencia del Plan que contemple la ordenación de la playa se presenta necesaria en las Directrices Regionales del Litoral en la medida en que el apartado 2 del artículo 36 supedita la instalación de cualquier construcción o instalación a que se halle amparada por dicho plan⁸⁷.

Ese plan no es otro, que el Plan de explotación/ocupación temporal de playas que anualmente los Ayuntamientos costeros elaboran para su aprobación por la Demarcación de Costas respectiva. Durante el primer mes de cada año, el Servicio Periférico de Costas del Ministerio de Medio Ambiente se dirige a los Ayuntamientos costeros de su ámbito territorial, fijando un plazo de dos meses, para que soliciten, con carácter preferente, las autorizaciones para la explotación de los servicios de temporada⁸⁸.

⁸⁷ Las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía contemplan como criterio de ordenación de la playa que no se permitan más construcciones o instalaciones que aquellas dedicadas a establecimientos expendedores de comidas y bebidas cuyas características se ajusten a lo previsto en el Decreto 178/1984, de 19 de junio, a servicios públicos sanitarios, toldos, casetas y demás elementos de escasa entidad destinados al servicio de los bañistas, así como instalaciones de la defensa militar. Artículo 36.2 del Decreto 118/1990.

⁸⁸ El Servicio Periférico de Costas también puede otorgar la autorización a otras personas físicas o jurídicas distintas de un Ayuntamiento en los siguientes casos: a) Cuando no se hubiera producido la solicitud del Ayuntamiento durante el plazo a que se refiere el apartado 3 anterior; b) Cuando dicha solicitud resultase legalmente inaceptable; c) Cuando el Ayuntamiento hubiera incurrido en incumplimiento de las condiciones del Título en la temporada anterior, desatendiendo el requerimiento expreso de dicho Servicio. En su caso, el Servicio Periférico de Costas puede celebrar concursos para su otorgamiento a los que podrá presentarse el Ayuntamiento en paridad con los demás concursantes. Otro supuesto en el que es necesaria la autorización del Servicio periférico de Costas lo encontramos en la Sentencia de la Sala 3ª de 19 de junio de 2001, del TS, de la que fue ponente Pedro Antonio Mateos García, EDJ 2001/13354. En esta sentencia el Tribunal Supremo consideraba acertada la paralización que llevó a cabo la Demarcación de Costas de la explotación de un quiosco, con autorización concedida por la corporación local, pues aunque el recurrente era ciertamente titular de una autorización emitida por la corporación local, en razón de la previa concesión obtenida para la ocupación de las playas del municipio, una vez obtenidos Informes de los técnicos municipales y Jurídico favorables, no es dable olvidar al propio tiempo, que en las condiciones generales de la referida autorización, constando la recepción por el recurrente del original, se consigna expresamente que *“el otorgamiento de esta autorización no exime a su titular de la obtención de otras autorizaciones legalmente procedentes”*, lo cual se encuentra en armonía con lo dispuesto en el artículo 51 Ley de Costas, a cuyo tenor estarán sujetas a previa autorización administrativa las ocupaciones del dominio público marítimo-terrestre con instalaciones desmontables o con bienes muebles, que son precisamente las efectuadas por el recurrente, estando atribuida la oportuna concesión a la Administración del Estado, según predica el artículo 34 del mismo texto legal.

Los Ayuntamientos interesados en la explotación de los referidos servicios, presentan el Plan de explotación/ocupación temporal de playas, directamente en el Servicio Periférico de Costas o a través de la Comunidad Autónoma, dentro del plazo establecido anteriormente, acompañada de la propuesta de delimitación de zonas a ocupar por aquellos, de los planos de las instalaciones y servicios cuya definición así lo requiera y del estudio económico-financiero⁸⁹.

En el examen que el Servicio periférico de costas hace del Plan de Explotación ha de tenerse en cuenta los criterios de localización y dimensiones que establece tanto la Ley de Costas como su reglamento de desarrollo. Así, el artículo 33 de la ley establece un primer límite: la ocupación de la playa por instalaciones de cualquier tipo, no puede exceder de la mitad de la superficie de aquella en pleamar y se ha de distribuir de forma homogénea a lo largo de la misma.

La previsión del artículo 33 de la Ley de Costas puede parecer que es inconstitucional por invadir competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, pero el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a este respecto interpretando este precepto, considerando que en el régimen jurídico de las playas se entrelazan enunciados de competencia estatal y otros que podrían ser considerados propios de la ordenación del territorio. Que la Ley de Costas haya establecido que las edificaciones de servicio de playa se sitúen preferentemente fuera de ella es constitucional en cuanto que no excede de la facultad estatal de regular el uso del dominio público⁹⁰.

El artículo 33 de la Ley de Costas se remite a su reglamento de desarrollo para determinar las dimensiones y las distancias que han de quedar reflejadas, como límite de mínimos y máximos, en el Plan de Explotación /Ocupación para que sean respetadas por las instalaciones previstas en el mismo⁹¹. La fijación de dimensiones y

⁸⁹ El Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en la de la Sala 3ª, de 23 de octubre de 2002, de la que fue ponente Oscar González González, EDJ 2002/44065, afirma que la falta del estudio económico financiero constituye un supuesto de nulidad absoluta previsto en el artículo 62.1,e) Ley 30/1992, al suponer un trámite esencial del procedimiento, porque están involucrados en el acto aspectos económicos de los que no puede prescindirse, al objeto de conseguir el fin esencial de que la playa se explote adecuadamente sin que ello conlleve perjuicio para el demanio.

⁹⁰ STC 149/1991, de 4 de julio, de la que fue ponente Francisco Rubio Llorente. ver su fundamento jurídico 4.B).c).

⁹¹ Los criterios de dimensiones y distancias que diseña el Reglamento de desarrollo del artículo 33.3 de la Ley de Costas para las concesiones y autorizaciones de ocupación del dominio público se circunscriben a los establecimientos expendedores de comidas y bebidas y son, en virtud del artículo 65.1, los siguientes: a) Las instalaciones fijas, salvo en casos excepcionales debidamente justificados, tendrán una ocupación máxima de 150 metros cuadrados de los cuales 100, como

distancias contempladas en el artículo 65.1 y 70 del RD 1471/1989, tampoco resulta inconstitucional porque el Estado tiene facultad para imponer limitaciones, bien como titular del demanio, si las instalaciones se hallan dentro de la playa, bien como competente para establecer la legislación básica sobre medio ambiente, si se encuentran fuera e la playa, en la zona de protección. Pero como la competencia para la ordenación del territorio es autonómica habrán de ser la Comunidades Autónomas las que, respetando los límites mínimos y máximos fijados por el Estado, aprueben los instrumentos correspondientes de ordenación o establezcan las condiciones en que han de ser aprobados y fijen cuales han de ser los criterios a los que han de acomodarse, en sus dimensiones, en la distancia y en todos los restantes extremos, las mencionadas edificaciones. Así entendido, como simple establecimiento de mínimos y máximos, ambos preceptos no son contrario a la Constitución⁹².

Aprobado el Plan de explotación/ ocupación temporal y otorgada la autorización de ocupación por el Servicio Periférico de Costas, los Ayuntamientos, previo abono del canon de ocupación correspondiente, pueden proceder a su explotación, por sí o por terceros. En caso de explotación por terceros, le corresponde a los Ayuntamientos conceder las licencias de construcción y apertura de los establecimientos y, además, de manera previa al inicio de la explotación, el Ayuntamiento ha de comunicar al Servicio Periférico de Costas la relación nominal de los terceros encargados de la explotación. Una vez terminada la instalación del establecimiento, el Ayuntamiento requiere del Servicio Periférico de Costas la práctica de su reconocimiento, a fin de comprobar su coincidencia con la autorización otorgada, en cumplimiento de la competencia de tutela y policía del dominio público marítimo-terrestre, completada con el ejercicio de la potestad

máximo, serán cerrados, y se situarán con una separación mínima de 200 metros de otras similares, tanto si éstas se ubican en el dominio público marítimo-terrestre como si se encuentran en zona de servidumbre de protección; b) Las instalaciones desmontables tendrán una ocupación máxima de 20 metros cuadrados y se colocarán con una separación mínima de 100 metros de cualquier otra instalación fija o desmontable.

El artículo 70 del RD 1471/1989 se contempla una norma subsidiaria al contemplar que en defecto de planeamiento, la ocupación de la playa por instalaciones de cualquier tipo, incluso las correspondientes a servicios de temporada, debe observar, además de los mínimos y máximos fijados por el Estado, las determinaciones contenidas en el RD mencionado cuales son: a) dejar libre permanentemente una franja de seis metros, como mínimo, desde la orilla en pleamar; b) Las longitudes de los tramos libres de ocupación deberán ser, como mínimo, equivalentes a las que se prevé en explotación, sin que estas últimas puedan superar los 100 metros, salvo que la configuración de la playa aconseje otra distribución; c) Las zonas de lanzamiento y varada se situarán preferentemente en los extremos de la playa o en otras zonas donde se minimice su interferencia con los usos comunes y en conexión con accesos rodados y canales balizados.

⁹² STC 149/1991, de 4 de julio, de la que fue ponente Francisco Rubio Llorente. Vid. fundamento jurídico 4.B).c).

sancionadora configurándose ésta como un valioso y eficaz instrumentos en la protección demanial costera. No en vano, entre las infracciones que tipifica la Ley de Costas se encuentran: a) las acciones u omisiones que causen daños o menoscabo a los bienes de dominio público marítimo-terrestre o a su uso, así como la ocupación sin el debido Título administrativo⁹³; b) el incumplimiento de las condiciones de los correspondientes títulos administrativos, calificando como infracción grave, el artículo 91.2,b) de la ley de Costas, el aumento de superficie, volumen o altura de las instalaciones autorizadas sobre el dominio público marítimo-terrestre.

4.3.2.1. La explotación indirecta de los establecimientos expendedores de comidas y bebidas; sus repercusiones urbanísticas y sanitarias

A continuación, recogemos las distintas actuaciones administrativas locales de las que el Defensor del Pueblo Andaluz tuvo constancia en la realización del Informe especial sobre el estado de la sanidad ambiental de las playas andaluzas⁹⁴. Este informe pretendía conocer el grado de cumplimiento del Decreto 178/1984, de 19 de junio, sobre vigilancia sanitaria y ambiental de las Playas de Andalucía, por parte de las Administraciones competentes y, en consecuencia, desde una integración entre la norma y su ámbito material, con la finalidad de determinar no sólo la mayor o menor observancia de la misma, sino algunos de los problemas que podía plantear su aplicación, el grado de conocimiento y de “consuetudinación”, respecto a la realidad social que regula.

La primera nota que destacamos es la diversidad de regímenes que se adoptan para cursar este procedimiento administrativo. De alguna forma, cada Ayuntamiento actúa con plena autonomía a la hora de proceder a la concesión de las explotaciones de los establecimientos. Encontramos, desde actuaciones sumamente rigurosas y severas al exigir la cumplimentación de todos los requisitos, hasta procedimientos meramente formales y tolerantes.

Es necesario destacar la denuncia que hizo pública el Defensor del Pueblo Andaluz consistente en que una importante cuota de los establecimientos que durante el verano abren sus puertas en nuestras playas, no disponen de la totalidad de las garantías sanitarias frente a los usuarios. La comprobación de las actuaciones administrativas de los entes locales permite afirmar la siguiente ecuación: a mayor

⁹³ Artículo 90 de la Ley del Costas y artículo 174 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

⁹⁴ Ver págs. 155 -160 del citado Informe especial.

rigor en los procedimientos de concesión de la explotación de los establecimientos, mayores garantías de la calidad higiénico-sanitaria de los mismos.

En este marco, podemos distinguir cuatro regímenes: régimen de primer grado o de máximo control; régimen de segundo grado o control medio; régimen de tercer grado o control difuso y, por último, el régimen de cuarto grado o ausencia total de control.

En el régimen de primer grado, o de máximo control⁹⁵, el Ayuntamiento, por propia iniciativa y una vez autorizado por la Jefatura de Costas, procede a la construcción de los establecimientos a su costa. De esta forma logra edificar establecimientos que reúnen las siguientes características: son todos iguales, son móviles o removibles, decorativos y adaptados al paisaje.

Además el Ayuntamiento, construidas estas instalaciones las dota de abastecimiento de agua potable, servicios, papeleras y resuelve la correcta eliminación de las aguas residuales (a través de fosas sépticas, o conectado a la red general), y en general garantizan directamente las óptimas condiciones sanitarias del establecimiento. Con ello se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 65 del Reglamento que desarrolla la Ley de Costas el cual impone que todas las conducciones de servicio a estas instalaciones deben ser subterráneas y que el sistema de saneamiento ha de garantizar una eficaz eliminación de las aguas residuales, así como la ausencia de malos olores. Con este objeto, las instalaciones deben conectarse a la red de saneamiento general, si ésta existe, quedando en todo caso prohibidos los sistemas de drenaje o absorción que puedan afectar a la arena de las playas o a la calidad de las aguas de baño⁹⁶.

Una vez edificados, los saca a subasta pública por un período de cuatro años para su explotación comercial, recibiendo a cambio el Ayuntamiento una tasa con la que trata de sufragar los gastos de montaje y desmontaje y la inversión realizada. Una vez en funcionamiento, los servicios municipales inspeccionan el cumplimiento de las normas generales y las cláusulas del contrato en particular.

⁹⁵ El Defensor del Pueblo Andaluz ponía como ejemplo a los Ayuntamientos de Cádiz capital y de Algeciras.

⁹⁶ El posterior incumplimiento de esta obligación da lugar a la declaración de caducidad del Título administrativo y al levantamiento de las instalaciones, sin perjuicio de la sanción que, en su caso, corresponda.

Desde luego, éste es el sistema más eficaz para garantizar el aspecto higiénico sanitario del dominio público marítimo-terrestre en cuanto a las instalaciones y establecimientos expendedores de comidas y bebidas. Es un paso adelante que sean los propios Ayuntamientos los que se responsabilicen de la ejecución de la edificación del establecimiento y de la dotación de los servicios sanitarios. Este procedimiento es una garantía para el usuario, pero el esfuerzo inversor que implica, hace que este sistema quede reservado para Ayuntamientos que cuenten con suficientes recursos económicos.

El régimen de segundo grado o control medio, queda representado por aquellos Ayuntamientos que, sin asumir la construcción del establecimiento, sí determinan técnicamente las condiciones que debe reunir éste para poder obtener la licencia de apertura de conformidad con las garantías legales. El Ayuntamiento, con carácter previo a la concesión de la licencia, requiere un informe técnico y otro sanitario de las condiciones del establecimiento⁹⁷.

El régimen de tercer grado o control difuso, se caracteriza porque los controles por parte de los municipios sobre la construcción y explotación de los establecimientos se relajan. En este sistema, las reservas legales para garantizar la calidad higiénico-sanitaria de los establecimientos no siempre son sostenidas con firmeza y rigor. Con el control difuso, las situaciones que comprometen su estado sanitario empiezan a aparecer. En estos casos, no siempre queda garantizada la potabilidad del agua, a veces el vertido de las aguas residuales es libre al mar o a la arena, o si dispone de fosa séptica no se revisa con regularidad, no todos cuentan con servicios, e incluso se dan casos de situaciones de establecimientos clandestinos que incumplen las más elementales normas higiénico-sanitarias.

Los motivos que provocan esta situación son muy diversos, y pueden responder a muchas causas: unas veces es simplemente por falta de celo y preocupación de los propios Ayuntamientos; no les interesa demasiado todo lo relacionado con las playas de su término; otras veces, el control de las normas sanitarias se atenúan, porque los Ayuntamientos se movilizan más bien en torno al afán recaudador; hay casos, que el efecto se produce por desorientación de los Ayuntamientos ante la disgregación administrativa que sobre el litoral se origina, en especial frente a las actuaciones de la Jefatura de Costas, llegando a afirmar en algún caso que el Ayuntamiento se desentiende del asunto de los establecimientos porque

⁹⁷ El Defensor del Pueblo Andaluz ponía como ejemplos los Ayuntamientos de Tarifa, Conil y Roquetas del Mar.

eso es competencia de la Jefatura de Costas; a veces, la situación es provocada por la precariedad de medios con los que cuenta el Ayuntamiento para poder ejercer este control, no hay servicio de inspección y la labor de supervisión se limita al acto de autorización.

Por último, en el estudio que llevó a cabo el Defensor del Pueblo Andaluz, localizó casos de pasividad de la Administración, en los que permite que subsistan establecimientos sin ningún tipo de licencia de autorización, ni control. Es el caso del régimen de cuarto grado o ausencia total de control, caracterizado los establecimientos clandestinos, que existen de espaldas al control administrativo y a la legalidad en materia sanitaria. A nuestro juicio, lo grave no es tanto que puedan aparecer, sino la lenta reacción de la Administración para clausurarlos.

El artículo 22 del Decreto 178/1984, de 19 de junio atribuye a las autoridades sanitarias la función de inspeccionar los establecimientos expendedores de comidas y bebidas situados en las playas, levantando las correspondientes actas en caso de infracción y proponiendo a la autoridad municipal las medidas correctoras de las deficiencias observadas, e incluso la clausura.

En el marco de este mandato normativo, el Defensor del Pueblo Andaluz, constató que las Delegaciones de Salud inspeccionan regularmente los establecimientos en la campaña de verano, incluyendo esta actividad como subprograma dentro del plan de restauración y comedores.

Como consecuencia de las inspecciones, el Comisionado parlamentario autonómico comprobó que se incoa un número considerable de procedimientos sancionadores por infracción de la reglamentación técnico sanitaria de restauración, pero la eficacia de los procedimientos sancionadores es relativa, debido a causas muy variadas: en unos casos, la función inspectora queda limitada por la incapacidad para hacer efectiva las sanciones; en otros casos, se alega la falta de colaboración de los Ayuntamientos para desarrollar los procedimientos administrativos y la idoneidad de los mismos para dar respuesta a la actuación sancionadora frente a establecimientos que contaban con una vida operativa de no más de tres meses.

El carácter de provisionalidad y temporalidad les reporta a sus titulares considerables ventajas para evadir los procedimientos sancionadores y evitar las sanciones. Estas circunstancias condicionan a todas luces la capacidad inspectora de las autoridades sanitarias, y de hecho, la falta de eficacia de los procedimientos sancionadores, provocada por la temporalidad del ejercicio del establecimiento y por

la complejidad de los procedimientos, contribuye a prodigar las situaciones de ausencia de intervención en caso de infracción de los preceptos sanitarios.

A nuestro juicio, es necesario regular procedimientos sancionadores más aptos para desarrollar esta función, e imponer la clausura de los establecimientos como medida más inmediata y menos excepcional, en los supuestos de estimarse comprometida la salud pública.

Además, la falta de coordinación entre las Administraciones Públicas afectadas complica aún más la situación. El Defensor del Pueblo Andaluz constató un total hermetismo entre las distintas funciones de cada Administración, de tal forma que cuando para actuar se requiere la colaboración de otra Administración, se ocasiona un colapso de difícil resolución.

En sus comunicaciones con el Defensor del Pueblo Andaluz, las Delegaciones de Salud expresaban la conveniencia de que todos los Ayuntamientos exigieran, antes de conceder la licencia de apertura, un informe técnico sanitario previo como medida preventiva que ahorraría después muchos procedimientos sancionadores. Pero la realidad no es así, son pocos los Ayuntamientos que requieren el informe técnico con carácter previo a la concesión de la licencia⁹⁸.

Ahondando en este asunto, podemos reflejar aquí un caso grave que el Defensor del Pueblo Andaluz observó en la provincia de Cádiz. En el término municipal de Barbate, en las playas denominadas de “Los Caños de Meca”, se establecieron ilegal y clandestinamente en el mes de Junio de 1.991 una serie de establecimientos, que además de no contar con licencia municipal, presentaban el siguiente ambiente sanitario: no disponían de agua potable; la eliminación de las aguas residuales era a través del vertido libre al mar y a las arenas de la playa; el agua de los caños naturales que van a la playa, y que tiene naturaleza de residual, se utilizaba para el aseo y la cocina; y en general, el estado sanitario era pésimo.

Esta situación era conocida por el Ayuntamiento, el cual lo puso en conocimiento de la Delegación de Salud, quienes se habían puesto en comunicación con la Jefatura de Costas para que procediera a su clausura inmediata y demolición⁹⁹.

⁹⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el estado de la sanidad ambiental de las playas de Andalucía, diciembre de 1991, págs. 165 – 169.

⁹⁹ La Delegación Provincial Salud explicaba que no disponían de medios coercitivos directos para hacer cumplir la orden de clausura pues carecía de policía autonómica para hacer cumplir sus

El Defensor del Pueblo Andaluz se lamentaba de que al cierre del informe especial en el mes de septiembre los establecimientos estaban en pié. Este caso es significativo del problema del que nos hemos hecho eco y evidencia que la interdependencia administrativas entre los entes públicos no es resuelta con eficacia para intervenir sobre las cuestiones planteadas. Es por ello que entre las recomendaciones que formuló la institución andaluza hacía especial hincapié en profundizar en la efectiva aplicación de los principios contenidos en el artículo 116 de la ley de Costas, cuales son: información mutua, colaboración, coordinación y respeto entre las Administraciones. La efectiva lealtad a estos principios abriría vías de coordinación que permitan una mayor eficacia en el control administrativo que han de llevar a cabo la Consejería de Salud, la Jefatura de Costas y los Ayuntamientos del litoral.

4.3.2.2. Las playas y la utilización de embarcaciones y artefactos flotantes en zonas de baño y proximidades

La Constitución Española en su artículo 43.3 establece que los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física, el deporte y facilitarán la adecuada utilización del ocio. Igualmente, el artículo 45.1 señala que todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Por su parte, el artículo 45.2 ordena a los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Los litorales españoles están siendo cada día escenarios de nuevas actividades náutico-deportivas. Actividades que el sector turístico mira con buenos ojos pero que en muchas ocasiones ponen en peligro o dificultan el uso general de un bien de dominio público como son las playas. Motos acuáticas y embarcaciones de motor en general, windsurf, esquí o parapente acuático, pesca, etc., son actividades muy frecuentes en las playas de nuestro país y que en muchas ocasiones entran en conflictos con otros usos “más tradicionales” como el baño, la natación o el buceo, llegando incluso a producirse daños materiales¹⁰⁰.

actos y por ello se veían obligados a hacerlo a través de la Jefatura de Costas, que con el auxilio del, entonces, Gobernador Civil de la provincia y la Guardia Civil, disponía de los medios materiales y humanos para llevarlo a cabo.

¹⁰⁰ Vid. ARANA GARCÍA, Estanislao, “La vigilancia, auxilio y salvamento en las playas: una competencia discutida”, Revista de Derecho Ambiental número 112, octubre–diciembre, 2001,

Llegada la temporada estival se produce una afluencia masiva de personas a las playas, lo cual necesariamente incide de manera negativa en el medio ambiente y pone a prueba las medidas de seguridad. Siendo el uso de las playas público, ha de garantizarse el normal y pacífico disfrute de las mismas, evitando y reprimiendo, en su caso, comportamientos insolidarios que perturben ese pacífico disfrute y pueda afectar negativamente a una actividad económica consolidada en Andalucía como es el turismo, de manera especial al turismo de playa.

En definitiva, de lo que se trata es de compatibilizar los derechos al ocio, al deporte y a la libertad de empresa con el derecho al disfrute de las playas con medidas de seguridad para todos sus usuarios.

Ley de Costas y el Reglamento que la desarrolla incide en la protección del dominio público marítimo-terrestre estatal, para evitar la continuada degradación hasta la fecha del escenario natural que es la franja litoral. Una de esas medidas de protección es la prohibición de uso del dominio público marítimo-terrestre, para la navegación deportiva y de recreo, y la utilización de cualquier tipo de embarcación o medio flotante movido a vela o motor en las zonas de baño debidamente balizadas y cuando los tramos de costa no estén balizados como zona de baño, se entenderá que ésta ocupa una franja de mar contigua a la costa de una anchura de 200 metros en las playas y de 50 metros en el resto de la costa¹⁰¹.

Esta previsión de la Ley de Costas se completa con la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante que establece que a Dirección General de la Marina Mercante del Ministerio de Fomento, a través de las Capitanías Marítimas de las zonas correspondientes, es la competente de dictar las medidas de seguridad en la utilización de embarcaciones y artefactos flotantes en zonas de baño

págs. 533 – 552. El autor sostiene que en un Estado territorialmente compuesto como el nuestro, las diversas administraciones que lo integran tienden de manera natural a interpretar ampliamente su respectivo ámbito de intereses tratando de extender hasta el infinito su ámbito competencial. Sin embargo en ámbitos de competencias compartidas y de cuyo ejercicio, o inactividad, resultan obligaciones y no derechos, el fenómeno es el contrario. La actividad de vigilancia, auxilio y salvamento de las playas, es un ejemplo de esto último, las tres Administraciones públicas deberían estar implicadas, pero a la hora de responder por los daños ocasionados a los particulares por supuestas negligencias públicas, ninguna quiere aparecer. En este estudio se analizan tres sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de Valencia, Cantabria y Galicia, sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial por accidentes que se produjeron en la playa.

¹⁰¹ Artículo 69 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

y sus proximidades a fin de compaginar y preservar la seguridad de la vida humana en la mar, y la seguridad de los legítimos usuarios de dichas zonas¹⁰².

En cumplimiento de dicha competencia se dictó con fecha 22 de Febrero de 1990, la Circular 3/90, relativa a Instrucciones sobre aplicación del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley de Costas, en la que se hace referencia a los artefactos flotantes de recreo explotados comercialmente y al balizamiento de zonas de baño y restricciones de la navegación deportiva y de recreo. Posteriormente, la propia Dirección General consideró oportuno desarrollar con mayor profundidad diversos aspectos contenidos en dicha Circular con la publicación de una nueva Circular, la 9/90, de fecha 17 de Julio de 1990, regulando específicamente las actividades de los artefactos flotantes de recreo denominados “esqui bus”, motos náuticas (jet-ski), paracaidismo acuático, (paragraft-parasailing) y otros similares, estableciendo unas normas de seguridad marítima de carácter genérico y otras específicas para los distintos tipos reseñados¹⁰³.

Estas Circulares han sido los antecedentes del vigente Real Decreto 259/2002, de 8 de marzo, que diseña las nuevas medidas de seguridad en la utilización de las motos acuáticas¹⁰⁴. Entre las medidas que contiene debemos señalar, en primer lugar la regulación de las modalidades de utilización de las motos acuáticas¹⁰⁵, en segundo

¹⁰² Artículo 86 de la citada Ley.

¹⁰³ Las instrucciones recogidas en las circulares mencionadas eran las siguientes: Situarse en los extremos e incluso fuera de las playas o calas de dimensiones reducidas; Señalizar la zona de entrada/salida hasta una distancia de 200 metros de la playa/costa, las boyas llevarán la inscripción bilingüe peligro no entrar/ danger no entry; Los usuarios de los artefactos irán equipados con un chaleco de flotabilidad permanente y de un color vivo, de fuerte contraste con el agua de mar; Se abstendrán de hacerse a la mar en caso de mal tiempo, a juicio de la Autoridad Local de Marina, en evitación de posibles accidentes; No se acercarán a la playa a menos de 200 metros ni a menos de 50 metros del resto del litoral, efectuando las entradas y salidas por canal balizado a velocidades muy reducidas, a determinar por la Autoridad Local de Marina, sin que deban exceder los 3 nudos; El incumplimiento de las citadas normas de seguridad, además de la correspondiente sanción administrativa, llevará aparejada la supresión del permiso de funcionamiento.

¹⁰⁴ Publicado en el B.O.E. del día 12 de marzo.

¹⁰⁵ El artículo 2 del RD 259/2002, distingue entre el uso particular, el uso de alquiler y el uso por instituciones u organismos públicos. El uso particular es el que se realiza por el propietario o persona autorizada por el mismo. El uso de alquiler de una moto náutica es el que se realiza por una empresa dedicada al alquiler de las mismas, oficialmente autorizada para dicho fin. A su vez, se contemplarán tres modalidades de alquiler: a) Alquiler por horas o fracción, por empresas dedicadas a esta actividad, provistas de las instalaciones que determina el RD citado; b) Alquiler por horas o fracción, por las empresas citadas, para la realización de excursiones colectivas en navegación; c) Arrendamiento por días, por empresas que se dedican a dicha actividad desde instalaciones no situadas en la mar. Por último el uso por instituciones u organismos públicos se contempla sólo para tareas de vigilancia, prevención y demás funciones policiales, así como para el auxilio y el salvamento marítimo de vidas humanas y bienes.

lugar se crea una nueva titulación náutico-deportiva, dividida en tres categorías, necesaria para la navegación con dichos artefactos, hasta ahora exenta de dicho requisito¹⁰⁶, en tercer lugar se imponen a las empresas dedicadas al alquiler de motos unas obligaciones de funcionamiento destinadas a garantizar la utilización de las motos de las que dispongan en condiciones de seguridad¹⁰⁷.

Además de las medidas enunciadas anteriormente, el artículo 10 del RD 259/2002, de 8 de marzo, diseña cuales son las zonas y los periodos permitidos de navegación, quedando expresamente prohibida, como establece el Reglamento de desarrollo de la Ley de Costas, la navegación de motos náuticas dentro de las zonas de baño balizadas, las cuales contarán con canales, debidamente balizados, de lanzamiento y varada en los extremos de las playas, que se utilizarán para permitir la salida a la mar de las motos náuticas y demás artefactos de playa, hasta sobrepasar el límite exterior de la zona de baño. Además cualquier moto náutica que deba ir desde la playa hasta el área permitida de navegación o viceversa, lo hará a través de los canales anteriormente citados y a velocidad que no superará los 3 nudos. En los tramos de costa que carezcan de zona de baño balizada queda prohibida la navegación de motos náuticas en la franja de mar contigua a la costa en una anchura de 200 metros, salvo para vararlas en las playas o salir al mar desde ellas, en cuyo caso, la moto se gobernará siguiendo una trayectoria perpendicular a la línea de costa y siempre a velocidad reducida que no ha de superar los 3 nudos.

Las playas forman parte del término municipal correspondiente y, en consecuencia, sobre estas zonas del litoral, aún siendo de dominio público estatal, los municipios tienen la obligación de ejercitar las competencias de protección civil y

¹⁰⁶ El artículo 5 del RD 259/2002 establece que para gobernar motos náuticas en la modalidad de uso particular, el usuario deberá estar en posesión de alguno de los títulos de Patrón para Navegación Básica, Patrón de Embarcaciones de Recreo, Patrón de Yate y Capitán de Yate, regulados en la Orden de 17 de junio de 1997 por la que se determinan las condiciones para el gobierno de embarcaciones de recreo, o de los títulos que se enumeran a continuación: a) Patrón de Moto Náutica “A”, cuyas atribuciones son el manejo de motos náuticas de potencia igual o superior a 110 CV; b) Patrón de Moto Náutica “B”, cuyas atribuciones son el manejo de motos náuticas de potencia superior a 55 CV e inferior a 110 CV; c) Autorización federativa de Patrón de Moto Náutica “C”, cuyas atribuciones son el manejo de motos náuticas de potencia inferior a 55 CV.

¹⁰⁷ Las obligaciones se encuentran enumeradas en el artículo 7 del RD 259/2002. La primera de ellas es estar en posesión de los preceptivos permisos de las Administraciones competentes y de una autorización de funcionamiento otorgada por la Capitanía Marítima en cuya jurisdicción se encuentre la base o instalación de que se trate, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento General para el Desarrollo y Ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre. La ocupación del dominio público que implica el establecimiento de los canales debidamente señalizados deberá ser autorizada por las correspondientes Demarcaciones de Costas.

seguridad pública que ostentan en virtud de la Ley 7/1985 de 2 de Abril, de Bases de régimen Local, sin perjuicio de la distribución de responsabilidades con otros entes territoriales, concretamente con las Comunidades autónomas. La ordenación y gestión que requieren este tipo de espacios, en proporción a la capacidad de acogida, debe realizarse por los Ayuntamientos en ejecución de sus competencias urbanísticas mediante su regulación en los Planes de Urbanismo y Ordenanzas Municipales pertinentes, en las que los factores medioambientales y de seguridad deben ser considerados, pues son indispensables para el mantenimiento y mejora de la calidad de vida.

La confrontación de entre el derecho al ocio, al deporte y a la libertad de empresa, reforzado en los últimos años por el incremento de utilización de motos acuáticas en las costas, bien por el uso privado de las mismas o por su “alquiler” en las propias playas en las zonas habilitadas para la explotación de esta actividad, con el derecho al medio ambiente concretado en el disfrute de las playas con medidas de seguridad para todos los usuarios andaluzas, fue lo que llevó al Defensor del Pueblo en 1995 a realizar un informe que llevaba por título “La utilización de las motos acuáticas en las playas andaluzas: medidas de control y seguridad”.

El objetivo del Informe, que se inició de oficio tras varias noticias de accidentes con fin trágico, consistía en determinar el grado de cumplimiento de las competencias municipales en materia de vigilancia y observancia de las Normas dictadas por la Administración del Estado, la Comunidad Autónoma y por los propios Ayuntamientos, sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas y, en su caso, de las medidas de seguridad en la utilización de embarcaciones y artefactos flotantes en zonas de baños y proximidades, a fin de compaginar y preservar la seguridad de la vida humana en la mar y la seguridad de los legítimos usuarios de dichas zonas.

De las informaciones municipales que recibió el Defensor del Pueblo Andaluz, pudo constatar la preocupación general de las autoridades municipales en orden a la vigilancia y cumplimiento de las normas para la seguridad humana en las playas y la práctica de los deportes náuticos y, también, que pocos son los Ayuntamientos que disponen de medios humanos y materiales con que garantizar dicha seguridad debido a la preocupante situación económica en la que se

desenvuelven la mayoría de ellos: muchas competencias, mejoras e implantación de nuevos servicios, y escasez de recursos económicos¹⁰⁸.

En este sentido, debemos precisar que la preocupación del Defensor se centró más en el uso de motos acuáticas por parte de particulares, que en el uso de las motos que se alquilan en las playas; ya que mientras que éstas están perfectamente identificadas, a través del concesionario de la licencia que anualmente le concede el Ayuntamiento para el ejercicio de la actividad, las motos acuáticas de uso particular carecen de control alguno por las Administraciones Públicas.

Así, hemos de reseñar que anualmente los Ayuntamientos costeros con playas abiertas al público, en el Plan de Explotación/Ocupación Temporal de Playas que es aprobado por la Demarcación de Costas recogen, entre otras, las normas de seguridad que deben cumplirse en los lugares de baño y práctica de deportes náuticos, con especial atención a la utilización de cualquier tipo de embarcación o medio flotante movido a vela o motor.

La colaboración que prestan las Comandancias de Marina a los Ayuntamientos se limita a informar a los Municipios sobre las medidas de seguridad de la vida humana en los lugares de baño y práctica de deportes náuticos, emitiendo un edicto al efecto y recordando a los Ayuntamientos sus obligaciones en orden a la puesta en marcha y mantenimiento de los servicios de seguridad en las playas, conforme a la vigente Ley de Costas, su Reglamento y demás normas de desarrollo.

Por regla general, las autoridades municipales informaron al Defensor del Pueblo Andaluz que los recursos humanos y materiales, para la prestación de un eficaz servicio en la vigilancia y cumplimiento de las medidas de seguridad dictadas por las Comandancias de Marina en las zonas de playas, son insuficientes.

Es competencia de la policía local garantizar la seguridad de las personas que se recrean en la playa. Ahora bien, junto a la policía local, algunos Ayuntamientos, cada vez más, han ido creando una policía específica de playa, que junto con la vigilancia de los aspectos de orden público, se le asignan otros cometidos en consonancia al entorno en que se desenvuelven, es decir, sobre la playa. En concreto, es habitual que se le confieran el cumplimiento de las Ordenanzas sobre el uso de la playa, la información al usuario y en general todas las funciones propias de policía.

¹⁰⁸ Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz, “La utilización de las motos acuáticas en las playas andaluzas: medidas de control y seguridad”, págs. 8 y 9.

Estos guardianes de playas se convierten en los custodios de las reglas básicas a respetar en las playas: que no haya perros, que unos no molesten a otros, que no se desarrollen actividades peligrosas y en general garantizar que la playa sea un centro recreativo por encima de todo.

Desde luego sería deseable que todas las playas de nuestro litoral pudieran contar con dotaciones de policía de playas, pero comprendemos que éste es un servicio público reservado a los Ayuntamientos más afortunados económicamente. No obstante, pequeños Municipios, con imaginación y utilizando las medidas de fomento del empleo, se han provisto de este cuerpo de vigilantes de playa, siendo de destacar la contribución que esta policía de playa realiza en aras al mantenimiento del orden público, la seguridad de los usuarios y sobre todo al respeto de las normas de convivencia en las playas.

Otro aspecto fundamental para el mantenimiento de la seguridad en las playas en la existencia de un Plan de Protección Civil como instrumento ordenador de una serie de elementos que no deberían faltar en una playa: puestos de socorro, sistema de megafonía, torretas de vigilancia, embarcaciones de auxilio, sistema de transmisiones...¹⁰⁹

Son muy pocas, las playas que disponen de un Plan de Protección Civil completo y desarrollado. La aprobación del Plan de Protección Civil implica la previa dotación de una infraestructura de seguridad de la que no disponen la mayoría

¹⁰⁹ ARANA GARCÍA no considera que sea la protección civil el lugar más idóneo para ubicar este servicio o actividad. Para este autor la STC 149/1991 no afirmó con rotundidad que la materia de seguridad de los lugares de baño perteneciera al ámbito de la protección civil, simplemente, consideró posible que las Comunidades Autónomas, respetando los mínimos de seguridad establecidos por el Estado, podrían ejercer competencias en este ámbito arguyendo el Título competencial de la protección civil. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional ha configurado el servicio público de protección civil como aquel que se orienta al estudio y prevención de las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública y a la protección y socorro de personas y bienes en los casos en que dichas situaciones se produzcan; es decir, el servicio público de protección civil está siempre referido a situaciones de emergencia o de calamidad pública, situaciones que por su propia naturaleza cabe definir como de imprevisibles. El caso de la vigilancia de las playas, para el autor, es por su propia naturaleza una actividad que requiere un tratamiento estable en el tiempo. Se trata de un servicio más cercano a la seguridad ciudadana por cuanto se trata de proteger la seguridad de los ciudadanos en un ámbito específico como es la playa y la ribera del mar más cercana a ésta. La vinculación entre vigilancia y seguridad en los lugares de baño y protección civil es una posibilidad que, de hecho, se utiliza en la práctica cotidiana de nuestros días. Sin embargo dada la peligrosidad que muestran algunas de las actividades que tienen lugar en nuestras playas, ARANA GARCÍA considera más conveniente el diseño de un servicio unitario de vigilancia, auxilio y salvamento en las playas, así como en la zona de mar destinada, fundamentalmente al baño. Vid. ARANA GARCÍA, Estanislao, “La vigilancia, auxilio y salvamento en las playas: una competencia discutida”, Revista de Derecho Ambiental número 112, octubre – diciembre, 2001, págs. 533 – 552.

de nuestras playas. El esfuerzo inversor que la creación de la infraestructura exige desbordaría las posibilidades presupuestarias de los Ayuntamientos, de manera especial de los pequeños municipios costeros para llegar a obtener la deseable dotación en materia de seguridad civil de nuestras playas. Es por ello que la elaboración y puesta en práctica de estos planes no puede recaer exclusivamente sobre los Ayuntamientos, debiendo promover las Comunidades Autónomas los instrumentos financieros necesarios para colaborar con los municipios costeros en orden a sufragar los costes económicos de dotación de medios personales y materiales. Todo ello, sin perjuicio de la colaboración que presten a los Ayuntamientos, la Guardia civil del mar, las Capitanías Marítimas y la correspondiente Demarcación de Costas para lograr que el uso y disfrute de las playas y el mar se efectúe compatibilizando los derechos de los usuarios de las motos acuáticas con los del resto de los ciudadanos.

Ante este panorama el Defensor del Pueblo Andaluz estima como medidas improrrogables: que todos los municipios costeros regulen mediante Ordenanza Municipal, en el supuesto de que no disponga de ella, la utilización de las playas del Municipio. Dicha ordenanza vendría a complementar el Plan de Explotación y uso de Playa que anualmente deben elaborar los Ayuntamientos costeros y someter a la aprobación de la Demarcación de Costas, y contemplaría, además de la varada de embarcaciones, cuestiones tales como: la limpieza, la permanencia de animales, la pesca con caña; las acampadas, la circulación y estacionamientos de vehículos; los juegos y la venta ambulante. Esta propuesta se conecta con la alternativa de que todos los municipios costeros soliciten a la Comandancia Marítima de la Zona copia del edicto que anualmente publica el Capitán Marítimo, de acuerdo con el artículo 203 i) del Reglamento General para la Ley de Costas, referente a las normas de seguridad que deben cumplirse en los lugares de baño y práctica de deportes náuticos. Una vez recibido el edicto, y con antelación al inicio de la campaña de verano, se deberá dictar un Bando de la Alcaldía, con la debida publicación y la máxima difusión, sobre las medidas contenidas en la información que le facilite la Comandancia de Marina relativa a la seguridad de la vida humana en los lugares de baño y práctica de deportes náuticos.

En las propuestas del Defensor del Pueblo Andaluz, subyace la idea de que la relación existente entre los conceptos de seguridad pública o seguridad ciudadana y la protección y vigilancia en los lugares de baño no supone que toda la responsabilidad en este ámbito recaiga sobre el Estado, la Comunidad Autónoma y los Ayuntamientos. Al igual que en otros aspectos de la vida en sociedad, todos los ciudadanos estamos implicados en esta labor y tenemos, entre otras, la obligación de

denunciar todas aquellas situaciones de peligro de la que seamos testigos y que tengan lugar en las playas y costas de nuestro país.

5. Utilización racional de los bienes en términos acordes con su naturaleza, sus fines, y con el respeto al paisaje, al medio ambiente y al patrimonio histórico

El artículo 13.8 al atribuir a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva en política territorial, ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda expresa una coherente metodología para el equilibrio en la utilización de los recursos naturales que demanda nuestra Constitución.

La institución del Defensor del Pueblo Andaluz, desde hace años, ha venido manifestando una preocupación especial por las cuestiones relacionadas con la Ordenación del Territorio en nuestra Comunidad Autónoma y por las íntimamente conectadas con él, de la protección del medio ambiente y del urbanismo. Desde el marco competencial de nuestra Comunidad Autónoma, la preocupación del Defensor del Pueblo Andaluz, a la que hemos aludido, se puso de manifiesto especialmente, con independencia de las quejas individuales tramitadas, ya sea a instancia de parte, o de oficio, con motivo del Informe Especial, el primero que confeccionó esta Institución sobre nuestro litoral, que llevaba por Título “Informe Especial sobre el estado sanitario y ambiental de las Playas Andaluzas”, si bien, concretado fundamentalmente, al aspecto sanitario de las playas y aguas de baño, toda vez que su objeto fue realizar una valoración acerca del grado de cumplimiento del Decreto 178/84, sobre Vigilancia Sanitaria y Ambiental de las Playas de Andalucía por parte de las distintas Administraciones competentes.

En coherencia con esa preocupación, y entendiendo que se trata de una cuestión que afecta sectorialmente a distintos aspectos sociales y económicos de nuestra Comunidad, pero que, por referirse en muchas ocasiones a intereses colectivos, y a veces difusos, su defensa y protección es prácticamente imposible articularla a nivel individual, se estimó oportuno realizar una actuación singular destinada a conocer el grado de compromiso, de cumplimiento, con el que las distintas Administraciones Públicas, según sus competencias, estaban asumiendo la normativa establecida por la propia Comunidad Autónoma en aras a la protección del espacio litoral: el Decreto 118/1990, de 17 de Abril, por el que se aprobaron las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía.

Esta Institución abordó la cuestión, desde otra posición bien distinta: la relativa a la Ordenación del Territorio de este espacio sobre el que la Junta de Andalucía posee una tan amplia como irrenunciable competencia y de tanta trascendencia para el cumplimiento de uno de los fines del artículo 2 de la Ley de Costas que se recoge en la rúbrica de este epígrafe, cual es: “La utilización racional de los bienes en términos acordes con su naturaleza, sus fines, y con el respeto al paisaje, al medio ambiente y al patrimonio histórico”.

5.1. La queja de oficio 93/1842. El incumplimiento de las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía

Compartimos con el Defensor del Pueblo Andaluz la opinión de que la Ordenación del Territorio en nuestra Comunidad, y en lo que aquí concierne en lo afectante al litoral, es, si no el mayor desafío, uno de los grandes temas que tiene que acometer la Junta de Andalucía. Consciente de ello, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, aprobó a través del Decreto 118/1990, de 17 de Abril, las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, que se configuraron, en virtud de su artículo 1, nada más y nada menos, como el “*marco de referencia para el desarrollo de las políticas sectoriales y el planeamiento urbanístico que sobre él se efectúe, servir para su más adecuada gestión, siendo su objetivo último establecer la máxima compatibilidad entre los distintos usos y aprovechamientos de las potencialidades del litoral y la preservación y renovación de sus recursos.*”

Las Directrices sobre nuestro litoral, pretenden objetivos muy amplios y heterogéneos, que se han de alcanzar a través de líneas de actuación, recomendaciones y directrices, como amplio y heterogéneo es el espacio sobre el que se proyectan, a lo largo de 812 kms. afectando a 61 términos municipales. Comprendidos, total o parcialmente, dentro de ese territorio se encuentran desde el Parque Nacional de Doñana, al Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar, parajes naturales como el de las Marismas del Odiel, zonas de importante acuicultura en Cádiz, amplias zonas turísticas tanto en la Costa del Sol como en otros puntos del litoral, Chiclana de la Frontera, Puerto de Santa María, Costa de la Luz, etc., espacios destinados a una agricultura importante, de cultivos intensivos, subtropicales, como por ejemplo, El Ejido, Roquetas de Mar, Motril, etc. Y, aunque más escasas, zonas industriales como las de Algeciras y Huelva. En fin, pequeños municipios como Garrucha, Polopos, o Níjar, y grandes aglomeraciones urbanas como las de Málaga, Cádiz, Almería, Huelva, Algeciras, etc.

Y si diversa es la tipología del territorio de nuestro litoral, desde un punto de vista económico y urbanístico, no lo es menos desde la perspectiva de las unidades territoriales: Sierras litorales y prelitorales; Acantilados; Dunas y arenales costeros; Ramblas; Lagunas litorales; Playas; Estuarios y marismas; Provincia nerítica y plataforma continental. Sobre esta tipología de unidades territoriales se pretende, en unos casos actuar, en otros casos encauzar actividades y, en otros, protegerlos y preservarlos, de acuerdo con las propias Directrices. De ahí que, sectorialmente, los grandes compartimientos o ámbitos delimitados sobre los que persigue incidir sean: el planeamiento urbanístico litoral; el aprovechamiento de los recursos naturales; el turismo y actividades recreativas y, por último, la infraestructura portuaria.

Una lectura de las líneas de actuación de las Directrices y, en su caso, de las medidas que prevé esta normativa para ordenar y acometer, de una forma integral, la coordinación de estos sectores, pone de relieve la gran ambición de las mismas que, desde luego, de haberse observado, hubiera significado un auténtico revulsivo en orden a la consecución de una real protección de nuestro litoral y de la expansión y racionalización de la zona económica asentada en este espacio que constituye, como dice el artículo 15 de las Directrices *“uno de los principales recursos con el que cuenta la Comunidad Autónoma para alcanzar el pleno desarrollo de su potencial turístico.”*

Nuestro litoral es un territorio con una diversidad extraordinaria de usos y aprovechamientos, sometido a distintas tensiones, sobre todo por razones de índole económica y demográfica, que exigen encauzamiento y ordenación. No en vano, sobre este espacio está asentada más del 30% de la población de la Comunidad Autónoma de forma permanente, a la que habría que añadir el turismo de masas que, con carácter temporal, visita el litoral, alojándose en unas urbanizaciones que han surgido de forma desordenada y con una infraestructura notoriamente insuficiente a lo largo de la línea de playa. Ello es el resultado de que el turismo, al constituir una fuente primordial de recursos, ha estado por encima del régimen del suelo y de la ordenación territorial. Es evidente que no ha existido una verdadera preocupación por planificar el espacio costero, de acuerdo con los criterios que hubiesen evitado el deterioro, sobre todo cuando ello iba contra la lógica del beneficio a corto plazo que impera en el sector turístico-inmobiliario¹¹⁰.

¹¹⁰ Vid. MARTÍN MATEO, Ramón y VERA REBOLLO, J. Fernando, *“Problemas de ordenación territorial y urbanística en el litoral survalenciano: consideraciones sobre planeamiento, conservación de costas y promoción del turismo residencial”*, Revista de Derecho Urbanístico número

El Defensor del Pueblo Andaluz inició la *queja de oficio* 93/1842, que estaba dirigida a conocer, investigar y valorar la respuesta que las Administraciones públicas implicadas estaban dando al importantísimo instrumento de protección del litoral que representaban las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía. Las agresiones que recibe el litoral tanto por efecto de la propia naturaleza, como por la creación de grandes infraestructuras y, sobre todo, por la especulación a la que durante demasiados años ha estado sometido, era la justificación del inicio de sus actuaciones que además se veía reforzada, cuando el propio Ejecutivo andaluz se había comprometido con la aprobación de las Bases y Directrices Regionales del Litoral a realizar una serie de actuaciones como punto de partida para la protección de nuestro litoral. El ámbito de actuación del Defensor del Pueblo Andaluz se determinó por el Decreto 76/1985, de 3 de abril, que autorizó la formulación de las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía para una más adecuada gestión de éste. Una vez elaboradas éstas, fueron aprobadas por Decreto 118/1990, de 17 de abril, del Consejo de Gobierno valorándose muy positivamente por el Comisionado Parlamentario. Como quiera que esta normativa está íntimamente relacionada con la protección de distintos derechos y principios constitucionales que han de informar necesariamente la actuación de los poderes públicos, entre ellos el medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, y como habían transcurrido tres años desde su entrada en vigor, con objeto de evaluar el grado de respeto y de observancia por parte de los distintos agentes sociales, particularmente el sector público, así como de conocer el grado de cumplimiento y de ejecución de las previsiones del Decreto por parte de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, el Defensor del Pueblo Andaluz estimó oportuno, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.1, de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz, abrir la queja de oficio¹¹¹.

La primera referencia en cuanto a la metodología y el resultado de la tramitación de la queja, la encontramos en el Informe anual de 1993¹¹². En este informe se hacía público que las actuaciones se habían dirigido no sólo ante el principal protagonista de que estas Directrices se aprobaran por el Ejecutivo Andaluz, la Consejería de Obras Públicas y Transportes, y hacia otros órganos de la Junta de Andalucía con competencias en la consecución de estos objetivos, tales como la Consejería de Agricultura y Pesca y de Economía y Hacienda, sino también

114, 1989, págs. 13 – 27.

¹¹¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 49 y 50.

¹¹² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 167 – 168.

hacia los grandes destinatarios de sus normas y aplicación, a aquéllos de quienes depende, esencialmente, el resultado de aquellas Directrices, a los responsables en vías de ejecución de aquéllas; es decir, a todos los Ayuntamientos de nuestro Litoral.

Igualmente se hizo pública la falta de colaboración del Consejero de Obras Públicas y Transporte, quien a la fecha de cierre del Informe anual citado, a diferencia de lo que habían hecho gran número de municipios preguntados, no había enviado la preceptiva respuesta, hecho que resultaba sorprendente e inusitado, por la importancia que a la aprobación de estas Directrices se le había dado desde esta Consejería. Esta falta de respuesta era la causa y el resultado de que la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz no hubiera sido puesta en conocimiento del Parlamento Andaluz. Esta actitud de la Consejería se prolongó también durante 1994, motivo por el cual tampoco se daba cuenta de las conclusiones en el informe anual¹¹³.

Una vez recibida la respuesta de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, el Comisionado Parlamentario Andaluz realizó una extensa valoración sobre el grado de cumplimiento que, desde 1990 hasta 1995, había tenido la normativa más importante aprobada con el fin de marcar las directrices que permitieran ordenar racionalmente nuestro litoral. El resultado de esa actuación dio lugar a la elaboración de un trabajo bajo la forma de informe especial editado por la Institución con el título “La ordenación y protección del espacio litoral andaluz: estudio sobre la posición de las Administraciones públicas ante el Decreto 118/1990, por el que se aprueban las Directrices Regionales del Litoral”. En el que se constatan importantes incumplimientos de esta normativa, tanto por parte de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, como por parte de los principales destinatarios y protagonistas de su observancia: los Ayuntamientos. Dado que el trabajo realizado había sido objeto de publicación independiente, en el Informe anual de 1995, el Defensor del Pueblo Andaluz se limitaba a resaltar las resoluciones dictadas como consecuencia de las conclusiones y valoraciones a las que había llegado en aquel¹¹⁴.

Detengámonos en un primer momento, en las irregularidades relativas a la publicación del Decreto 118/90, de 17 de abril, y en la inadecuación entre su rango normativo y su naturaleza jurídica, para continuar con los distintos incumplimientos sobre su contenido observados por el Defensor del Pueblo Andaluz.

¹¹³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, pag. 143.

¹¹⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1995, pág 107.

5.1.1. La falta de publicación de las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía y su controvertida naturaleza jurídica

Pese a la importancia que, para la Ordenación del Territorio, tienen las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, como normativa básica, su propia naturaleza jurídica como norma o mero plan indicativo es, cuando menos, controvertida por la diversidad normativa y competencial sobre la que extiende su ámbito, y además de todo ello no ha sido objeto de general conocimiento. Ello se debe a que, si bien el Decreto por el que se aprobaron las Directrices fue publicado con el número 118/90, en el BOJA de 18 de Mayo de 1990, no ocurrió lo mismo con el texto de las propias Directrices que, no obstante la referencia que al mismo se hace en el artículo 1 del Decreto aprobado, no fue objeto de publicación.

Si se considera planeamiento existe la necesidad de la ineludible publicación de la normativa que se contenga en los planes urbanísticos, tal como ha declarado la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹¹⁵ y, para el caso de que se consideren sólo normas en lugar de un plan territorial, la obligatoriedad de la publicación es incuestionable a tenor de lo previsto sobre el principio de publicidad de las normas en el artículo 9.3 de la Constitución, en el artículo 2 del Código Civil y en el artículo 70 de la Ley 7/85, de 2 de Abril reguladora de las Bases de Régimen Local. Por este motivo en el Informe especial se recomendaba que se procediera a la urgente publicación de su texto íntegro, toda vez que, en caso contrario, es más que discutible su obligatoria vinculación, incluso como documento interno a tener en cuenta al elaborar los avances del planeamiento¹¹⁶.

No se puede dudar que la normativa aludida es conveniente y necesaria, pero tampoco se puede admitir, una vez analizado en Informe Especial, que esté siendo cumplida por los municipios, ni exigida con rigor por la Administración Autonómica, la cual ni siquiera las ha desarrollado tal y como se disponía en la Disposición final del Decreto mencionado. Es otro ejemplo de una situación que desgraciadamente se

¹¹⁵ Entre otras, la Sentencia de 10 de Abril de 1990, de la que fue ponente Francisco Javier Delgado Barrio, EDJ 1990/4018, la Sentencia de 11 de Julio de 1991, de la que fue ponente Paulino Martín Martín, EDJ 1991/7712, Sentencia de 22 de Septiembre de 1992, de la que fue ponente Francisco Javier Delgado Barrio, EDJ 1992/9070 y la Sentencia de 7 de Febrero de 1994, de la que fue ponente Mariano de Oro-Pulido López, EDJ 1994/1019.

¹¹⁶ Vid. SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, “*Eficacia e ineficacia jurídicas de los Planes Urbanísticos: la falta de publicación de los planes y sus efectos jurídicos*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, número 162, de 1998, págs. 11 – 53. Cabral González-Sicilia, Ángel y Ojeda García, José Manuel, “*Publicidad de las normas Urbanísticas tras la Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno Local*”, Artículo localizado en la página Web de la asociación española de técnicos urbanistas (www.aetu.es).

repite con demasiada frecuencia: los poderes públicos hacen múltiples manifestaciones, invierten presupuestos en la redacción de normas que permitan alcanzar loables objetivos pero que en la práctica son radicalmente ignorados, actuándose conforme a usos ya adquiridos y ajenos por tanto al nuevo marco normativo. Confirmando lo anterior, llama la atención que en el Plan de Medio Ambiente de Andalucía 1995-2000, se ignorara en su apartado dedicado al litoral las consideraciones pertinentes a las Directrices del Litoral¹¹⁷.

Como consecuencia de los ámbitos territoriales sobre los que se asienta nuestro Litoral, de la gran diversidad de normas existentes de aplicación directa o indirecta en este espacio, de la existencia de distintas Administraciones con títulos competenciales sobre este ámbito, de los diferentes intereses económicos, políticos y sociales que convergen en el litoral, y la necesidad, por todo ello, de establecer procedimientos y mecanismos de colaboración y coordinación interadministrativa, así como de delimitar en un marco normativo adecuado las competencias de la Junta de Andalucía y fijar, dentro de éstas, el Régimen Jurídico y Bases Generales para la Ordenación y Protección del Litoral y de las consecuencias que se deriven del incumplimiento de las prescripciones normativas que se establezcan, el Defensor del Pueblo Andaluz sugirió que, previos trámites oportunos, se estudiara la posibilidad de tramitar una Ley de Ordenación y Protección del Litoral Andaluz que fuera realmente el marco normativo de referencia establecido, desde las competencias de la Comunidad Autónoma, para fijar los criterios básicos de ordenación y tutela del Litoral Andaluz respecto de los distintos agentes públicos y privados que intervienen en el mismo, sin perjuicio del respeto a la autonomía de los entes locales y el respeto a los derechos de los ciudadanos.

Del mismo modo sugirió que, sin perjuicio de lo anterior, se elaborara urgentemente en el marco de la Ley 1/94, de 11 de Enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, un Plan de Ordenación del

¹¹⁷ Vid. SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “*El Plan de Medio Ambiente de Andalucía 1995-2000. Diagnósis y alternativas de infraestructuras, servicios, y acciones socioeconómicas. Su integración en el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía*”, RAAP núm. 29, 1997, págs. 27–90. El profesor muestra las virtudes y los defectos del Plan en relación al ámbito litoral. Entre las virtudes: operar con la necesaria integración de las distintas instancias administrativas, sin olvidar a la iniciativa privada y a los colectivos sociales. Entre los defectos: la ausencia de los planteamientos que incorpora los ámbitos sectoriales en el análisis de las propuestas que el propio plan incorpora cuando implica a espacios territoriales en los cuales hay ya un esquema predeterminado de Administraciones intervinientes y referenciadas en una específica legislación o doctrina constitucional o jurisprudencial. El plan debiera de haber puntualizado las situaciones que son diferentes, con la finalidad de haber evaluado las implicaciones organizativas y operativas que hubieran predeterminado las medidas contenidas en él.

Territorio de ámbito subregional que conforme al artículo 10 de la Ley citada y de acuerdo con la normativa sectorial que fuera de aplicación, estableciera los elementos básicos para la organización y estructura del territorio en ese ámbito, siendo el marco de referencia territorial para el desarrollo y coordinación de las políticas, planes, programas y proyectos de las Administraciones y Entidades Públicas, así como para las actividades de los particulares¹¹⁸.

5.1.2. La inobservancia del contenido de las Directrices

5.1.2.1. La protección del paisaje y del uso público del litoral

El Defensor del Pueblo Andaluz comprobó que pese a que las Directrices prevén un contenido necesario de los planes de ordenación urbanística encaminados a la protección del litoral¹¹⁹, se redactan al margen. Las Directrices establecen cuáles son las líneas de actuación, determinando que el Planeamiento ha de garantizar el desarrollo ordenado y coherente de los municipios litorales, protegiendo los espacios naturales característicos del paisaje litoral y los ecosistemas necesarios para el mantenimiento del equilibrio ecológico a través de la zonificación (actividades agrícolas, ganaderas y forestales; actividades turísticas, recreativas y deportivas; actividades encaminadas al aprovechamiento de los recursos vivos marinos) y potenciando los usos adecuados en función de las características de cada espacio. Con este fin, el planeamiento municipal debe analizar las unidades territoriales contenidas en la cartografía de estas Directrices, y teniendo en cuenta los criterios urbanísticos del propio Plan y los generales de las Directrices, ha de definir el ámbito de las unidades.

La vigente Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía en su Exposición de Motivos tras reconocer las peculiaridades del urbanismo del litoral diseña entre sus fines específicos el uso racional y sostenible de los recursos naturales, la protección del medio ambiente y del paisaje y específicamente la protección y adecuada utilización del litoral, tal y como se enunciaban en las Directrices del Litoral. Tales principios son instrumentados a lo

¹¹⁸ La Comunidad Autónoma de Andalucía avanza lentamente en este ámbito. Actualmente se encuentra aprobado el Plan de Ordenación del Territorio del Poniente de Almería y el Plan de Ordenación del Territorio de Bahía de Cádiz; en tramitación el Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Occidental de Huelva; en fase de redacción el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa Noroeste de Cádiz; del Campo de Gibraltar; de la Costa del Sol Occidental; del Litoral Oriental-Axarquía y del Levante Almeriense, estos dos últimos en trámite de Diagnostico territorial en Julio de 2003.

¹¹⁹ Artículos 10, 11 y 12.

largo de su texto, desde el objeto y contenidos básicos de los planes urbanísticos, a la clasificación de los suelos, o a la tipificación de las infracciones y sanciones.

Las Directrices del Litoral exigen la adopción de las medidas necesarias en los planes urbanísticos para: detener los procesos de uniformación urbanística del litoral, proponiendo una zonificación de usos alternados; evitar el trazado costero de nuevas infraestructuras de transporte; asegurar y organizar el libre acceso a la costa; impedir la privatización de los bienes de dominio público marítimo-terrestre; ordenar las playas e identificar las necesidades de regeneración de playas y de restauración del paisaje litoral que sean necesarios. Además de estas medidas, se incorpora otra más, cual es que los instrumentos de planeamiento que se desarrollen en el ámbito de las Directrices, deben justificar expresamente, en su Memoria, mediante capítulo dedicado a este fin, la consideración que se ha realizado de los posibles impactos de sus determinaciones sobre el espacio litoral y el medio marino.

La Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía establece como medidas de protección del litoral que pertenecen al suelo no urbanizable los terrenos que el Plan General de Ordenación Urbanística adscriba a esta clase de suelo por entenderse necesario para la protección del litoral¹²⁰. Además, se da la entidad de contenido estructural del Plan General de Ordenación Urbanística de todos los municipios la delimitación de la Zona de Influencia, que será como mínimo de quinientos metros a partir del límite interior de la ribera del mar, pudiéndose extender ésta en razón a las características del territorio¹²¹. Completando lo anterior se diseña que en los terrenos afectados por la Servidumbre de Protección del Litoral que aún no se encuentren en curso de ejecución, el instrumento de planeamiento que los ordene los destinará a espacios libres de uso y disfrute público; hasta tanto, sólo se permitirán actuaciones o usos que no comprometan el futuro uso y disfrute público a que el plan correspondiente habrá de destinarlos. Asimismo, en la Zona de Influencia del Litoral se evitará la urbanización continua y las pantallas de edificación, procurando la localización de las zonas de uso público en los terrenos adyacentes a la Zona de Servidumbre de Protección¹²².

Las respuestas que el Defensor del Pueblo Andaluz recibió respecto a la postura de los entes locales frente a las Directrices Regionales del Litoral, fueron muy desalentadoras. Respecto de la incorporación de las Directrices al planeamiento,

¹²⁰ Artículo 46.1, e.

¹²¹ Artículo 10.1, A), i.

¹²² Artículo 17.6.

sólo un 38 % de los municipios estimaban que habían incorporado parcialmente las Directrices y un 37 %, expresaban que tenían buenas intenciones para el futuro, por cuanto habían previsto incorporarlas. La valoración de esta situación, con independencia de que tal vez no sólo no se haya dado el debido rigor en la observancia de estas normas, plantea el problema añadido de que, en algunos aspectos, es imprescindible una política coordinada, por exceder el problema de la respuesta que cada municipio puede dar desde su respectivo planeamiento municipal a la consecución de los objetivos previstos; dicho de otra forma, se trata de cuestiones que claramente afectan a la Ordenación del Territorio de un manera global y que exigen tratamiento de conjunto, tal ocurre con las medidas destinadas a: "*Detener los procesos de uniformación urbanística del Litoral, proponiendo una zonificación de usos alternados. Evitar el trazado costero de nuevas infraestructuras de transporte*". Evidentemente, la cuestión no sólo desborda las competencias de los Ayuntamientos, sino que la propia Comunidad Autónoma tendría que estar muy atenta a las actuaciones que se efectúen por la Administración del Estado, con objeto de que las infraestructuras que se ejecuten por ésta, se lleven a cabo con respeto absoluto al contenido de las Directrices.

A la pregunta de si habían incluido en la memoria de los planes la obligada consideración que se haya realizado de los posibles impactos de las determinaciones sobre el espacio Litoral y el medio marítimo, sólo 12 municipios, el 20% de los consultados, respondieron afirmativamente.

Puesto que las Directrices del Litoral establecía el plazo de un año para que los Ayuntamientos iniciaran la formación de sus correspondientes Planes Generales de Ordenación Municipal, plazo que ha sido total y absolutamente incumplido, el Comisionado Parlamentario Andaluz recomendó que se estableciera un plazo máximo para que los Ayuntamientos recogieran, adaptando si fuera necesario su planeamiento, el contenido de las Directrices en sus propias normativas de planeamiento, no sólo para evitar las disfuncionalidades que, por vacíos normativos o planificaciones contradictorias, se pueden producir entre el planeamiento a nivel municipal y el subregional, sino también, para que se conviertan en normas de utilización permanente y cotidiana a la hora de autorizar los usos, intensidades y edificaciones, al trazar las infraestructuras, etc. Sólo de esta manera se conseguirán los objetivos y los resultados previstos en las Directrices de Ordenación del Litoral.

5.1.2.2. La participación en el planeamiento urbanístico de las Administraciones Públicas implicadas

Las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía establecen que “*en la tramitación de Avances de Planeamiento, así como en los trámites de información pública de los planes urbanísticos que se elaboren en el ámbito de estas Directrices, deberá realizarse de forma que se facilite el conocimiento de su contenido a los organismos, entidades y Administraciones cuyas competencias o funciones puedan verse afectadas por el planeamiento propuesto*”¹²³.

Ante la pregunta del Defensor del Pueblo a los Ayuntamientos sobre si se cumplía este trámite de notificación, estos contestaron que en la inmensa mayoría de los casos no se producía. Y en los casos en los que sí se hacía, en líneas generales y salvo algunas excepciones, a efectos de información pública de los avances de planeamiento y de los instrumentos de ordenación urbanística, sólo se llevaba a cabo por los municipios del litoral en cumplimiento de la normativa urbanística de aplicación y no con el carácter de consulta específica en orden a la conformidad o disconformidad de las citadas actuaciones con el contenido de las Directrices.

Esta cuestión no era en modo alguno baladí por ser coherente con la propia filosofía de las Directrices, que intenta racionalizar interdisciplinariamente las actuaciones y las previsiones de las distintas Administraciones implicadas. Se trataba, en suma, de facilitar esa participación a esas Administraciones en aras a la consecución de los objetivos del Decreto. La previsión de consulta o notificación en los trámites de avance y/o información pública de los planes urbanísticos, a los organismos, entidades y Administraciones cuyas competencias o funciones puedan verse afectadas por el planeamiento propuesto se incardina dentro de las Medidas previstas en las Directrices, en materia de “*Actuación y Coordinación Administrativa*”, aspecto éste en el que las Directrices pretendían tener una especial incidencia, dada la multiplicidad de organismos, entidades y Administraciones con competencias en el litoral.

Con ello se pretendía, entre otros objetivos, el conseguir una mayor integración de las actuaciones sectoriales en este ámbito y garantizar la coherencia global de la actuación administrativa en el litoral; objetivos éstos que mal pueden

¹²³ El artículo 9.5 cita a la Agencia de Medio Ambiente cuyas funciones son actualmente asumidas por la Consejería de Medio Ambiente, a la Consejerías de Obras Públicas y Transportes, Agricultura y Pesca, Fomento y Trabajo, Salud y Servicios Sociales y Servicio Periférico de Costas del MOPU (Ministerio de Medio Ambiente en la actualidad).

conseguirse si las Administraciones implicadas no tienen la oportunidad de conocer los contenidos concretos de los documentos de planeamiento propuestos que pudieran afectar a su actividad, para efectuar las alegaciones e informes que estimen convenientes respecto de los mismos. El objetivo de conseguir la tan perseguida coordinación administrativa, justifica este trámite de consulta previo, ceñido a los contenidos o actuaciones sectoriales que proponga o contemple el nuevo planeamiento; trámite que, por ello, no puede confundirse, ni sustituirse, por el previsto con carácter general en la normativa urbanística, a la que anteriormente hemos hecho referencia.

Como medida para hacer cumplir esta previsión el Defensor del Pueblo Andaluz recomendó que, por las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo, se contemplara con especial atención el cumplimiento de este requisito con carácter previo al otorgamiento de la aprobación definitiva del planeamiento urbanístico que se sometiera a su consideración y, en caso de que los citados instrumentos adolecieran de este defecto, no procedieran a otorgar aquella, hasta haberse subsanado el mismo.

Para aquellos planes urbanísticos que no hayan de ser sometidos a la aprobación de la citadas Comisiones, bien por tener asignadas el municipio litoral correspondiente las competencias para ello o por tratarse de planes de desarrollo de otro de carácter superior, pero que afecten a los aspectos objeto de regulación por las Directrices del Litoral, el Defensor sugería que, por la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo, se enviara una Circular a todos los Municipios del litoral recordando la obligación que tienen, tanto a la hora de elaborar los avances del planeamiento, como en los trámites de información pública, de notificar su contenido a los Organismos, Entidades y Administraciones cuyas competencias o funciones puedan verse afectadas por el planeamiento propuesto, debiendo incluir en su memoria el resultado de este proceso, tal y como exige el artículo 9.5 de las Directrices.

Otro incumplimiento se observó en la materia de subvenciones. El artículo 10 de las Directrices establecía que la Administración autonómica fomentaría la dotación del planeamiento urbanístico adecuado al objeto de garantizar el desarrollo ordenado y coherente. Si bien, hasta la fecha de elaboración del informe el 47 % de los municipios había recibido ayudas para la redacción del planeamiento, prácticamente ninguno la ha recibido en atención a garantizar el desarrollo ordenado y coherente de los municipios litorales, sino dentro de las medidas generales de fomento del planeamiento urbanístico adoptadas por la Consejería y, por tanto, sin un tratamiento diferenciado por razón del Litoral.

La concesión de subvenciones, cuando no colaboraciones técnicas, ya sea por la propia Consejería de Obras Públicas y Transportes, o por las Diputaciones Provinciales no sólo es una importantísima ayuda para los municipios, sino que, en algunos casos, es sencillamente imprescindible dada la insuficiencia de medios personales y materiales de éstos. Sin embargo, carece de sentido que la Consejería esté ayudando a la redacción de planes y aprobándolos, sobre todo en el ámbito de las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo, sin que de forma real, efectiva y comprometida se estén teniendo en consideración estas Directrices.

Comprobada esta realidad, en el informe especial se sugirió que para aquellos municipios del Litoral cuyo planeamiento fuera financiado, parcial o totalmente con cargo al Presupuesto de la Junta de Andalucía, se exigiera que se tuviera en consideración esta normativa en su redacción. Si se ignorara o se contravinieran las Directrices no se debe proceder a la aprobación de ningún Plan, provocando ello la devolución, por incumplimiento de las condiciones de su concesión, de las subvenciones que hubieran sido otorgadas. Para comprobar que el planeamiento es coherente con la protección integral del litoral, el Defensor del Pueblo Andaluz estimaba necesario que, con independencia de a quién correspondiera la aprobación del plan urbanístico, este fuera supervisado por un órgano autonómico, de ahí que recomendara crear dentro de las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo, un órgano y/o una subcomisión en la que se puedan tratar las cuestiones afectantes a este ámbito. En todo caso, recomendó que se dotaran presupuestariamente los puestos de Asesores Técnicos previstos para este fin en las Delegaciones Provinciales.

5.1.2.3. La Coordinación y colaboración en la consecución de los objetivos de las Directrices

Línea de actuación que las Administraciones, los Organismos y las Entidades Públicas que se desarrollaran sobre el espacio litoral, ha de ser concertada y coordinada¹²⁴, entre otros motivos porque el distinto tratamiento que exige la morfología del Litoral nunca coincide con un término municipal determinado y porque no es posible realizar una actuación que no tenga consecuencias en las zonas limítrofes.

¹²⁴ Artículo 6 de las Directrices del Litoral.

En distintas partes de este trabajo hemos hablado de forma reiterativa de la importancia que tenía contar con un instrumento de Ordenación y Protección del Litoral, y de la trascendencia de que la Junta de Andalucía haga uso del ejercicio de las competencias en materia de Ordenación del Territorio que le otorga el Estatuto Andaluz, haciéndose presente en nuestra Comunidad la posición que sobre esta cuestión tengan nuestros poderes públicos en un espacio en el que se han acumulado la mayor cantidad de agresiones y de las que se hacía todo un muestrario en la exposición de motivos de la Ley 22/88, de Costas. De ahí, que requiera ser considerada la respuesta que los Ayuntamientos dieron al Defensor del Pueblo Andaluz sobre cuál es su criterio, su juicio de valor, sobre las Directrices. La conclusión a la que podemos llegar sobre este extremo es que, de los que contestaron (19), 13 hacían una valoración positiva, 2 negativa y 4 de los municipios encuestados las consideraban mejorables. Sin embargo, es importante destacar, pues ello es exponente de la idea que manifestábamos al principio del desconocimiento que se traslucía en las respuestas de los Ayuntamientos sobre este asunto, que 40 municipios, nada más y nada menos que el 67% de los encuestados no respondieron a esta pregunta que exigía un conocimiento previo real del contenido de las Directrices y un posicionamiento sobre las mismas.

De las respuestas recibidas y de la propia previsión de las Directrices, se deduce la necesidad de crear unos mecanismos organizativos y procedimentales que permitan una mayor integración de las actuaciones sectoriales sobre este ámbito, pese a que los Servicios Centrales de la Consejería de Obras Públicas y Transportes estimaron en la entrevista que el Defensor del Pueblo Andaluz mantuvo con ellos que era mejor aprovechar la organización existente en las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo, y no crear órganos ni procedimientos nuevos a tal fin, con lo cual conseguían, según ellos, que las Directrices se incorporaran a los diversos planeamientos que se vayan elaborando. Sin embargo, en la práctica, el Comisionado Parlamentario Autonómico, comprobó que esta incorporación no se había producido, a excepción de un plan¹²⁵. Como consecuencia de esta realidad, el Defensor del Pueblo Andaluz valoró que no eran suficientes estas Comisiones provinciales para resolver la diversidad de cuestiones intersectoriales e interadministrativas que se pueden plantear en orden a la actuación coordinada de la Administración, por esta razón, al menos, habría que crear una Subcomisión específica con estas competencias, toda vez que el amplísimo contenido de las

¹²⁵ El Defensor del Pueblo Andaluz se refería al Plan General de Ordenación Urbana del Puerto de Santa María.

Directrices desborda las competencias que hoy por hoy tienen las Comisiones Provinciales citadas.

La metodología de las Directrices del Litoral debió haber incorporado actuaciones concretas y precisas dentro de un programa y unos objetivos de coordinación, que debe presidir toda actuación de las Administraciones Públicas sobre un mismo espacio, asumiendo formalmente compromisos, vía convenio. De ahí que el Defensor del Pueblo Andalúz sugiriera que, en orden a impulsar la definitiva realización del deslinde en nuestra Comunidad, se formalicen convenios de colaboración entre la Administración Autónoma y la Local con la Administración Central, encaminados a la consecución de delimitar de manera el territorio comprendido dentro del dominio público marítimo-terrestre y que las subvenciones y ayudas incorporadas a los convenios de colaboración y/o de cooperación se han de realizar preferentemente en el marco de las agrupaciones de municipios en calidad de entidades de carácter finalista que permitan optimizar las inversiones que se realicen y otorgar tratamientos de conjunto, desincentivando la realización de actuaciones aisladas que, incluso y en casos extremos, pueden ir en contra de las actuaciones generales que se estén realizando, resultando, al mismo tiempo, económicamente más costosas. El Defensor del Pueblo concluye proponiendo dar un tratamiento de conjunto a los problemas similares que se puedan plantear, tanto con la Comunidad Autónoma limítrofe de Murcia, como con el territorio de Portugal (Algarve) y con las distintas Entidades Locales del litoral, con lo que se ha de fomentar la firma de Convenios bilaterales o acuerdos de cooperación destinados tanto a la protección territorial de nuestro litoral, como a la ordenación y protección de la riqueza pesquera y cultivos marinos, en el marco de la legislación del Estado, y en aras a la protección de nuestro litoral y al ejercicio de las legítimas competencias en materia de Ordenación del Territorio de nuestra Comunidad.

La firma de estos convenios y acuerdos favorecerán la coherencia global de la actuación administrativa en el litoral asentándose en un plan o programa que, como prevé el artículo 6.4 de las Directrices, articule y concrete las actuaciones a realizar en el marco de las Directrices.

5.1.2.4. Seguimiento del cumplimiento de las Directrices

Visto todo ello, las Directrices del Litoral han creado un marco de referencia a la hora de establecer una normativa o planeamiento territorial regulador de nuestro litoral. Este marco de referencia debe examinarse a la luz de su aplicación, de su falta de aplicación y de sus disfuncionalidades a lo largo de estos años desde su entrada en vigor.

Las propias Directrices otorgan una relevancia especial al seguimiento constante de la realidad sobre la que pretenden incidir, previendo actualizaciones periódicas de si mismas. Con ese fin se expresa la necesidad de que los Organismos, Entidades y Administraciones Públicas que actúan dentro del ámbito de las Directrices, se apoyen mutuamente en la obtención de información y en su análisis¹²⁶. Pues bien, esa colaboración ha estado lejos de desarrollarse en los términos que sería deseable, toda vez que de los municipios encuestados por el Defensor del Pueblo Andaluz sólo 11 (un 18%) han considerado buena la coordinación y colaboración existente entre Administraciones. Sobre esta cuestión, la respuesta de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, fue tan sincera como escueta, en el sentido de que existe poca colaboración en general y no sólo del Departamento de Costas sino del resto de las Consejerías.

Es lamentable que primero se manifieste una voluntad decidida de ordenar el territorio y que luego, en orden a la ejecución y seguimiento de las Directrices, se ignore el resultado, pues desde 1990 a 1995, la Consejería de Obras Públicas y Transportes tenía que haber elaborado dos informes de seguimiento que no se han hecho. En consecuencia, el Defensor del Pueblo Andaluz recomendó que se realizara a la mayor urgencia, el informe de seguimiento a que se refiere el artículo 48 de las Directrices.

Dada la amplitud de objetivos que comprende éste, hay que destacar que la redacción del mismo se considera ineludible e imprescindible para realizar un estudio comparativo de la situación del litoral en 1990 y la actual, derivada del grado de cumplimiento de las Directrices. Este Informe de seguimiento evitaría tener que partir de cero a la hora de elaborar, si ello se estima procedente, un nuevo documento de ordenación de nuestro Litoral; en otro supuesto, permitiría la adaptación y modificación de las Directrices a que se refiere el artículo 49 del Decreto 118/90. En cualquier caso, el informe de seguimiento a que se refiere el citado artículo 48 de las Directrices del Litoral, debería realizarse con carácter previo a la aprobación del Plan de Ordenación del Territorio Andaluz y, de haberse realizado, debería haberse sido tenido en cuenta en el Documento de Bases y Estrategias que ha de orientar los preceptos del mencionado Plan.

¹²⁶ El artículo 47 del Decreto 118/1990, de 17 de abril,

5.2. Queja de oficio 97/1602 motivada por la ausencia de respuesta expresa e individualizada a las resoluciones del Informe Especial sobre la Ordenación y Protección del Espacio Litoral

Cuando había transcurrido un plazo prudencial desde que le fueran remitidas las Recomendaciones y Sugerencias que contenía el Informe Especial sobre la posición de las Administraciones Públicas ante las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, a la Consejería de Obras Públicas y Transportes, el Comisionado Parlamentario Andaluz abrió de oficio la *queja 97/1602* con objeto de que el Consejero, desde su ámbito de competencias, le remitiera una respuesta expresa e individualizada a estas resoluciones, de manera que el Defensor del Pueblo Andaluz pudiera determinar si las mismas habían sido acogidas por la Consejería y plazo en que se fueran a llevar a término y, de no ser así, las razones que desaconsejaran su ejecución o motivos, de diversa índole, que lo impidieran¹²⁷.

En su respuesta, el Consejero de Obras Públicas y Transportes reconoció que no se había llevado a efecto la publicación de las normas de las Directrices del Litoral, pero que las mismas venían siendo aplicadas por las Comisiones Provinciales de Urbanismo¹²⁸. Asimismo, afirmaba que el informe de seguimiento previsto en las Directrices, tampoco se había llevado a cabo. Por otro lado, no daba respuesta expresa a todas las resoluciones que se habían dictado con motivo del estudio especial antes mencionado. Con esta respuesta el Defensor del Pueblo dio por concluidas sus actuaciones en la tramitación de este expediente de queja y procedió a su archivo.

Cómo conclusión a toda la investigación llevada a cabo por el Defensor del Pueblo Andaluz hay que afirmar que las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía cuya aprobación, en su día, valoramos como un instrumento positivo, no han tenido una efectiva vigencia y aplicación en nuestro territorio, no han servido para frenar el proceso de deterioro de los valores de nuestro litoral. Sino que por el contrario han servido para poner de manifiesto la escasa capacidad de nuestra estructura territorial administrativa para abordar de forma sistemática y con arreglo a programas cada una de las materias con las que se interrelaciona una actividad como la de la planificación territorial y urbanística.

¹²⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 110 – 112.

¹²⁸ Al respecto de la necesidad de la publicidad de las normas de difícil conocimiento ver la STC 179/1989, de 2 de noviembre en su fundamento jurídico segundo. Ponente Luis López Guerra.

6. Adecuado nivel de calidad de las aguas, de la ribera del mar y de la arena de las playas

Una de las finalidades perseguidas por la Ley de Costas es la de conseguir y mantener un adecuado nivel de calidad de las aguas y de la ribera del mar, ya que, la Directiva 76/160/CEE, relativa a la calidad de las aguas de baño, define a éstas como aquellas aguas continentales, corrientes o estancadas, o marinas en las que el baño está expresamente autorizado o no está prohibido y es practicado tradicionalmente por un número importante de bañistas. La garantía de una adecuada calidad de las aguas de baño exige, entre otras actuaciones, una estricta regulación y vigilancia de los vertidos.

El problema de la contaminación de las aguas de baño y de la ribera del mar se reconduce, como muy bien enuncia el Defensor del Pueblo Andaluz, al déficit histórico que arrastra, en infraestructuras de saneamiento y depuración, en el territorio andaluz, a veces inadecuadas, a veces inexistentes, resultado de procesos de crecimiento y desarrollo poco armónicos con una racional ordenación del territorio, y en la mayoría de los casos, ajenos a la protección y conservación del medio natural¹²⁹.

El artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local atribuye a los Ayuntamientos la competencia para el saneamiento y el tratamiento de las aguas residuales. Ahora bien, el coste de las inversiones de la creación de la infraestructura necesaria para el saneamiento es muy importante, llegándose a dar el caso de que el proyecto de saneamiento de algunos Ayuntamientos llega a representar el presupuesto anual de un quinquenio¹³⁰.

Por esta razón, el problema se centra en determinar el grado de incapacidad de las Administraciones Locales para asumir el coste económico de la superación de la situación de deficiencias estructurales. Toda esta problemática hace que necesariamente éste asunto sea de alcance global, no siendo posible circunscribir las

¹²⁹ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, “*Reflexiones sobre la calidad de las aguas en el ordenamiento jurídico español*”, Revista de Derecho Ambiental número 65, 1990, págs. 5 – 15 y MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, Derecho de aguas, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

¹³⁰ El Defensor del Pueblo Andaluz en su Informe Especial sobre el Estado Sanitario y Ambiental de las Playas Andaluzas, elaborado en 1991, exponía datos muy elocuentes. Así, informaba que el Ayuntamiento de Algeciras estimaba que su Proyecto de Saneamiento Integral costaría unos 2000 millones de las antiguas pesetas, y unos 1200 el Plan de Barbate, Ver págs 104 y 105 del citado Informe especial.

soluciones al campo municipal, pues se requiere una actuación coordinada con otras Administraciones, sobre todo la autonómica y provincial, a través de la planificación de las obras e instalaciones, la ejecución de obras y, principalmente, la gestión de las instalaciones correspondientes¹³¹.

El Defensor del Pueblo Andaluz en su Informe Especial sobre el Estado Sanitario y Ambiental de las Playas Andaluzas, elaborado en 1991, realizaba una afirmación también válida en nuestros días: “*Lo curioso de esta situación es que se advierte que en infraestructuras de saneamiento se asiste a un proceso de marcha atrás, más degenerativo que creativo. Se puede observar esta circunstancia sobre el terreno, comprobándolo en cada pueblo*”¹³².

Las razones de este progresivo deterioro de la infraestructura de saneamiento se asientan o bien en que no han realizado ningún tipo de actuación en la construcción de las instalaciones necesarias o cuando se han realizado no se ha previsto los mecanismos de gestión y financiación que hagan posible su correcto funcionamiento. Como consecuencia de ello, cuando se ha actuado, y se han invertido importantes cantidades de dinero para la construcción de la infraestructura básica de saneamiento, con el tiempo su mantenimiento ha sido inviable para la economía de los Ayuntamientos. En el informe especial, los Ayuntamientos llegaron a reconocerle al Defensor del Pueblo Andaluz que no podían mantener con sus presupuestos las depuradoras que en su día fueron construidas y que después se han tenido que cerrar¹³³. Queda claro por tanto que el problema no acaba con la creación de la infraestructura, sino que es necesario establecer un sistema de gestión que garantice su mantenimiento. De ahí que entre sus recomendaciones el Defensor del

¹³¹ Vid. ORÓN MORATAL, Germán, “*Financiación del saneamiento y depuración de aguas residuales*”, REALA número 269, 1996, págs. 9 – 31.

¹³² Ver el Informe citado, especialmente las páginas 81 – 88.

¹³³ El diagnóstico de la situación del saneamiento por provincias que reflejó el Defensor del Pueblo Andaluz en el Informe especial de 1991, era desolador, así en la provincia de Granada se constataba que la situación de depuración de vertidos era inexistente; en Cádiz quedaba prácticamente todo el camino por recorrer, ya que, o no se había realizado ningún tipo de actuación, caso del interior de la provincia, o cuando se habían realizado, no se habían previsto los mecanismos de gestión y financiación que hicieran posible su correcto funcionamiento. En la provincia de Huelva prácticamente no existían infraestructuras de depuración y el 85% de la población no tenía unificado ni siquiera los vertidos, realizándose estos en múltiples puntos muy próximos a zonas habitadas. En Málaga, el 30,8 % de la población carecía de cualquier tipo de tratamiento y vertían sus aguas a cauces interiores, el 44,12 % de la población tenían o estaban a punto de tener un sistema de saneamiento y depuración adecuada con vertido al mar, 20,4% vertían al mar mediante emisarios sin tratamiento y sin una garantía de la suficiencia del emisario submarino y un 4,3% vertía a cauces interiores. Por último, en la provincia de Almería, el estado de las redes no era bueno para el 50% de la población.

Pueblo Andaluz consideraba urgente, ya en 1991, que los municipios se integraran en unidades de gestión asociativas, estos es, en Mancomunidades de Municipios¹³⁴.

En su investigación el Defensor del Pueblo Andaluz constató dos realidades: vio muchas depuradoras cerradas, o funcionando irregularmente porque el Ayuntamiento no podía sufragar los costes de mantenimiento y las depuradoras de las urbanizaciones particulares se encontraban sin funcionamiento en la mayoría de los casos, vertiendo directamente a los cauces públicos¹³⁵.

Esta situación es conocida por todas las Administraciones Públicas e igualmente son conocidas las soluciones: la realización de fuertes inversiones para la dotación de infraestructuras; el establecimiento de un régimen de gestión y financiación operativo y viable y, por último, propiciar el concurso de todas las Administraciones públicas competentes, es decir, de la Administración estatal, autonómica y local, desterrado situaciones de incomprensión y abandono de las que el Defensor del Pueblo Andaluz fue fedatario en su Informe Especial sobre el Estado de la Sanidad Ambiental de las Playas Andaluzas¹³⁶.

¹³⁴ El Defensor del Pueblo Andaluz ponía el ejemplo de la Mancomunidad de Aguas de la Costa de Huelva para el saneamiento y el abastecimiento de las aguas (como ya existe en la costa del Sol Occidental, que por cierto cuenta con un importante déficit presupuestario, motivado, entre otras razones, por las importantes cantidades que adeudan los municipios que la componen y que ha provocado grandes tensiones entre éstos y la propia Comunidad). La Mancomunidad había establecido un dispositivo de saneamiento en Punta Umbría, el Rompido y Matalascañas, y en breve comenzaría Palos de la Frontera y Moguer y durante 1992, pretendía implantarse. El Defensor consideraba que esta iniciativa era importante porque, además de integrarse una fuerte inversión (se estimaba en más de 2.000 millones de pesetas, financiando la mitad la Junta de Andalucía), la propia Mancomunidad gestionaría la conservación de las instalaciones.

¹³⁵ Informe Especial sobre el Estado Sanitario y Ambiental de las Playas Andaluzas, elaborado en 1991, págs. 75 – 106.

¹³⁶ El Defensor del Pueblo Andaluz recibió las quejas de los Ayuntamientos frente a la supuesta incomprensión de la Dirección General de Obras Hidráulicas ante su problema de saneamiento. Concretamente, en la costa de Cádiz esperaban un llamado Plan de Saneamiento Integral de la Junta de Andalucía con el que aspiraban a resolver sus deficiencias. En Motril, informaban de la incapacidad material para crear la infraestructura sanitaria, etc. También en la costa almeriense arreciaban las críticas contra la gestión de la Dirección General de Obras Hidráulicas, porque se sentían abandonados y denuncian la falta de infraestructura necesaria para atender el saneamiento de las aguas. Concretamente, en el Ayuntamiento de Carboneras se lamentaban que llevaban cuatro años detrás de la Dirección General para recibir algún tipo de ayuda, sin éxito alguno hasta el momento.

6.1. Vertidos de aguas residuales al mar

Por noticias publicadas en diversos medios de comunicación de la comarca del Campo de Gibraltar, el Defensor del Pueblo Andaluz tuvo conocimiento de la existencia de vertidos de aguas residuales urbanas, algunos sin colector dentro del mar, vertiéndose directamente en las playas, así en la playa de Poniente en la Línea de la Concepción. También tuvo conocimiento de vertidos en San Roque a través del río Pino y el arroyo Madre vieja, que desemboca en el río Guadarranque, y éste a su vez en la bahía, y que recibe las aguas residuales de las barriadas de La Estación y Taraguillas¹³⁷.

La institución andaluza ponía de manifiesto que el problema de las aguas residuales urbanas en la citada comarca era especialmente grave al existir además otros afluentes contaminantes de origen industrial, correspondiendo a la Consejería de Medio Ambiente las actuaciones relativas a los vertidos y usos de la zona de servidumbre e influencia.

Como consecuencia de que dichos vertidos y, por ende, las carencias o deficiencias en el tratamiento de aguas residuales podían afectar en mayor o menor medida, al derecho a la salud de los ciudadanos, y en todo caso, al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado conforme a nuestro texto constitucional, el Defensor del Pueblo Andaluz solicitó informe a todas las Corporaciones locales, a los órganos autonómicos competentes y a la Administración estatal hidráulica sobre significativos puntos que permitieron hacer un diagnóstico certero de la situación de las aguas.

En la petición de informe relativa a los puntos de vertidos, de aguas y productos residuales urbanos al dominio público marítimo-terrestre y zonas de servidumbre de protección e influencia a través de redes municipales de saneamiento, inscritos en el Registro previsto, conforme a las autorizaciones concedidas en base al Decreto 334/1994, de 4 de Octubre, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de autorizaciones de vertido al dominio público marítimo-terrestre y de uso en zona de servidumbre de protección y el Decreto 14/1996, de 16 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento de la calidad de las Aguas litorales, la Confederación Hidrográfica del Sur, Organismo al que le corresponde la autorización administrativa y control de los vertidos que se practiquen directa o indirectamente sobre aguas continentales o zona de dominio público

¹³⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 502.

hidráulico, conforme a la Ley de Aguas, informaba que se tenía constancia de tres vertidos en el Municipio de Algeciras, procedentes de distintas Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales a sus ríos limítrofes y de dos vertidos en el municipio de Los Barrios procedentes también de distintas depuradoras. Además se tenía constancia de vertidos procedentes de depuradoras en diversos ríos y arroyos de la zona.

La Delegación Provincial de Cádiz de la Consejería de Medio Ambiente informó que los puntos de vertidos de aguas residuales inventariados con sus características principales, no se encontraban inscritos en el Registro previsto al efecto en el artículo 63 de la Ley 7/1994, debido a que los Ayuntamientos de los Barrios y San Roque, no habían iniciado los trámites y, los Ayuntamientos de Algeciras y La Línea habían iniciado el procedimiento, que aún estaba en trámite. Por esta razón, el Defensor del Pueblo Andaluz formuló a la Delegación Provincial citada, una Recomendación para su traslado al Director General de Protección Ambiental, en el sentido de que se reiterara la exigencia a los Ayuntamientos para que efectuaran los trámites de regularización de los vertidos de aguas residuales en sus correspondientes términos municipales.

En la petición de informe sobre las inspecciones realizadas en el año 1996, sobre vertidos urbanos, y periodicidad de las mismas, indicando el resultado de los mismos, la Confederación Hidrográfica del Sur comunicaba que existía un servicio de Guardería Fluvial que realizaba inspecciones periódica en la zona y, en el Municipio de La Línea de la Concepción, existía una Estación de bombeo de aguas residuales al Río Cachón y al mar. Como consecuencia de las inspecciones se habían incoado durante 1996 los expedientes sancionadores, al Ayuntamiento de San Roque; a una Industria en la Barriada Pelayo de Algeciras así como a la Urbanización San Miguel en Algeciras. Como consecuencia de la información recibida el Defensor del Pueblo Andaluz instó a la Confederación Hidrográfica del Sur a que se continuara con la actividad de control de los vertidos autorizados, a que se intensificara la inspección de los vertidos incontrolados, así como a que se agilizara la resolución de los expedientes sancionadores incoados que estuvieran en trámite.

En la petición de informe sobre la existencia de Programa de vigilancia y control sobre calidad de vertidos, conducción de vertidos y medio receptor de los vertidos de aguas y productos residuales urbanos, la Delegación Provincial de Medio Ambiente, en cuanto al grado de depuración existente, que el municipio de Algeciras vertía la mayoría de sus aguas residuales sin depurar, al dominio público marítimo-terrestre por el punto de vertido denominado Isla Verde. Mientras que Los Barrios depuraba prácticamente la totalidad de sus aguas residuales, si bien los

vertidos mayoritarios, procedentes del centro urbano, se vertían previamente depurados al dominio público hidráulico. Por su parte San Roque vertía al dominio público marítimo-terrestre, sin depuración previa, aproximadamente el 20% de sus aguas residuales urbanas y La Línea vertía la mayoría de sus aguas sin depurar a través de un emisario de 1200 m. a la altura de la plaza La Atunara.

Los resultados analíticos de las inspecciones y muestreos periódicos realizados por la Empresa de Gestión del Medio Ambiente demostraban una contaminación apreciable en la Bahía de Algeciras, destacando, según estudio de investigación efectuado por el laboratorio de Biología Marina de la Universidad de Sevilla, por su alto grado de contaminación por vertidos urbanos la dársena del Saladillo en Algeciras, con un colector que realizaba grandes vertidos, produciéndose en dicha zona un índice de biodiversidad próximo a cero en el medio marino. Considerando la afectación negativa que producían en a la biodiversidad del medio marino y en la sanidad ambiental, el Defensor del Pueblo Andaluz recomendó que se incrementara la vigilancia y el control de los vertidos que se efectuaban al Dominio público marítimo-terrestre.

La Delegación Provincial de Salud, órgano autonómico al que le corresponde no sólo las medidas de prevención de la salubridad y control de la sanidad ambiental, conforme al Decreto 195/85, de 28 de Agosto, sino también la vigilancia sanitaria sobre las playas conforme al Decreto 178/1994, de 19 de Junio, comunicó que dentro del Programa de Vigilancia Sanitaria de Playas que desarrollaba anualmente¹³⁸, no se habían detectado vertidos directos de aguas residuales a las diferentes zonas de baño vigiladas y catalogadas, a excepción de los vertidos que se producían de forma discontinúa en la línea de costa de la playa de Poniente del término municipal de la Línea de la Concepción. Así mismo completaba que todas las playas del Campo de Gibraltar, habían sido clasificadas en buenas condiciones Higiénico-Sanitarias, a excepción de la Playa de Poniente.

Cómo consecuencia de esta información y de la remitida por otros órganos consultados, se observaban deficiencias notables en los sistemas de depuración de aguas residuales que si bien no producían riesgos graves para la salud, sí generaban malestar social ante la deficiente calidad estética de las zonas de baños, sobre todo en la Playa de Poniente del Municipio de La Línea de la Concepción, en la que se

¹³⁸ Mediante el Programa de Vigilancia Sanitaria de Playas, la Delegación Provincial realiza inspecciones periódicas al objeto de detectar posibles vertidos en zonas de baño, comunicándolo a los Ayuntamientos responsables, para que efectúen las medidas correctoras necesarias.

producen vertidos directos sin depurar. Por esta razón el Defensor del Pueblo Andaluz le formuló una Recomendación a la Delegación Provincial de Salud en el sentido de incrementar la vigilancia sanitaria y ambiental en los puntos de vertidos de aguas residuales en el mar y zona marítimo-terrestre, al objeto de prevenir los posibles efectos nocivos para la salud humana en zonas de baño, así como en zonas de dominio público hidráulico en coordinación con los Ayuntamientos, Confederación Hidrográfica del Sur y Consejería de Medio Ambiente.

En la petición de información sobre los expedientes disciplinarios incoados durante el año 1996, por la comprobación de vertidos directos de aguas y productos residuales, urbanos, con indicación del resultado de la actuación y sanción impuesta. Así como las actuaciones enviadas al Ministerio Fiscal por existir indicios de delito ecológico, la Delegación provincial de Medio Ambiente comunicaba que, al no existir autorizaciones de vertidos, no se producían actos de control y seguimiento, pues las condiciones que han de cumplir, han de venir reflejadas en la correspondiente autorización autonómica. Ello tenía como consecuencia que no se iniciaran procedimientos sancionadores por vertidos con arreglo a la Ley 7/1994, pese a que fueran ilegales, pero por incumplimiento de la Ley de Costas si se habían iniciado expedientes sancionadores contra los cuatro municipios, sin que por el momento se hubieran enviado actuaciones al Ministerio Fiscal.

No obstante lo anterior, la Delegación comunicaba que estaba previsto iniciar diligencias contra los Ayuntamientos que no presentaran la correspondiente solicitud y documentación justificativa que garantizara el cumplimiento de las fechas marcadas por el Real Decreto-Ley 11/95 para depuración de las aguas residuales urbanas. Como consecuencia, la Institución andaluza, formuló a la Delegación Provincial citada, una Recomendación para su traslado al Director General de Protección Ambiental, en el sentido de que se agilizará la resolución de los expedientes sancionadores incoados en base a la Ley de Costas.

Con relación a las Entidades Locales afectadas, la petición de informe se refería a si el Municipio contaba con Estación Depuradora de Aguas residuales, o cualquier otro sistema de saneamiento y si se tenía constancia de que los vertidos de aguas residuales urbanas, se efectuaban directamente al mar, indicando, si existía emisario submarino para su evacuación. La respuesta a esta cuestión informaba que la mayoría de las depuradoras de los núcleos urbanos en funcionamiento se encontraban infradimensionadas, para los caudales que estaban recibiendo; existían deficiencias en los sistemas de bombeo y redes de alcantarillado, en las que se producían obstrucciones, que exigían un control periódico, para su limpieza y reparación. Como consecuencia de esta información, el Defensor del Pueblo Andaluz

recomendó que se agilizara la implantación del servicio municipal obligatorio de depuración y tratamiento de aguas residuales en el municipio, todo ello con la colaboración técnica y económica de las Administraciones Autonómica y Estatal competentes al objeto de cumplir los plazos máximos previstos en el Real Decreto Ley 11/1995, de 28 de Diciembre.

La petición de informe a los Ayuntamientos sobre si se tenía consignación presupuestaria prevista para la ejecución del sistema de saneamiento, ya fuera solo, o asociado con otros Municipios, y en colaboración con otras Administraciones Públicas, no generó respuesta de los Ayuntamientos de San Roque y La Línea. Sin embargo, en el completo informe enviado por el Ayuntamiento de Algeciras figuraba que estaba aprobada una cantidad cercana a los mil millones de las antiguas pesetas para la construcción de colectores a lo largo de toda la costa que bordea la ciudad, y el tratamiento del total de las aguas en una gran Estación Depuradora de Aguas Residuales con tratamiento primario, secundario, digestión y secados de fangos y desodorización, que se quería instalar en las inmediaciones del “Rinconcillo”. Para la culminación de estas obras estaba preparándose una tercera fase del plan de inversiones al objeto de conseguir la financiación que ascendía a un coste que superaba los tres mil millones de las antiguas pesetas. Por su parte, el Ayuntamiento de Los Barrios comunicaba que en el presupuesto municipal del año 96, existía consignación para ejecución del sistema de saneamiento por un importe cercano a los veintitrés millones de nuestra antigua moneda.

Ante la petición de informe a los Ayuntamientos relativa a si se habían llevado a cabo actuaciones de vigilancia y sanción por vertidos urbanos sin depurar en las playas, mar, cauces o suelo, los Ayuntamientos consultados manifestaban que las actuaciones de control municipal de los vertidos y la vigilancia de las redes de saneamiento, se llevaban a cabo, aunque nada se informó sobre resultado de control en cuanto a sanciones por vertidos directos, potestad en cuyo ejercicio no se han prodigado los Ayuntamientos consultados, aunque el Ayuntamiento de Los Barrios se pronunció expresamente diciendo que habían recibido denuncias pero no tenían constancia de vertidos directos al mar. Por esta razón el Defensor del Pueblo Andaluz recomendaba a los Ayuntamientos a que se ejerciera más rigurosamente el control y la vigilancia sobre los vertidos de aguas residuales urbanas a las playas o al mar, así como a cauces públicos en colaboración con el organismo de cuenca, imponiendo, en los casos en los que fuera procedente, las sanciones correspondientes.

Con relación a la petición de informe a los Ayuntamiento sobre la aprobación de una Ordenanza Municipal reguladora del uso de las Playas, adecuada al Decreto

178/84, de 19 de Junio, sobre vigilancia sanitaria ambiental de las playas de Andalucía, respondieron afirmativamente el Ayuntamiento de Algeciras y negativamente los Ayuntamientos de la Línea de la Concepción y los Barrios, mientras que el Ayuntamiento de San Roque informaba sobre la aprobación de un Plan anual de Explotación de Playas, pero también carecía de una Ordenanza en la materia. Ante esta situación el Defensor del Pueblo Andaluz les sugirió a las Entidades Locales mencionadas que elaboraran y aprobaran una Ordenanza reguladora del uso de las playas, sin perjuicio de la aprobación del Plan municipal de limpieza de playas, todo ello con sujeción al Decreto 174/1984, de 19 junio, sobre vigilancia sanitaria y ambiental en Andalucía.

Ante la petición de información sobre la aprobación de una Ordenanza Municipal reguladora de la protección del medio ambiente, en la que se incluyeran los vertidos de aguas residuales, el Ayuntamiento de Algeciras informó que contaba con una Ordenanza reguladora de las Tasas por prestación del Servicio de Saneamiento, el Ayuntamiento de La Línea respondió que no contaba con ninguna ordenanza de este tipo, mientras que los Ayuntamientos de Los Barrios y San Roque mantenían unas obsoletas Ordenanzas aprobadas en la primera mitad de los años ochenta. Para suplir estas carencia y proceder a la adaptación del ordenamiento jurídico a las nuevas realidades, el Defensor del Pueblo Andaluz recomendó a los Ayuntamientos que elaboraran y aprobaran una Ordenanza reguladora de la protección del medio ambiente, en la que se incluyeran los vertidos de aguas residuales, adaptándose a las previsiones contenidas en el Decreto 14/1996, de 16 de enero, que aprueba el Reglamento de calidad de las aguas litorales y sus normas de desarrollo.

De la información recibida por los Ayuntamientos se observaban carencias y deficiencias notables en cuanto a los sistemas de saneamiento de aguas residuales, aunque tenían previsiones en cuanto a la aplicación de un sistema de saneamiento integral, en base a incursiones con recursos propios y comunitarios y en colaboración con la Consejería de Obras Públicas y Ministerio de Medio Ambiente en el marco del Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales Urbanas.

Un papel protagonista en la consecución de estos objetivos posee la Consejería de Obras Públicas y Transportes, pues tiene asignada la competencia sobre saneamiento y obras hidráulicas en la Comunidad Autónoma, a través de la Dirección General de Obras Hidráulicas. Por tanto, el principal organismo inversor en materia de saneamiento y depuración es la Consejería de Obras Públicas y Transportes, y además le corresponde la elaboración del Plan de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales de Andalucía. La información facilitada por su

Delegación Provincial contenía datos de previsiones de instalaciones de depuración de aguas residuales, a través del desarrollo de Convenios con Ayuntamientos, con la Mancomunidad y con el antiguo Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente. Dicha información resultaba confusa, pues había habido modificaciones por la entrada en vigor de instrumentos convencionales posteriores, que ni siquiera se le había reseñado al Defensor del Pueblo Andaluz por parte de la Consejería, como era el fundamental Convenio entre el Ministerio y la citada Consejería, suscrito el 27 de Febrero de 1995¹³⁹ entre los titulares de ambos Departamentos, sobre actuaciones del Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales.

En las informaciones facilitadas se constató una insuficiente coordinación, dado los resultados obtenidos, entre las distintas Administraciones intervinientes en las actuaciones a desarrollar. A este respecto, el Defensor del Pueblo Andaluz consideraba que la Consejería de Obras Públicas era la principal responsable pues a ella le corresponde la elaboración del Plan Regional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales, cuya aprobación estaba comprometida en el citado Convenio, antes del 31 de Diciembre de 1995. A juicio del Defensor, el Plan Regional debería abordar no sólo actuaciones tendentes a la ejecución de nuevas infraestructuras, sino también actuaciones complementarias, entre las que deberían ser prioritarias la ampliación y mejora de las instalaciones existentes, la incorporación de tratamiento secundario donde un primario fuera insuficiente, así como la reutilización de las aguas depuradas para usos del agua compatibles con la cantidad obtenida en las estaciones depuradoras (riego de determinados cultivos, campos de golf, recarga de acuíferos...), medida ésta especialmente importante en zonas de recursos escasos¹⁴⁰.

Igualmente se constataba la disparidad existente en las tipologías de tratamiento en función de la mayor o menor exigencia de las autoridades competentes, de estrategias diversas de control de vertidos, del nivel de recursos económicos o incluso del diferente grado de prioridad atribuido en cada lugar a los problemas medioambientales.

El análisis por el Defensor del Pueblo de los datos que anteceden determinó la redacción a la Delegación de Obras Públicas y a Dirección General de Obras Hidráulicas, de las siguientes resoluciones: una Recomendación en orden a implantar

¹³⁹ Publicado en el BOE nº 126, de 24 de Mayo de 1996.

¹⁴⁰ El Defensor en su Informe anual de 1997 dejaba constancia de que el Parlamento, a través de la Comisión de Medio Ambiente, había aprobado una Proposición no de Ley sobre estas cuestiones, en sesión celebrada el 24 de Septiembre de 1996, pag. 502.

medidas financieras, técnicas y de coordinación con las distintas Administraciones implicadas para agilizar la ejecución y puesta en funcionamiento de los sistemas de saneamiento, garantizando el cumplimiento de los plazos exigidos en la Directiva 271/91 y Real Decreto Ley 11/95, de 28 de Diciembre y una Sugerencia concretada en la elaboración y aprobación, sin más dilación, del Plan Regional de Saneamiento y Depuración en coordinación con el Plan Nacional, así como el estudio de la creación por Ley de un canon de saneamiento similar al existente en otras Comunidades Autónomas, con la finalidad de contribuir a la financiación de la política conservadora y restauradora de la calidad de las aguas, que requiere la participación de todos los ciudadanos, aplicando en estas posibles medidas tributarias el principio de capacidad económica.

El Comisionado Parlamentario Autonómico justificaba la formulación de tal Sugerencia por ser conforme con las directrices contenidas en el V Programa Comunitario de Política y Actuación en materia de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Informe de la Comisión sobre la aplicación del referido Programa, filosofía aplicable por extensión a todos los ámbitos territoriales de la Unión Europea, como integradora del concepto de responsabilidad compartida y, por ser acorde también con los principios establecidos al efecto en el Plan Andaluz de Medio Ambiente 1995-2000.

6.2. Demora de la construcción de una depuradora de aguas residuales

En el expediente de *queja 98/1939*, los interesados denunciaban la demora en la construcción de una Depuradora de Aguas Residuales para los municipios de San Fernando y Cádiz¹⁴¹. En el escrito de queja se manifestaba que concretamente el municipio de San Fernando vertía sus aguas residuales sin depurar en el interior del Parque Natural de la Bahía de Cádiz, cuya gestión y protección corresponde a la Consejería de Medio Ambiente. Igualmente se comunicaba, que en los siete años inmediatamente anteriores se venía anunciando el inminente inicio de las obras de construcción de una depuradora sin que hasta el momento de presentación de la queja se comenzara las obras de la misma, cuando el plazo máximo previsto finalizaba el 31 de Octubre de 1998.

¹⁴¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 524 – 532.

El Defensor del Pueblo Andaluz, tras admitir a trámite la queja, y en base a que la Ley 7/85, de 2 de Abril, reguladora de Bases de Régimen Local que atribuye competencias a los municipios en materias tales como salubridad, medio ambiente, alcantarillado, tratamiento y depuración de residuos¹⁴² y establece los servicios obligatorios, ya sea por sí o asociados, solicitó informe a los Ayuntamientos de Cádiz y San Fernando sobre los siguientes extremos: si ese Municipio contaba con Estación Depuradora de Aguas Residuales, o cualquier otro sistema de saneamiento y si se tenía constancia de que los vertidos de aguas residuales urbanas, se efectuaban directamente al mar, indicando, si existía emisario submarino para su evacuación; si el Ayuntamiento tenía consignación presupuestaria prevista para la ejecución de sistema de saneamiento, ya fuera solo, o asociado con otros Municipios, y en colaboración con otras Administraciones Públicas; si el Ayuntamiento había llevado a cabo actuaciones de vigilancia y sanción por vertidos urbanos sin depurar en las playas, mar, cauces o suelo; si tenía aprobada Ordenanza Municipal reguladora del uso de las Playas, adecuada al Decreto 178/84, de 19 de Junio, sobre vigilancia sanitaria ambiental de las playas de Andalucía y si tenía aprobada Ordenanza Municipal reguladora de la protección del medio ambiente, en la que se incluyeran los vertidos de aguas residuales.

De la información recibida de los Ayuntamientos de Cádiz y San Fernando se observaban carencias y deficiencias notables en cuanto a los sistemas de saneamiento de aguas residuales, aunque tenían previsiones en cuanto a la aplicación de un sistema de saneamiento integral, en base a incursiones con recursos propios y en colaboración con la Consejería de Obras Públicas en el marco del planeamiento sobre saneamiento y depuración de aguas residuales urbanas.

El Municipio de Cádiz contaba con dos tipos de sistemas de alcantarillado: Las aguas residuales del Cádiz Intramuros, divididas fundamentalmente en dos cuencas, vertían con sendos colectores al pie de la muralla del Vendaval (Campo Sur), a la altura de las calle San Félix y Catedral Vieja. Las aguas residuales del Cádiz Extramuros, recogidas a través del sistema separativo de alcantarillado, se vertían de manera diferente según fueran pluviales o fecales. Las pluviales directamente al mar a través de miniemisarios bien a la costa Atlántica, bien a aguas interiores de la Bahía. Las aguas fecales se conducían a través de sus correspondientes difusores a 2,5 kms. de la costa en la denominada playa de Cortadura, a la salida de Cádiz y el municipio de San Fernando carecía de sistemas

¹⁴² Artículo 25 y artículo 26, respectivamente.

de depuración adecuados, produciéndose vertidos directos que afectaban al espacio natural protegido.

En cuanto a las consignaciones presupuestarias en el documentado informe enviado por el Ayuntamiento de Cádiz figuraban las cantidades invertidas en obras de saneamiento terminadas, en ejecución o comprometidas, así como la financiación con un canon ya aprobado por el Pleno municipal en 1995, mientras que el Ayuntamiento de San Fernando comunicaba que existía financiación conjunta con la ciudad de Cádiz y otras Administraciones Públicas, entre ellas la Junta de Andalucía y la Unión Europea, pero sin embargo, no se informaba sobre el canon previsto para la financiación de las necesarias obras de saneamiento.

Por lo que se refiere al control de los vertidos y vigilancia de las redes de saneamiento, ambas corporaciones locales manifestaron que se llevaba a cabo, pero nada se informaba sobre resultado de control en cuanto a sanciones por vertidos directos.

En cuanto a la existencia de Ordenanza Municipal reguladora de los vertidos de aguas residuales, el Ayuntamiento de Cádiz manifestó que tenía aprobadas diversas Ordenanzas Sectoriales en materias relativas a Medio Ambiente que estaban siendo revisadas al objeto de actualizarlas y compendiarlas en una única que abarcara todos los aspectos medioambientales. Por su parte, el Ayuntamiento de San Fernando informó que tenía en avanzado estado de tramitación la Ordenanza de referencia.

Finalmente, en lo relativo a si contaban con Ordenanza Municipal sobre uso de las Playas, ambos Ayuntamientos respondieron negativamente.

De todo lo expuesto, el Defensor del Pueblo Andaluz entendió que pese a las deficiencias y carencias apuntadas, los Ayuntamientos tenían asumido el grave problema que en materia de saneamiento existía en sus términos, y la situación negativa que producían los vertidos de aguas residuales. Por ello, se encontró en la obligación de formular una Sugerencia y una Recomendación concretadas en la adopción de las siguientes medidas: que se agilizará la elaboración y aprobación de una Ordenanza reguladora de protección del medio ambiente, en la que se incluyeran los vertidos de aguas residuales, conforme a las competencias atribuidas en el artículo 22.2 de la Ley 2 de Abril, de Bases de Régimen Local, adaptándose a las previsiones contenidas en el Decreto 14/1996, de 16 de Enero, que aprueba el Reglamento de calidad de las aguas litorales y normas de desarrollo; que se elaborara y aprobara una Ordenanza reguladora del uso de las Playas, sin perjuicio de la aprobación del Plan municipal de limpieza de playas, todo ello con sujeción al

Decreto 194/1998, de 13 de Octubre, sobre vigilancia higiénico-sanitaria de las aguas y zonas de baño de carácter marítimo; que se ejerciera más rigurosamente el control y vigilancia sobre los vertidos de aguas residuales urbanas a las playas o al mar, así como a cauces públicos en colaboración con el organismo de cuenca, imponiendo sanciones procedentes, y que se agilizará la implantación del repetido servicio municipal obligatorio de depuración y tratamiento de aguas residuales en el municipio, todo ello con la colaboración técnica y económica de las Administraciones Autonómica y Estatal competentes al objeto de dar cumplimiento a los plazos máximos previstos en el Real Decreto Ley 11/1995, de 28 de Diciembre.

Otro de los órganos administrativos al que se le solicitó informe durante la tramitación del expediente de queja fue la Consejería de Obras Públicas y Transportes ya que a ésta le corresponde la competencia sobre saneamiento y obras hidráulicas en la Comunidad Autónoma, a través de la Dirección General de Obras Hidráulicas. Por tanto, el principal organismo inversor en materia de saneamiento y depuración es la Consejería de Obras Públicas y Transportes, que a través de dicha Dirección General de Obras Hidráulicas, le corresponde la elaboración del Plan de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales de Andalucía.

Por todo ello el Defensor del Pueblo Andaluz solicitó a la Delegación Provincial de la Consejería un informe, sobre los siguientes extremos: la existencia de un Plan o Programa de inversiones para la construcción de Depuradoras de aguas residuales urbanas, al objeto de cumplimiento de las previsiones contenidas en la Directiva 91/271, en concordancia con el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales; las obras de saneamiento y depuración de aguas residuales urbanas realizadas en dichos términos municipales, y líneas de actuación basadas en el cumplimiento de la citada Directiva 91/271, con indicación de su puesta en funcionamiento y los Convenios de colaboración u otros Instrumentos aprobados con los Municipios para garantizar la calidad de la depuración y del vertido de aguas residuales urbanas, indicando las previsiones temporales para su ejecución.

La información facilitada por la Delegación de Obras Públicas, tras reiteradas peticiones¹⁴³, contenía datos de previsiones de instalaciones de depuración de aguas

¹⁴³ La petición de Informe inicial efectuada a la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes en Cádiz, fue formulada con fecha 17 de Julio de 1998, sin que fuera atendida, por lo que, por lo que el Defensor del Pueblo Andaluz se vio obligado a reiterar en dos ocasiones dicha petición con fecha 11 de Septiembre y 30 de Diciembre de 1998, sin que recibiera respuesta por lo que, con fecha 17 de Marzo de 1999, se formuló al citado órgano advertencia formal

residuales y mejora de saneamientos interiores de las redes municipales, a través del desarrollo de convenios con los Ayuntamientos afectados y otras actuaciones en coordinación con la Delegación Provincial de Medio Ambiente, RENFE y Demarcación de Carreteras del Estado.

Así se tenía elaborado un proyecto en el que constaban las siguientes actuaciones: la Construcción de una Estación Depuradora de Aguas Residuales en el término municipal de Cádiz; la existencia de colectores principales de Cádiz y San Fernando a la Estación y la existencia de un Emisario Submarino al Océano Atlántico. La Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transporte informaba que en el pliego de condiciones se exigía la creación de un Ente mancomunado que controlara la obra y la explotación. La financiación del proyecto se distribuía entre la Junta de Andalucía que asumía el 60% del coste y el Ente Mancomunado que asumía el 40%. El presupuesto del proyecto superaba los tres mil quinientos millones de pesetas resarciéndose el ente del dinero invertido, mediante la aplicación de un canon de vertido en Cádiz y San Fernando y la aportación del suelo por los Ayuntamientos

En consecuencia con la información recibida, el Defensor del Pueblo Andaluz formuló a la Delegación Provincial de Obras Públicas y Transportes para su traslado a la Dirección General de Obras Hidráulicas, la recomendación de implantar medidas de coordinación con las distintas Administraciones implicadas para agilizar la ejecución y puesta en funcionamiento de los sistemas de saneamiento, garantizando el cumplimiento de los plazos exigidos en la Directiva 271/91 y Real Decreto Ley 11/95, de 28 de Diciembre¹⁴⁴; así como la recomendación de crear el Ente Mancomunado exigido en el Pliego de Condiciones.

de que su falta de colaboración podría ser considerada por el Defensor del Pueblo como hostil y entorpecedora de sus funciones haciéndola pública de inmediato y destacando tal calificación en su Informe anual o especial, en su caso, al Parlamento de Andalucía, tal y como indica en el artículo 18.2 de su ley regulador. También, se le advirtió que el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo Andaluz, en su artículo 26.3 señala que *“las actitudes que fueran declaradas como hostiles o entorpecedoras a la labor investigadora del Defensor del Pueblo Andaluz serán dadas a conocer públicamente por éste mediante la inserción de la resolución declarativa de dicha actitud en el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía”*. Finalmente, en fecha 13 de Mayo de 1999 el Comisionado Parlamentario Andaluz recibió la información solicitada a la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.

¹⁴⁴ Después de la publicación de la Directiva 91/271 CEE y su posterior incorporación al Ordenamiento jurídico español, mediante el Real Decreto-Ley 11/1995 y Real Decreto 509/1996, el Estado tiene obligación de cumplir unas normas de recogida y tratamiento de aguas residuales que conlleva realizar grandes inversiones. Entre otras, la Directiva obliga: A más tardar, el 31 de Diciembre del año 2.000 para vertidos de aglomeraciones de más de 15.000 e - h (equivalente

Finalmente como las competencias en materia de vertidos desde tierra al dominio publico marítimo-terrestre corresponden a la Consejería de Medio Ambiente, a la Delegación Provincial de la misma, el Comisionado Parlamentario Andaluz le formuló petición de informe sobre los puntos de vertidos de aguas y productos residuales urbanos al dominio público marítimo-terrestre y zonas de servidumbre de protección e influencia a través de redes municipales de saneamiento, inscritos en el Registro previsto, conforme a las autorizaciones concedidas en base al Decreto 334/1994, de 4 de Octubre y Decreto 14/1996, de 16 de Enero, situados en los términos de los municipios de San Fernando y Cádiz; las Inspecciones realizadas en el año 1997, sobre vertidos urbanos, periodicidad y resultado de las mismas, considerando que afectan a un espacio natural protegido; la existencia del Programa de vigilancia y control sobre calidad de vertidos, conducción de vertidos y medio receptor de los vertidos de aguas y productos residuales urbanos y los expedientes disciplinarios incoados durante el año 1997, por la comprobación de vertidos directos de aguas y productos residuales urbanos, con indicación del resultado de la actuación y sanción impuesta y de las actuaciones enviadas al Ministerio Fiscal, en su caso, por existir indicios de delito ecológico.

En contestación a la cuestión de los puntos de vertidos de aguas residuales inventariados con sus características principales, la Delegación Provincial de Medio Ambiente informó que no se encontraban inscritos en el Registro previsto al efecto en el artículo 63 de la Ley 7/1994 debido a que los Ayuntamientos de Cádiz y San Fernando incoaron el procedimiento, pero aún estaba en trámite. Como consecuencia de ello, al no existir autorizaciones de vertidos no se producían actos de control y seguimiento, pues las condiciones habrían de venir reflejadas en la correspondiente autorización autonómica.

En cuanto a los expedientes sancionadores por vertidos, pese a que son ilegales, estos no se habían iniciado con arreglo a la Ley 7/1994 y demás normas de aplicación, aunque existían expedientes sancionadores contra los dos municipios, abiertos con anterioridad a la publicación de la citada Ley 7/94, por incumplimiento de lo establecido en la Ley de Costas. Cómo nada se informaba sobre el envío de actuaciones al Ministerio Fiscal, por presunto delito ecológico, el Defensor del Pueblo Andaluz concluía que no se habían debido producir.

habitante); A más tardar, el 31 de Diciembre del año 2.005 para aglomeraciones que representen entre 10.000 y 15.000 e - h; A más tardar, el 31 de Diciembre del año 2.005 para los vertidos en aguas dulces y estuarios que proceden de aglomeraciones entre 2.000 y 10.000 e - h.

Del análisis de esta queja, no deja de ser, cuanto menos, asombroso que, pese al amplio marco normativo para preservar y mejorar la calidad de las aguas litorales de los vertidos directos e indirectos¹⁴⁵, exista una falta total de coordinación entre las distintas Administraciones implicadas en la adopción de medidas de prevención y control de la contaminación por aguas residuales, y existan situaciones tales como la que se ha descrito donde hay un retraso apreciable en la ejecución de proyectos previstos para la depuración de los vertidos generados en los municipios de Cádiz y San Fernando y donde las autorizaciones de vertidos exigidas en la normativa autonómica no se han cumplimentado. Produce absoluta perplejidad la tolerancia que muestran las Administraciones frente a actuaciones claramente ilegales como los vertidos incontrolados.

En consecuencia, el Comisionado Parlamentario Andaluz formuló a la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente para su traslado al Director General de Protección Ambiental, una Recomendación para la adopción de las siguientes medidas: que se reiterara la exigencia a los Ayuntamientos para que efectúen los trámites de regularización de los vertidos de aguas residuales en sus correspondientes términos municipales; que se agilizaran la resolución de los expedientes sancionadores incoados a los Ayuntamientos en base a la Ley de Costas; que se coordinaran las actuaciones con las demás Administraciones implicadas para que la ejecución y puesta en funcionamiento de las obras e instalaciones de saneamiento se efectúen a la mayor brevedad posible, y siempre en los términos y plazos que prescribe el Real Decreto Ley 11/1995, de 28 de Diciembre; que se incrementara la vigilancia y control de los vertidos que se efectúan al dominio público marítimo-terrestre, considerando la afectación negativa a la biodiversidad del medio marino, especialmente, en el caso de los producidos por el Ayuntamiento de San Fernando al Parque Natural de la Bahía de Cádiz, y que se aplicara con mayor rigor los principios de eficacia y coordinación, para hacer más efectivo el cumplimiento de los derechos constitucionales a la salud y a la protección del medio ambiente.

A modo de conclusión, teniendo en cuenta todo lo expuesto, no es difícil comprender que el problema planteado se reconduce al déficit histórico que arrastra,

¹⁴⁵ La normativa es completa tanto a nivel estatal, en base a la Ley de Aguas y Ley de Costas, así como de sus correspondientes Reglamentos de desarrollo y ejecución, como a nivel autonómico, con la Ley 7/94, de 18 de mayo, de Protección Ambiental, y los Decretos 97/1994, de 3 de Mayo, 334/1994, de 4 de Octubre y 14/1996 de 16 de Enero, este último que aprueba el Reglamento de la calidad de aguas litorales, desarrollado a su vez, mediante Ordenes de 14 de Febrero de 1997 y 23 de Julio de 1997, de la Consejería de Medio Ambiente.

en infraestructuras de saneamiento y depuración, nuestra Comunidad Autónoma, a veces inadecuadas, a veces inexistentes, como resultado de procesos de crecimiento y desarrollo poco armónicos con una racional ordenación del territorio, y en la mayoría de los casos, ajenos a la protección y conservación del medio natural.

El saneamiento y depuración es un asunto de alcance global, no siendo posible circunscribir las soluciones al campo municipal, pues se requiere una actuación coordinada con otras Administraciones, sobre todo la autonómica y provincial en la ejecución de obras y, principalmente, en la gestión de las instalaciones correspondientes, todo ello en aras de conseguir un objetivo estratégico cual es el ciclo integral del agua.

No podemos olvidar que la actuación descrita de las Administraciones intervinientes supone además de un proceder irregular e inadecuado conforme a los principios rectores de la actividad administrativa, una lesión y un daño a los derechos, individual o colectivamente considerados, a la protección de la salud y a disfrutar de un medio ambiente adecuado, como consecuencia de las carencias y/o deficiencias en el funcionamiento de las instalaciones de tratamiento de aguas residuales en dichos municipios. No en vano, se trata de satisfacer el derecho de los vecinos al establecimiento de un servicio público de carácter obligatorio que funcione correctamente¹⁴⁶.

6.3. Incorrecto funcionamiento de las Plantas Depuradoras de Aguas Residuales, así como de los colectores o emisarios submarinos

La *queja 92/900*, que es un caso paradigmático de la situación que pesa en numerosos municipios andaluces, se inició como consecuencia de un escrito enviado por un vecino del Ayuntamiento de Benalmádena, en la provincia de Málaga. En el escrito se planteaba el incorrecto funcionamiento de una planta depuradora de aguas

¹⁴⁶ En este sentido la Jurisprudencia del TS, entre otras la Sentencia del TS, de 25 de Abril de 1989, de la que fue ponente Francisco González Navarro, EDJ 1989/4397, considera un deber del Ayuntamiento: "... incluir en sus presupuestos, si fuese necesario las partidas para realizar las obras que sean adecuadas para poner fin a la situación actual de atentado al derecho a un medio ambiente adecuado y esto es así, es decir que esa obligación de llevar incluso los medios económicos oportunos está inscrita dentro de la de establecer y conservar en óptimas condiciones las instalaciones de vertido de aguas residuales porque de otro modo, podría no tener efectividad el derecho del recurrente".

residuales y del colector o emisario submarino, cuya construcción y gestión correspondía a la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol¹⁴⁷.

La planta depuradora, que inicialmente estaba alejada del casco urbano, por el proceso de urbanización, se encontraba en el momento de la queja rodeada de viviendas. Además de los inconvenientes propios de esta ubicación cuales son los fuertes olores procedentes del tanque de espesado de lodos y los ruidos originados, por las turbinas de la planta, la mayor deficiencia de la que nos hacemos eco es la contaminación de la playa y de las aguas por defectos en el emisario de aguas residuales.

Para confirmar estas deficiencias y siguiendo los dictados de su ley reguladora, el Defensor del Pueblo Andaluz recabó información de la Mancomunidad encargada de la construcción y la gestión de la Depuradora, del Ayuntamiento de Benalmádena, de la Dirección Provincial, de la entonces existente, Agencia de Medio Ambiente y de la Delegación Provincial de Salud.

De la información recibida, resultó que algunos problemas de riesgos de contaminación se habían solucionado, pero seguían persistiendo los vertidos de lodos, sin tratar, al mar, como consecuencia de la falta de adecuación de la depuradora a las necesidades reales de tratamiento, depuración y evacuación. Por esta razón, el Defensor del Pueblo Andaluz, recomendó a la Presidencia de la Mancomunidad, como órgano gestor de los servicios, que instara a la empresa constructora para solucionar el mal funcionamiento del digester de lodos que provocaba el vertido de residuos sin depuración, generando contaminación de las aguas e incidiendo en el estado de las playas de un municipio eminentemente turístico. Asimismo, en su Recomendación enunciaba necesaria la reparación o construcción de un emisario submarino, en colaboración con la Consejería de Obras Públicas y Transportes que debería contribuir a la financiación de las inversiones necesarias para la ejecución de las obras y a la ayuda necesaria a nivel técnico, en virtud del artículo 36.2 a de la LRBRL y del artículo 39 del texto Refundido sobre Régimen Local.

La *queja 94/1986* también tiene como tema principal el servicio municipal de alcantarillado y la depuración de aguas residuales¹⁴⁸. En este caso, el municipio afectado es el de Torrox, en la provincia de Málaga. En el escrito de queja se

¹⁴⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 595 y 596.

¹⁴⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1995, ver págs. 691- 694.

planteaba la situación de insalubridad producida por la rotura de emisario, por los residuos de una granja y el mal funcionamiento de la depuradora, fundamentalmente en los meses de verano.

En esta investigación, la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz se centró ante la, entonces existente, Agencia de Medio Ambiente¹⁴⁹, informando ésta que detectados los vertidos producidos en el Arroyo Manzano se solicitó información al Ayuntamiento, para adoptar medidas correctoras, así como a la Confederación Hidrográfica del Sur ya que la canalización discurría por el cauce público.

La Delegación Provincial de Salud comunicó que se observaban deficiencias notables en los sistemas de depuración de aguas residuales de la depuradora de Torrox y en menor medida, en la de Torrox-Costa, las cuales, aunque no ocasionaban riesgos graves para la salud, si generaban malestar social ante la deficiente calidad estética de algunas de las zonas de baños. Finalmente, el informe municipal aportaba datos sobre las obras realizadas y las carencias del término municipal en lo relativo al saneamiento así como su intención de aplicar un sistema de saneamiento integral de las aguas residuales urbanas.

Ante este panorama, el Defensor del Pueblo Andaluz, sugirió que se ejerciera rigurosamente el control y la vigilancia sobre los vertidos de aguas residuales a las playas o al mar, así como a los cauces públicos; también que se elaborara una Ordenanza reguladora de la protección del medio ambiente, en la que se incluyeran los vertidos de aguas residuales y, por último, que se agilizara la implantación del servicio municipal obligatorio de depuración y tratamiento de aguas residuales en todo el municipio, con la colaboración técnica y económica de las Administraciones Provincial y Autonómica competentes, sin perjuicio de mantener adecuadamente el emisario submarino instalado. Todo ello, porque no se puede perder de vista que el saneamiento y la depuración es un asunto de alcance global, no siendo posible circunscribir las soluciones al campo municipal, pues se requiere una actuación coordinada con todas las Administraciones.

¹⁴⁹ Este organismo tenía competencias en materia de control y vigilancia de vertidos industriales contaminantes, según el Decreto 107/86, de 18 de Junio, con independencia de que la competencia sobre autorización de vertidos y potestad sancionadora fuera de la Confederación Hidrográfica del Sur. No obstante, con la aprobación del Decreto 97/1994, de 3 de Mayo, se le asignaron al organismo medioambiental las competencias sobre vigilancia, control y ejercicio de la potestad sancionadora en materia de vertidos al dominio público marítimo-terrestre y usos en zona de servidumbre de protección.

6.4. Deficiente prestación de los servicios municipales en la limpieza de Playas

La *queja 93/2092* es descriptiva de una situación deficitaria en la prestación de un servicio municipal obligatorio, la limpieza de playas, cuya carencia o deficiencia incide negativamente en la calidad de vida¹⁵⁰.

En desarrollo de la previsión de la Ley reguladora del Régimen Local, que en su artículo 26.1,a) establece como servicio obligatorio de todos los municipios la limpieza viaria, el artículo 11 y el artículo 12 del Decreto 178/1984, de 19 de junio, sobre vigilancia sanitaria y ambiental de las playas de Andalucía, impone a los municipios costeros la elaboración de un plan de limpieza de playas de obligada vigencia en la temporada estival. La finalidad de dicho Plan no es otra que garantizar la calidad sanitaria y estética de la arena de las playas, para lo cual ha de contemplarse obligatoriamente en el mismo: la superficie a limpiar, el número de personas dedicadas a la limpieza de las mismas, los medios técnicos empleados, la frecuencia de la limpieza, la frecuencia de recogida de residuos de las papeleras y de los establecimientos situados en las playas, el sistema de control que asegure el cumplimiento del plan, el presupuesto y el sistema de evaluación de la ejecución del mismo.

En el escrito de la queja mencionada, el presidente de una Asociación de Vecinos exponía los problemas más graves y acuciantes del núcleo de población de Bolonia en Tarifa (Cádiz). Entre los problemas más graves destacaba la defectuosa prestación del servicio municipal de limpieza de la playa que constituye la principal fuente de ingresos del núcleo. Esta carencia había sido puesta en conocimiento del Ayuntamiento por el firmante de la queja, sin que, al parecer, se hubieran adoptado medidas algunas. Por esta razón, el Defensor del Pueblo Andaluz solicitó informe municipal sobre los siguientes extremos: las deficiencias observadas en la prestación del servicio, medidas previstas y plazo de aplicación de las mismas; la aplicación del Decreto 178/84, de 19 de Junio, sobre vigilancia sanitaria y ambiental de las playas, en Bolonia, en cuanto a la instalación de papeleras, contenedores de basura y limpieza periódica de la arena; la aprobación del Plan municipal de limpieza de playas correspondiente al año 1993, remitiendo ejemplar del mismo y relación de medios personales utilizados para la limpieza; la periodicidad y medios personales y materiales utilizados para la prestación de servicio municipal de limpieza viaria en el

¹⁵⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 959 – 964.

núcleo de población de Bolonia e instalación de contenedores para recogida de residuos sólidos urbanos, y la aprobación de Ordenanza municipal reguladora de uso y limpieza de playas o de otra general que contenga esta materia, remitiendo ejemplar de la misma.

De modo complementario a la solicitud de este informe, la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz efectuó una visita al Ayuntamiento manteniendo una entrevista con el Concejal-Delegado de Urbanismo así como con el promovente de la queja. Como resultado de ambas actuaciones se comprobó que el Ayuntamiento estaba realizando las tareas de limpieza y recogida de basuras en la playa, aunque no con la periodicidad, intensidad y eficacia que eran deseables. Consecuentemente comunicó al Ayuntamiento la Recomendación de solicitar la cooperación y ayuda técnica necesaria de otras Administraciones que favoreciera la actuación coordinada con las mismas al objeto de garantizar la salubridad y calidad de la playa de Bolonia, de conformidad con las normas y disposiciones contenidas en el Decreto 178/1984, de 19 de Junio, sobre vigilancia sanitaria y ambiental de las playas de Andalucía.

La respuesta del Ayuntamiento a la Recomendación del Defensor, dejó a éste sorprendido pues el Ayuntamiento afirmaba que realizaba sus actuaciones de limpieza en colaboración con otras Administraciones, cuando en el informe que la Alcaldía remitió a la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz por fax, se desprendía sin la menor duda, por un lado, que actuaba en solitario para hacer frente al problema señalado y por otro, que adolecía de una insuficiencia de medios personales y materiales, lo que motivó la Recomendación de que se solicitara la cooperación de otras Administraciones, para garantizar la prestación en condiciones de aquellos servicios, pues era preocupante que la situación se agravara durante las temporadas de verano, debido al elevado número de visitantes, máxime cuando no se acreditaba que el Municipio contara con un plan de limpieza de playas.

Tras su investigación el Defensor del Pueblo Andaluz estimó que la Entidad Local actuaba tratando de paliar las deficiencias de la limpieza de playas, lo que le llevó a entender que el problema objeto de la queja estaba en vías de solución, dando por finalizadas las actuaciones, no sin antes exhortarle al Ayuntamiento que continuara en la línea de mejora del servicio señalado, elaborando y aprobando en el futuro los planes de limpieza de playas previstos en el artículo 12 del Decreto 178/1984, de 19 de Junio.

Del estudio de las informaciones aportadas el Defensor del Pueblo Andaluz constató que, aunque la mayoría de los municipios consultados afirmaban elaborar regularmente su Plan de Limpieza de Playa, sólo una escasa minoría remitía el Plan a

las autoridades sanitarias autonómicas, lo que dificultaba el ejercicio de la competencia de control y vigilancia de éstas sobre los Planes, ya que si no se dispone de los mismos, ni se conocen los medios y recursos puestos a disposición del trabajo de limpieza, difícilmente se puede llevar a cabo un control de no se sabe qué.

En cuanto a la extensión de las playas que se limpiaba, cuándo y como, aunque la mayor parte de municipios declaraba que se limpiaba la totalidad de la extensión de las mismas con una frecuencia diaria, el Defensor, aplicando reglas técnicas y matemáticas, contradujo dichas manifestaciones de los gestores de playas. El Defensor, en la investigación que llevó a cabo, pudo comprobar, *in situ*, que las máquinas limpiadoras que suelen utilizar los Ayuntamientos son de una Empresa que comercializa actualmente la venta de las máquinas limpiadoras de playas, con patente de invención nacional. Puestos en contacto con los representantes de la empresa éstos le remitieron un informe sobre las condiciones técnicas de las máquinas y su rendimiento. En la documentación se advertía que el rendimiento de esta máquina es de 20.000 metros cuadrados por hora a una profundidad de 20 cm, en arena seca. Haciendo los correspondientes cálculos se deduce que el rendimiento máximo de la máquina es de unos 4 km de playa al día. Y esta extensión sólo se alcanzaría barriendo una línea de 40 metros (generalmente, la extensión de arena es mayor), y manteniendo el ritmo máximo durante 8 horas al día. Estos son los valores óptimos. Después, en la realidad, se observa que no se pueden limpiar con un mínimo de eficacia, más de 2 ó 3 kilómetros al día.

Como consecuencia de esta contradicción entre las respuestas dadas por los Ayuntamientos y las condiciones técnicas de las máquinas y su rendimiento, el Defensor del Pueblo Andaluz consideró que sería más fiable ofrecer su propia visión, obtenida directamente de las playas, que limitarse a dar por bueno los resultados que desde los Ayuntamientos se habían aportado. Con esta intención, y a la vista de la totalidad del trabajo de campo realizado, llegó a las siguientes consideraciones sobre el estado de la limpieza de las playas:

- En general, se observó que el trabajo de limpieza de las playas se concentraba, quizás excesivamente, en aquellas partes del término próximo al Ayuntamiento. Constató que sí se limpia, y bien, lo que vino a llamar “la playa del pueblo”, es decir, aquellas zonas de la playa utilizada preferentemente por los residentes de la localidad.
- El nivel de limpieza de las playas de especial interés turístico y recreativo, es decir, las playas más populares y de uso masivo, en general, también era bueno. El Defensor del Pueblo Andaluz estimó complejo ofrecer una

valoración general, pero haciendo síntesis de las diligencias del examen de las playas, se afirmó que, al menos las playas más turísticas y de utilización masiva eran regularmente limpiadas y ofrecían un aspecto estético sanitario de la arena aceptable.

- La limpieza de las playas de uso medio, es decir, aquellas que sin ser nucleares ni masivas, atraen un importante número de bañistas, se relaja. Se comprobó que en estos casos, la limpieza era, por un lado, más superficial limitándose a veces a retirar los residuos y, por otro lado, más esporádica ya que la frecuencia descendía a una limpieza a la semana, quincenal, mensual o estivalmente, según las situaciones. Esta relajación de las obligaciones de la limpieza comporta un resultado negativo en la calidad de las arenas. Son playas que se limpian poco y que a primera vista parecían sucias. En esta circunstancia de limpieza relajada se encuentra, a juicio del Defensor, la mayor parte de nuestro litoral, con el peligro, además, de advertirse que son playas que siguen la dinámica de un fuerte proceso de crecimiento.
- El último grupo de playas lo constituían aquellas que no reciben ningún tipo de atención por parte de los Ayuntamientos. El Defensor se refería a las playas que nunca son limpiadas, aquellas donde la basura se acumula, que no disponen de ningún tipo de servicios y soportan acampadas ilegales, aquéllas que los Ayuntamientos consideran como “playas salvajes” y se abstienen de su cuidado. El Defensor del Pueblo Andaluz valoraba que antes, el problema de estas playas no era excesivamente preocupante porque el nivel de ocupación era ínfimo, pero, en la actualidad, asistimos a un proceso de ocupación de la totalidad del litoral, porque hay muchas personas que buscan estas playas salvajes por estar menos congestionadas, sobre todo los fines de semana. Y este movimiento de población hacia estas playas desasistidas, provoca un importante impacto medioambiental que repercute de forma negativa no solo el nivel estético de la arena, sino más especialmente, en la calidad sanitaria de la misma¹⁵¹.

Como ejemplo de ello, el Defensor del Pueblo Andaluz citaba a la Playa de la Ballena, en Rota, que con anterioridad era una playa desierta, de mínima ocupación, pero que, en los días de redacción del Informe especial y en la actualidad, su utilización es masiva, mientras que, el nivel de servicio y de limpieza, era nulo, ya

¹⁵¹ Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el estado de la sanidad ambiental de las playas andaluzas, diciembre de 1991, págs. 115-119.

que el propio Ayuntamiento no se hacía responsable de la playa, e incluso lo advertía en un cartel. Este proceder llevaba a la playa a una situación de mayor degradación.¹⁵²

Similares consideraciones efectuaba el Defensor del Pueblo Andaluz respecto a la playa de Cabo Plata, en el término de Tarifa, cuyo uso generalmente es de intensidad escasa, salvo el mes de Agosto y fines de semana en verano, que recibe una fuerte afluencia de bañistas y pasa a tener una ocupación media, sin que el Ayuntamiento de Tarifa le preste servicio de limpieza alguno, y ello, a pesar de existir una importante urbanización privada, hoteles y un camping, además de varias promociones turísticas de cierta entidad, que incrementaban notablemente el número de usuarios de la playa.

Especial mención dedicó la institución andaluza a la Playa de los Muertos, en Carboneras, Almería, que posee excepcional valor ecológico y medioambiental y se encuentra incluida en el territorio del parque natural del Cabo de Gata. Siendo esta playa inaccesible en vehículo, cada año aumenta la población que la utiliza. El Defensor comprobó que mientras en años anteriores estaba funcionando un dispositivo de limpieza dependiente de, la entonces Agencia de Medio Ambiente, sin embargo, el año de redacción del Informe especial, 1991, tal equipo de limpieza

¹⁵² La basura se acumulaba al final de la arena, dando la sensación de contemplar un verdadero vertedero al lado del mar; los pocos bidones de recogida de basura no representaban más que un punto donde se concentraba la misma, alcanzando cotas superiores al metro de altura Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el estado de la sanidad ambiental de las playas andaluzas, diciembre de 1991, pag. 119. No deja de ser llamativa la situación que se presenta en la Sentencia de la Sala 3ª, de 11 de mayo de 2001, del TS de la que fue ponente Fernando Ledesma Bartret, EDJ 2001/9559. El TS en esta sentencia constató hechos que son absolutamente contrarios al tenor de la Ley de Costas consistentes en que solicitando por un Ayuntamiento la concesión para la ocupación de una parcela de terrenos de dominio público de la zona marítimo-terrestre con destino a la construcción de una explanada de recreo y ajardinamiento, concedida esta, la Administración concedente, después de comprobar en reiteradas ocasiones la descarga de basuras por camiones municipales, acordó incoar expediente sancionador y requirió al concesionario para que suspendiese los vertidos y destinase la parcela al fin determinante de la concesión, con apercibimiento en caso de no hacerlo de iniciar expediente de caducidad. El requerimiento fue desatendido, con lo que se consideró al Ayuntamiento responsable de una infracción grave y se le impuso la sanción de multa de dos millones de pesetas y la obligación de retirar los vertidos. El Tribunal Supremo confirmó la sanción como correcta al haberse realizado vertidos en dominio público marítimo-terrestre sin el debido Título administrativo, utilizando el demanio público para un uso no permitido. Sobre la imposición por la Dirección General de Costas de una sanción de multa a un Ayuntamiento por la realización de una obras no autorizadas que excedían de los límites de las actividades de limpieza, pues implicaron el soterramiento de la arena de una playa, consultar la Sentencia de la Sala 3ª, de 5 de diciembre de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de la que fue ponente Rafael Pérez Nieto, EDJ 2001/69544.

había desaparecido. Como consecuencia de ello el impacto de la falta de limpieza no había tardado en producirse¹⁵³.

No cabe duda que el grado de limpieza de las playas depende en gran medida de las disponibilidades materiales y técnicas, personales y presupuestarias. Es por ello que el Defensor del Pueblo Andaluz en su investigación tuvo en cuenta estos factores.

Por lo que se refiere a los medios materiales y técnicos, el Comisionado Parlamentario Andaluz constató que, mientras pocos municipios contaban con máquinas limpiaplayas y tractores, la mayoría se lamentaba de la carencia de medios, especialmente de las costosas máquinas limpiaplayas que no podían adquirir sin ayuda. El Defensor constató en su investigación, que en los últimos años, la Consejería de Turismo venía concediendo ayuda económica para su adquisición. Anualmente, aprueba una Orden regulando la concesión de subvenciones para la adquisición de la maquinaria. También las Diputaciones colaboraban con los Ayuntamientos para financiar las máquinas, e incluso la Diputación de Almería había constituido un parque propio de máquinas que prestaba a los Ayuntamientos. Pero a pesar de éstas ayudas, el Defensor concluyó que el parque móvil de limpiaplayas en Andalucía sigue siendo pobre e insuficiente para atender adecuadamente a las necesidades del saneamiento de las arenas.

En relación con los medios personales, en el Informe especial se constató que generalmente, los trabajadores que constituían las patrullas de limpieza eran contratados con carácter temporal para ésta eventualidad por parte de los Ayuntamientos. Era usual que los encargados y conductores pertenecieran a la plantilla del Ayuntamiento, y que los peones y el resto de los trabajadores se contrataran para la temporada. Se afirmaba que los Ayuntamientos solían aprovechar todas las posibilidades que se les brindan por parte de los organismos: autonómico, nacional y comunitario. De esta manera, los Ayuntamientos al recibir ayudas para la contratación del personal de distintos programas de empleo, a través de estos programas, reclutan los trabajadores eventuales necesarios para desarrollar el trabajo de limpieza de las playas.

¹⁵³ En la última visita realizada por el Defensor del Pueblo Andaluz estaba llena de suciedad. Los residuos se acumulaban, el petróleo de la marea negra del año anterior todavía estaba presente, y en general el estado estético era deficiente. Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el estado de la sanidad ambiental de las playas andaluzas, diciembre de 1991, pag. 120.

Pero los propios administradores de los Ayuntamientos, denunciaban al Defensor la insuficiencia de estas ayudas para poder atender adecuadamente el trabajo de limpieza de las playas. El número de trabajadores que les remiten desde las instancias que fomentan el empleo no cubren, por lo general, las necesidades de los Ayuntamientos para poder ejercer eficazmente su obligación. Además, los Ayuntamientos mostraban al Defensor su contrariedad por los habituales retrasos con que llegaban tales ayudas. Consideraban un contrasentido que el personal prestara sus servicios de Junio a Diciembre, porque es necesario preparar la temporada, comenzando las tareas en el mes de Marzo o Abril. En este sentido, el Defensor del Pueblo Andaluz se hacía eco de la opinión de los Ayuntamientos en cuanto a que los organismos encargados de la gestión de las ayudas para el fomento en el trabajo, deberían promover las contrataciones con la debida antelación para no demorar el inicio del tratamiento de precampaña hasta el mes de Junio.

En conclusión, el volumen de recursos humanos puestos a disposición del trabajo de limpieza y conservación de la playa, a juicio de los propios Ayuntamientos, en general, era insuficiente.

Por último, en cuanto a los presupuestos de limpieza de las playas, observó que la cuantía destinada a la limpieza de playas era muy variada, dependiendo de los recursos generales de cada Ayuntamiento, así como del grado de interés que la playa suscite en el seno del propio municipio.

El Defensor del Pueblo Andaluz utilizó en su informe especial los valores de una playa media, es decir, aquella que mide unos 6 kilómetros y es cuidada por un equipo de 15 a 20 hombres, para calcular los costes que la limpieza de una playa reporta para el municipio. Con ello quería demostrar el esfuerzo que a los Ayuntamientos les suponía llevar a cabo el plan de limpieza. Reproduzcamos el modelo patrón que planteó, que no fue otro que el estudio económico del coste del día de servicio de la playa de Torremolinos, el cual al tener el servicio de limpieza contratado a una empresa privada permitía diferenciar con precisión los costes: *“Se trata de una playa de 6 kilómetros de extensión y que es saneada, utilizando una máquina limpiaplaya, por 16 trabajadores, con un resultado bueno/aceptable. En este modelo, el coste del día de servicio en temporada alta, a precio de 1.990, era de 164.517 pesetas/día. Si la temporada dura tres meses, más un mes de preparación de la misma, nada más que en mano de obra y materiales de limpieza, el coste del servicio se remonta a 20 millones de pesetas al año. A ello habrá que añadir las*

inversiones para la adquisición de las máquinas limpiaplaya. En valores redondos calculamos que un kilómetro de playa, para que sea bien limpiada (no incluimos la desinfección), costaba en 1.990 unos 4 millones de pesetas el kilómetro.”¹⁵⁴

Partiendo de este dato, se advierte que no todos los Ayuntamientos están en disposición de asumir tan importante nivel de gasto público. Pensemos en un municipio que tenga que limpiar una importante parte del litoral por ser titular de más de 38 kilómetros de playa, como es el caso de Tarifa. Si tal municipio tuviera que limpiar con rigor sus playas tendría que dedicar casi todo su presupuesto para cumplir con esta obligación.

Visto lo anterior, no cabe duda que el grado de limpieza de la playa dependerá, en gran medida, de las disponibilidades presupuestarias de los Ayuntamientos, y que a lo largo del litoral encontramos situaciones que reflejan una imposibilidad presupuestaria del municipio para resolverla autónomamente. Imponerle tales obligaciones a los pequeños Ayuntamientos compromete el grado de cumplimiento de la propia competencia. A nuestro juicio, es necesario buscar fórmulas que corrijan este desequilibrio si se quiere limpiar correctamente las playas de Andalucía. Todo ello, sin perjuicio de exigirles a todos los Ayuntamientos el máximo de esfuerzo para desarrollar con eficacia tal servicio público.

Como consecuencia de este estudio de campo, de la realidad existente en relación con la calidad de las arenas, el Defensor del Pueblo Andaluz formuló las siguientes Recomendaciones:

Que se intensifiquen las tareas de limpieza de las playas andaluzas. En este sentido, no es sólo conveniente, sino que es un mandato normativo que los Ayuntamientos aprueben anualmente el Plan Municipal, ateniéndose a los requisitos que establece el Decreto 178/1984, quedando determinada la superficie a limpiar, los medios técnicos a realizar, frecuencia de la limpieza de la playa, sistema de control que asegure el cumplimiento del plan, presupuesto y sistema de evaluación de la ejecución del plan. Pare ello, es imprescindible que se incrementen los recursos humanos y materiales puestos a disposición de las tareas de limpieza de las playas y, también que la Consejería de Salud fiscalice el cumplimiento de los Planes de Limpieza y tome medidas concretas en caso de infracción.

¹⁵⁴ Informe Especial sobre la sanidad ambiental de las playas andaluzas, 1991, págs. 124 -127.

Que por la Junta de Andalucía se establezcan instrumentos financieros que permitan colaborar con los municipios costeros en la limpieza y saneamiento de sus playas. Especialmente, se debería actuar en los casos de los Municipios costeros que, sin contar con suficientes recursos económicos, son titulares de grandes extensiones de playas. Máxime, cuando éstas disfruten de un elevado valor medioambiental. En todo caso, tanto la Junta de Andalucía como las Diputaciones se han de comprometer a colaborar en el mantenimiento de un litoral limpio y saneado. En concreto, es necesario que se incrementen las ayudas para la adquisición de máquinas limpiaplayas y se han de ampliar las posibilidades para la contratación de eventuales para los trabajos de limpieza de las playas.

Que se desarrolle el nivel de equipamiento de las playas, para garantizar la calidad sanitaria de las mismas y su valor recreativo. En concreto, hay que incrementar el número de papeleras, duchas, servicios públicos, casetas-vestuarios, etc. Sin perjuicio de la directa responsabilidad de los Municipios, la Junta de Andalucía y las Diputaciones Provinciales deberían comprometerse a colaborar financieramente en la consecución de un aceptable nivel de equipamiento sanitario de las playas¹⁵⁵.

6.5. La corresponsabilidad costas-puertos en las tareas de regeneración

La concepción del medio ambiente litoral con que trabaja la legislación española se deduce claramente de la Ley de Costas de 1988, entendida como disposición matriz de todas las demás, es decir de la legislación de puertos, explotaciones pesqueras, marisqueras...), lo que resulta lógico pues la costa natural, sin transformación por obra artificial, es el objeto que ha de ser preservado. Sólo en casos predeterminados puede la costa ser alterada, por ejemplo y principalmente con el fin de localizar en puntos concretos la trascendental actividad portuaria.

La Ley de Costas se refiere al dominio público marítimo-terrestre en general, sin distinción entre costa natural y costa transformada, como objeto de la regulación que contiene. También las finalidades de esa Ley, que pueden sintetizarse en la preservación, conservación, regeneración y garantía de uso público del litoral, se refieren a la costa en general. Sólo al entrar en las necesarias distinciones entre, la

¹⁵⁵ Informe Especial sobre la sanidad ambiental de las playas andaluzas, diciembre 1991, pag. 195.

costa natural, singularmente la frágil ribera del mar y la zona marítimo-terrestre, y entre el mar territorial, la zona económica exclusiva, los puertos..., la Ley va remitiendo su regulación a la legislación específica.

Si se admite que nuestras costas conforman uno de los más valiosos recursos naturales, es evidente que son las actividades extractivas, portuarias o náutico-deportivas las que pueden constituir una agresión a la costa natural, y no al revés. Por tanto, es exigible a todas aquéllas la toma en consideración de su impacto sobre la costa que ocupan o disfrutan y sobre la costa adyacente. En aras de esta interpretación, el Defensor del Pueblo considera inadmisibles la degradación de los criterios y perspectivas ambientales que se advierte en la actuación de los organismos con competencias en la costa. Esta es su reflexión al haber recibido informes en los que se afirma rotundamente que una autoridad portuaria carece de potestades en materia de preservación del medio ambiente natural costero, y que tales competencias han de ser ejercidas por los “órganos ambientales”.

Pero al menos desde el primer, tal pretensión ha de tenerse como definitivamente arrumbada al pasado e inadmisibles. Esta degradación de criterios se hizo patente en la *queja 0101146*, en la que el proyecto de un puerto deportivo se hallaba en una zona en las que existían playas en malas condiciones, rodeadas de astilleros, factorías y atraques¹⁵⁶. El órgano ambiental destacaba que el régimen jurídico aplicable a las zonas de costa incluidas en los puertos, es el de la legislación de puertos, lo que siendo cierto no significa que la administración portuaria quede liberada de su deber de mantenimiento del dominio público marítimo-terrestre en las debidas condiciones de uso. Una playa en zona portuaria no necesariamente queda cerrada al uso general, y es indudable que la autoridad portuaria y la capitanía marítima han de protegerla y mantenerla en las debidas condiciones. Sin embargo, aunque el Código de Conducta Ambiental de 1994 elaborado por la Organización de Puertos Marítimos Europeos haya reforzado esta obligación, es práctica común y generalizada que haya de ser el órgano ambiental quien tenga que asumir, promoviéndolas y financiándolas, las tareas de regeneración de la costa que han degradado las actividades comerciales marítimas y portuarias.

A juicio del Defensor del Pueblo esta “división del trabajo” se considera aberrante, pues impide que la economía de la marina mercante y del puerto internalicen, a través de los precios y las tarifas, los costes ambientales implícitos en

¹⁵⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2002, pag. 750.

su actividad. Sin embargo, tanto concesionarios como puertos entienden que así ha de ser y, aún peor, el Defensor del Pueblo constata que los órganos ambientales no reaccionan, con el lógico regocijo de aquéllos. Además, discrepa del argumento del Ministerio de Medio Ambiente que se escuda en un pretendido reducido margen de actuación de la Administración General del Estado ante los incumplimientos por los concesionarios portuarios de sus obligaciones sobre el dominio público marítimo-terrestre adscrito a la Comunidad Autónoma. Tales incumplimientos recaen no en la gestión estrictamente portuaria sino en la protección del medio ambiente costero, ámbito en el que la Administración estatal no pierde sus facultades¹⁵⁷. Desde luego, corresponde a la Comunidad Autónoma la gestión del dominio público litoral adscrito, pero en cuanto destinado a un puerto, sea deportivo o pesquero. Es decir, el Ministerio carece de potestad para otorgar o denegar las concesiones dentro del puerto, calificar los usos deportivos, pesqueros o comerciales, las tarifas por fondeos y demás; pero una adscripción no priva en modo alguno a la Administración estatal de las potestades que se le atribuyen como titular del dominio público costero. Ni siquiera toda la gestión queda en manos de la Comunidad Autónoma ya que la exigencia del cumplimiento de las condiciones de la adscripción necesariamente corresponde al Ministerio.

En cuanto a la pretendida pérdida de potestades del Ministerio de Medio Ambiente en materia de protección ambiental por causa de la adscripción a favor de la Comunidad Autónoma, el Defensor del Pueblo ha tenido que recordar como en el caso de la *queja 0112823* que la Comunidad Autónoma actúa en tales casos como administración portuaria, implicada en la protección ambiental como todo ente público, pero sin merma de las potestades, incluso sancionadoras, de la Administración estatal en cuanto titular del demanio litoral¹⁵⁸. No puede pretenderse, por tanto, dar por bastante el requerir información y actuación de la Comunidad Autónoma y abstenerse de activar al menos los mecanismos previstos en el mismo condicionado de las adscripciones.

En el caso de la *queja 0102219*, el Defensor del Pueblo hubo de manifestar a la Administración portuaria y a la de costas que no parece exacto sostener que la obligación de una autoridad portuaria de regenerar una playa inmediata al puerto, venga directamente impuesta por la declaración de impacto ambiental sobre determinadas obras portuarias, sino que el pronunciamiento de la declaración de

¹⁵⁷ Artículo 37.2 de la Ley de Costas.

¹⁵⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2002, pag. 752.

impacto ambiental viene a determinar, delimitar, no definitivamente y para siempre, su obligación de restituir los daños y perjuicios que cause a terceros por efecto de su actividad, incluso en los bienes públicos, sean o no de su titularidad¹⁵⁹. La obligación de regenerar la playa puede nacer a título de restitución por daños, y este título es en realidad de Derecho común (Código Civil). La obligación surge desde que la infraestructura portuaria va a causar efectos que han de corregirse, siendo el procedimiento de determinación de los términos de la responsabilidad el reglado en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, pero sólo en lo referido a las formalidades y especificaciones y no a la sustancia misma de la obligación. Nada hay en esta disposición legislativa que signifique que la obligación de restituir los efectos adversos sea sólo y únicamente la determinada por la declaración de Impacto ambiental.

Las conclusiones que el ente portuario muestra son, a juicio del Defensor del Pueblo, incorrectas pues la Administración portuaria tiene encomendada la gestión del dominio portuario estatal y la de costas el resto del litoral, singularmente las playas, pero la primera tiene otras encomiendas incluso más allá del dominio público portuario, entre ellas restaurar el medio ambiente sobre el que impacte su actividad aunque se encuentre a cientos de kilómetros de la zona portuaria. Toda actividad portuaria que impacte o produzca daños a terceros si no tienen el deber de soportarlos, ha de ser evaluada y en su caso acompañarse de medidas de restauración e incluso de indemnización. Este deber general no viene impuesto propiamente por el Real Decreto Legislativo 1302/1986. Aunque la autoridad portuaria quede obligada durante el plazo fijado en la declaración de impacto ambiental a reparar los desperfectos en el tramo de playa afectado, y a partir de ahí tras la entrega al órgano de costas vuelve a corresponder a éste su cuidado, si trascurrido el plazo se detectaran daños indudablemente causados por el efecto de la infraestructura portuaria, sería la titular de ésta quien habría de remediarlos a su cargo y la de costas instarle a ello.

En suma, la postura de la Administración portuaria es clara: sólo responde de los efectos de su actividad durante un tiempo, el determinado por la declaración de impacto ambiental y, agotado éste, traslada a otro órgano administrativo no portuario la responsabilidad de hacer frente a los impactos ulteriores causados por sus propias

¹⁵⁹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes de 2003, págs. 980 – 983.

infraestructuras y actividad. El Defensor del Pueblo no duda en afirmar que en tales términos la actividad portuaria queda en una ventajosa posición, que comunica a su función principal, a sus estados contables y tarifas y, en último término, a los usuarios del puerto, quienes no contabilizan el coste sino limitadamente de los efectos adversos de la actividad portuaria; el resto de los efectos se carga en la cuenta del resto de la ciudadanía, incluidos los de la persistencia de una defectuosa formación de los precios de los productos obtenidos con la actividad portuaria.

Esta política parece contraria al objetivo de conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible pues todos o parte de los efectos adversos de la obra portuaria se imputan de forma desequilibrada y las medidas de restitución hacen insostenible la preservación de la costa no transformada. La regeneración de las playas inmediatas a los puertos se ha fundamentado, por las mismas administraciones, en una responsabilidad histórica, no en los efectos de concretas y recientes obras de ampliación del puerto; pero esa responsabilidad histórica la hace recaer en la economía portuaria sólo durante un plazo, desde entonces es ya asunto de la economía no portuaria. El Defensor del Pueblo no comparte tal forma de atribución de responsabilidades y por ello denuncia la notable despreocupación de las autoridades portuarias por atender frontalmente las exigencias medioambientales, centradas como están en los aspectos comerciales de su actividad.

7. La integridad y la adecuada conservación del dominio público marítimo-terrestre a través de la adopción de las medidas de protección y restauración necesarias

El primer objetivo del artículo 2 de la Ley de Costas incorpora el deslinde como primera medida de protección del demanio público marítimo-terrestre. Una vez delimitado el bien de dominio público es necesario adoptar medidas de protección frente a posibles infracciones de la normativa de Costas y de la normativa urbanística que deteriore este espacio de frágiles valores. Para ello las Administraciones públicas han sido dotadas de múltiples instrumentos jurídicos.

7.1 Medidas a adoptar por la Demarcación de Costas cuando se ocupa el demanio marítimo-terrestre sin título habilitante o con éste, pero infringiendo sus términos

A la Demarcación de Costas correspondiente le atañe otorgar la autorización de ocupación del demanio público marítimo-terrestre, sin perjuicio de que a la Comunidad Autónoma le corresponda dar las autorizaciones en la zona de servidumbre de protección. Cuando se llevan a cabo acciones u omisiones que causan daños o menoscabo a los bienes de dominio público marítimo-terrestre o a su uso, así como cuando se ocupa el dominio público marítimo-terrestre sin el debido título administrativo¹⁶⁰ o cuando se incumplen las condiciones de los correspondientes títulos administrativos, nos encontramos ante una infracción de la Ley de Costas que se tipifica grave, si consiste en el aumento de superficie, volumen o altura de las instalaciones autorizadas sobre el dominio público marítimo-terrestre¹⁶¹. La comisión de esta infracción debe dar lugar a un procedimiento sancionador, y a la restitución del bien voluntariamente o a través de un procedimiento de recuperación posesoria, utilizando si es necesario la potestad de inspección.

La potestad de recuperación posesoria se ejercer, en todo caso, respecto de bienes incluidos en el dominio público en virtud de deslinde¹⁶². Cuando no exista deslinde, sólo puede referirse a porciones de la ribera del mar o de este último, respecto de las que pueda acreditarse de forma plena e indubitada su carácter demanial. Iniciado el expediente mediante providencia del Servicio Periférico de Costas, notifica al ocupante para que en el plazo de ocho días alegue cuanto estime conveniente en su defensa. La resolución y ejecución corresponde al Servicio Periférico de Costas, que puede solicitar del Delegado del Gobierno o del Subdelegado del Gobierno en la Provincia la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado¹⁶³. Todo ello ha de ser entendido sin perjuicio de la imposición de las sanciones administrativas que puedan resultar procedentes y de que

¹⁶⁰ Artículo 90 de la Ley del Costas y artículo 174 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

¹⁶¹ Artículo 91.2,b) de la ley de Costas.

¹⁶² El procedimiento de la recuperación posesoria se encuentra regulado en el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, concretamente en los artículos 16 y 17. La referencia hecha al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo hoy debe sustituirse por el Ministerio de Medio Ambiente.

¹⁶³ Cuando sea necesario el desahucio, se seguirá el procedimiento establecido en los artículos 108 de la Ley de Costas y 201 de este Reglamento.

la usurpación se ponga en conocimiento de la autoridad judicial cuando tenga apariencia de delito o falta¹⁶⁴.

El procedimiento sancionador puede ser iniciado bien de oficio, derivado de la función de policía administrativa, o bien a través de la acción pública en virtud de la cual todos podemos exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en la citada Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación. Para que pueda darse la tramitación oportuna a la acción pública ejercida por los particulares, éstos deberán fundamentar suficientemente los hechos que supongan infracción de la Ley de Costas, de su Reglamento o de otras disposiciones que se dicten para su desarrollo¹⁶⁵.

Después del ejercicio de esta acción pública la Administración, comprobada la existencia de la infracción y siempre que el hecho denunciado no sea materia de un expediente sancionador ya finalizado o en trámite, si la Administración considera que no existen pruebas suficientes, se archiva el expediente sin más trámite, excepto cuando los hechos manifestados por el interesado se imputen al mismo órgano en el que se presentan, que en este caso lo eleva al inmediato superior.

En el momento en el que se comprueba la ocupación al margen de la Ley de Costas sobre el Dominio Público, la Demarcación de Costas y el Ayuntamiento han de tomar medidas complementarias, así, en cuando se trate de obras ilegales en curso de ejecución, la Demarcación de Costas, insta al Ayuntamiento para que se produzca la paralización inmediata de la misma. Si se tratara de la ocupación de instalaciones de explotación, se dispone la paralización del uso o de la actividad indebida. En ambos casos se podrá proceder al precinto de las obras o las instalaciones y para la

¹⁶⁴ Tres ejemplo de actuación administrativa para recuperar dominio público marítimo terrestre lo encontramos en las siguientes sentencias: Sentencia de la Sala 3ª, de 27 de mayo de 2002, del TS, de la que fue ponente Francisco Trujillo Mamely, EDJ 2002/18788; Sentencia de la Sala 3ª, de 25 de julio de 2001, del TS, de la que fue ponente Fernando Ledesma Bartret, EDJ 2001/32338; y Sentencia de la Sala 3ª, de 23 de julio de 2001, del TS, de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez, EDJ 2001/32326. En las dos primeras Sentencias citadas, las respectivas Demarcaciones de Costas habían acordados, en sendos expedientes instruidos al efecto, recuperar para el Estado el dominio público marítimo terrestre ocupado mediante una construcción fija destinada a bar-restaurante situada en la zona de dominio público marítimo terrestre requiriendo a sus ocupantes para que procedieran al desalojo y retirada de las instalaciones fuera del dominio público marítimo terrestre, concediéndoles para ello un plazo de tiempo, con advertencia de que de no proceder a la retirada y desalojo de la zona de dominio público ocupada, se procedería de oficio a su desmantelamiento y retirada. El Tribunal Supremo respaldó ambas actuaciones. En la tercera sentencia el Tribunal Supremo confirmó la resolución de la Sala a quo por la que se dispuso la procedencia de la recuperación de oficio del dominio público marítimo terrestre ocupado por las instalaciones de un kiosco que se situaba en la ribera del mar.

¹⁶⁵ Artículo 202 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

efectividad de la paralización o la suspensión, el órgano competente podrá solicitar la colaboración de la fuerza pública.

Si las infracciones se derivan del incumplimiento de las condiciones del Título administrativo, se declara su caducidad, cuando sea procedente, siéndolo cuando nos encontremos en alguno de los supuestos del artículo 79.1 de la Ley de Costas, entre los que se encuentra la invasión del dominio público no otorgado o el aumento de la superficie construida, volumen o altura máxima en más del 10 por 100 sobre el proyecto autorizado¹⁶⁶. Además de ello, la ley prevé en el caso de reincidencia en infracciones graves que se pueda declarar la inhabilitación para ser titular de autorizaciones y concesiones por un plazo de uno a tres años.

En cuanto a las sanciones, éstas se regulan en los artículos 94 a 100 de la Ley de Costas y en los artículos 178 a 191 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre, y son las multas, la restitución, la reposición y la indemnización. La ejecución no autorizada de instalaciones en el dominio público marítimo-terrestre, así como el

¹⁶⁶ Ejemplo de caducidad de concesiones administrativas lo encontramos en la Sentencia de la Sala 3ª, de 19 de diciembre de 2002, del TS, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona, EDJ 2002/55806; en la Sentencia de la Sala 3ª, de 11 de mayo de 2001, del TS de la que fue ponente el mismo Magistrado, EDJ 2001/9555; y en la Sentencia de la Sala 3ª, de 24 de septiembre de 2001, del TS, de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez, EDJ 2001/30881. En la primera de las sentencias citadas el TS declara que es conforme a derecho la OM que determinó la caducidad, por incumplimiento de las condiciones, de la concesión administrativa otorgada para ocupar terreno en la zona marítimo-terrestre con destino a la construcción de un depósito de maderas con un cobertizo y un pequeño muelle de atraque para embarcaciones menores. La Sala, teniendo en cuenta que los terrenos en litigio, a la entrada en vigor de la Ley de Costas 1988, no habían pasado a formar parte del dominio privado de los concesionarios, puesto que la concesión en su momento otorgada tenía como finalidad, inherente al propio desecado y saneamiento de la marisma, tanto la construcción de un depósito de maderas como la construcción y ulterior uso del embarcadero, establece que, no siendo la Administración ajena a la finalidad específica de utilizar los terrenos desecados como cobertizo y muelle de embarque, el incumplimiento de tales fines, por su interés público, ha determinado la caducidad de la relación concesional. En la segunda de las Sentencias, el TS desestima el recurso interpuesto frente a la sentencia que declaró la caducidad de una concesión para la construcción y explotación de un merendero en dominio marítimo-terrestre por incumplimiento de la superficie máxima autorizada de construcción, por cuanto que, entre otros motivos, no se ha producido la prescripción de la acción resolutoria de la concesión, ya que la acción para la protección y recuperación del dominio público es imprescriptible. Así mismo, no cabe hablar de aplicación retroactiva de una norma posterior al momento de la concesión, que establece la caducidad por incumplimiento de las obligaciones, ya que tal caducidad se declaró porque así lo preveía expresamente el contrato concesional. En la tercera sentencia, el TS resuelve que no ha lugar al recurso de casación suscitado contra sentencia de la Audiencia Nacional, sobre caducidad de concesión para la ocupación de una franja de terreno de la zona marítimo-terrestre de la playa de Cádiz. Establece al respecto que la resolución administrativa impugnada en el proceso ha apreciado un incumplimiento de la finalidad o destino de la concesión otorgada, producido por el estado de abandono y situación ruinosa en que el chalet se encuentra desde hace años y esta es la causa de la declaración de caducidad decidida. Es mas, el cumplimiento u observancia del fin para el que se otorga constituye una condición cuando menos implícita en toda concesión.

aumento de superficie, volumen o altura construidos sobre los autorizados¹⁶⁷ está sancionada con multa del 50% del valor de las obras e instalaciones cuando estén en dominio público. Además de ello el infractor está obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente¹⁶⁸. El Tribunal Supremo ha afirmado que dada la imprescriptibilidad del dominio público que el precepto constitucional proclama, el hecho de que haya prescrito la sanción en nada debe afectar a las exigencias relativas a la restitución del dominio público. La demolición de lo ilícitamente edificado y la reposición del dominio público han de exigirse en virtud del artículo 92 de la Ley de Costas “*cualquiera que sea el tiempo transcurrido*”¹⁶⁹.

Con un criterio muy acertado la Ley de Costas prevé que los responsables de la infracción, pueden ser tanto personas físicas y personas jurídicas cómo los funcionarios o autoridades¹⁷⁰. En aquellas infracciones que se deriven del otorgamiento de títulos administrativos que resulten contrarios a lo establecido en la Ley de Costas y cuyo ejercicio ocasione daños graves al dominio público o a terceros, son igualmente responsables: tanto los funcionarios o empleados de cualquier Administración Pública que informen favorablemente el otorgamiento del correspondiente título, que serán sancionados por falta grave en vía disciplinaria, previo el correspondiente expediente, como las autoridades y los miembros de órganos colegiados de cualesquiera Corporaciones o Entidades públicas que resuelvan o voten a favor del otorgamiento del título, desoyendo informes

¹⁶⁷ En este caso, el criterio que se han de tener en cuenta para realizar el cálculo de la cuantía de la multa es la progresión en función de la gravedad de la acción u omisión. Para su cálculo se podrán tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 190.2.

¹⁶⁸ Artículo 95.1 de la Ley de Costas y 179.1 del RD 1471/1989.

¹⁶⁹ Sentencia de la Sala 3ª, de 7 de octubre de 2002, del TS, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona. EDJ 2002/42772. El TS, desestimando el recurso de casación planteado por la entidad mercantil recurrente, ha lugar al deducido por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por TSJ, casando esta sentencia en cuanto anuló los actos administrativos impugnados en el particular que se referían a la demolición de la parte de la edificación y obras realizadas en la zona de dominio público marítimo-terrestre y en la de servidumbre de tránsito litoral, porque, teniendo en cuenta la imprescriptibilidad del dominio público que el artículo 132 CE proclama, el hecho de que la Sala territorial hubiera apreciado la prescripción de la sanción en nada debió afectar a las exigencias relativas a la restitución del dominio público, conforme dispone el artículo 92 Ley 22/1988. Por tanto, siendo conforme a derecho la orden de demolición y de restitución de las cosas a su primitivo estado, porque la situación física del inmueble no sólo invade la zona de servidumbre de tránsito sino también, en algunos de sus parajes, el dominio público litoral, la Sala, en funciones de Tribunal de instancia, desestima el recurso Contencioso-administrativo en su momento formulado en lo referente a esta cuestión.

¹⁷⁰ Artículo 93 de la Ley de Costas y artículo 177 del RD 1471/1989, de 1 de diciembre.

preceptivos y unánimes en que se advierta expresamente de la ilegalidad, o cuando no se hubieran recabado dichos informes.

Con todos los instrumentos legales descritos la Demarcación de Costas debe llevar a cabo con mayor rigor su potestad sancionadora frente a particulares y frente a las corporaciones locales que fomentan la ocupación del dominio público marítimo-terrestre con la finalidad de eliminar actuaciones irregulares. Muestra de ello son las múltiples quejas que el Defensor del Pueblo ha recibido en relación con la ocupación ilegal de la zona de dominio público marítimo terrestre. Así la *queja* 8705034 en la que la investigación realizada por el Defensor del Pueblo con motivo puso en evidencia los siguientes hechos¹⁷¹: Por resolución de la Dirección General de Puertos y Costas de fecha 27 de febrero de 1989, se ordenó levantar las instalaciones de una industria y la reposición del terreno a su anterior estado, toda vez que expresamente se había denegado a su titular la prórroga de la autorización de que disponía desde el 29 de abril de 1986. Con fecha 16 de mayo de 1989, se concedió el plazo de un mes para cumplir con lo ordenado en la citada resolución, bajo apercibimiento de ejecución subsidiaria por parte de la Administración pública. Transcurridos siete meses sin que el obligado cumpliera con las órdenes dadas y con lo estipulado en la propia autorización, el Servicio de Costas incoó un expediente de recuperación posesoria del dominio público. Este expediente fue resuelto el día 3 de agosto de 1990, en el que, de nuevo, se ordenó el levantamiento de las instalaciones y se advirtió de la posible ejecución subsidiaria en caso de incumplimiento de lo ordenado. También con fecha 9 de enero de 1990, se incoó un expediente sancionador, tras cuya incoación no se efectuó ningún trámite.

El Defensor del Pueblo manifestó su desaprobación de la actuación llevada a cabo por la Dirección General de Puertos y Costas ya que actuó con falta de celeridad y eficacia quedando plasmado en el tiempo transcurrido hasta que se resolvió la no concesión de la prórroga solicitada o hasta que se incoó el expediente de recuperación posesoria de esos terrenos y el de carácter sancionador, junto con el hecho de que el expediente sancionador incoado el 9 de enero de 1990 se paralizara desde entonces. Todo ello era muestra de la ausencia de una voluntad administrativa de cumplir con lo dispuesto en las leyes y en sus propios actos administrativos.

En la *queja* 8812593 el firmante informaba al Defensor del Pueblo que en la época de los años cincuenta se había construido un pequeño aserradero en los

¹⁷¹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1990, págs. 405 – 407.

espacios de la cabecera de la playa de la Ría de San Roque-Negradas, Vivero, Lugo, ocupándose prácticamente toda ella con dos pseudo-galpones que desnaturalizaban la fisonomía de la ría¹⁷². Además, denunciaba el vertido en sus aguas de toda clase de residuos, como serrín, petróleo, aceites y otras sustancias altamente nocivas, convirtiendo la ría en un lodazal fangoso y maloliente, tal como había constatado la Consejería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura de la Xunta de Galicia.

El reclamante comunicaba también que el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, por medio de su Dirección General de Puertos y Costas, había constatado la usurpación de 963 m² de terreno demanial iniciando un expediente administrativo al respecto y que la Comandancia Militar de Marina de Ferrol, incoó en el año 1987 otro expediente para constatar su denuncia, el cual se paralizó, sin recaer resolución expresa, a pesar de varios requerimientos del denunciante. La usurpación tenía estas características: uno de los edificios estaba ocupado por la Xunta de Galicia, con destino a “estación biológica” y se ubicaba todo él en terrenos de dominio público, habiéndose procedido a instar la legalización de la ocupación. El otro edificio estaba ubicado, en un 34 por 100 de su superficie, en terrenos de dominio público y el resto en zona de servidumbre de protección. A su ocupante se le había ordenado el levantamiento de la ocupación, con reposición del terreno a su estado primitivo, apercibiéndole de proceder a la ejecución subsidiaria, en el caso de que no retirase los materiales en el plazo establecido.

En la respuesta al informe que solicitó el Defensor del Pueblo, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes puso de manifiesto que era cierta la usurpación denunciada y que el Servicio de Costas de Lugo había iniciado el oportuno expediente de recuperación posesoria o legalización, en su caso, del uso de la estación biológica de la Junta de Galicia.

La postura del Defensor del Pueblo es clara: los bienes de dominio público marítimo-terrestre son inalienables, imprescriptibles e inembargables, por ello carecen de todo valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas por prolongadas que sean en el tiempo, correspondiendo a la Administración del Estado la facultad de proceder a la recuperación posesoria de oficio y en cualquier tiempo de dichos bienes¹⁷³.

¹⁷² Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pag. 596.

¹⁷³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1999, pag. 487.

7.2. Medidas a adoptar por la Comunidad Autónoma y por los Ayuntamientos: Los planes de Ordenación del Territorio, la planificación y disciplina urbanística

De los efectos del proceso urbanizador “agresivo” tuvo constancia el Defensor del Pueblo Andaluz tras recibir alrededor de cinco mil escritos individualizados de queja, firmados por vecinos residentes y otros propietarios de viviendas, así como por representantes hoteleros del núcleo de población de Matalascañas, dependiente del Ayuntamiento de Almonte-Huelva, para más datos, enclavado en una zona de excepcional valor ecológico y paisajístico, el Parque Nacional de Doñana¹⁷⁴.

La situación descrita y las deficiencias en la prestación de diversos servicios municipales, que fueron objeto de la *queja 1233/91*, se resumen en los siguientes puntos: la falta de limpieza y reparación del alcantarillado interior del núcleo de población; la falta de limpieza viaria; la recogida de basuras, la falta del número suficiente de papeleras y contenedores, la falta de limpieza de las que hay, la falta de política municipal, de educación y de colaboración ciudadana; la existencia de un vertedero cercano a la playa que constituye un foco de contaminación; la existencia de solares sin edificar que se convierten en vertederos incontrolados, que provocan olores, insalubridad y falta de higiene; la falta de ordenación, control y vigilancia del tráfico urbano, la insuficiencia y deficiente estado de conservación de señales de circulación; la contaminación acústica descontrolada; el mal estado de conservación de viales; la realización de acampadas ilegales en solares sin edificar dentro de la urbanización; la falta de servicios higiénicos en urbanizaciones y en la playa; la ausencia de vigilancia policía local en la población para prevenir daños en bienes o personas; la ausencia de vigilancia de Policía Local en las zonas de playa; la falta de delimitación de zonas de embarque y desembarque; la contaminación del agua del mar; el insuficiente servicio de limpieza de la arena; la inexistencia de un adecuado servicio de la Cruz Roja del Mar; la falta de megafonía, la escasez y las malas condiciones de los servicios higiénicos; un paseo marítimo sin terminar, su falta de conservación y limpieza; la utilización del mismo como carretera.

La investigación de dicha queja motivó la solicitud de un informe al Ayuntamiento sobre cada uno de los aspectos anteriormente reseñados, así como sobre las medidas previstas para su solución, pero la falta de concreción en muchas

¹⁷⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1991, págs. 473 – 478 y el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, págs. 702 – 705.

de las cuestiones planteadas, hizo que el Defensor del Pueblo, el Adjunto 1º y dos Asesores de las Áreas implicadas, mantuvieran entrevistas con representantes de los colectivos afectados: vecinos, veraneantes y hoteleros; así como con el Alcalde y Teniente Alcalde de Obras y Urbanismo del Ayuntamiento de Almonte. El resultado de las actuaciones del Defensor del Pueblo Andaluz se concretó en la aprobación del Plan Municipal de Verano para la playa de Matalascañas¹⁷⁵.

La *queja de oficio 00/1323* que tuvo por asunto las actuaciones urbanísticas irregulares en el litoral gaditano, se abrió como consecuencia de que los medios de comunicación denunciaron la nueva creación de enclaves residenciales, entre los municipios de Conil de la Frontera y Barbate, propios de la época del “*desarrollismo*”, que consolidan núcleos urbanos construidos sin respeto a los valores de la zona donde se asientan, sin que se tomen medidas de ordenación¹⁷⁶. Nos referimos a construcciones sobre acantilados que perturban y alteran su perfil y sus valores paisajísticos, nuevas urbanizaciones en terrenos muy cercanos a playas, implantación de campos de golf sin prever, salvo que su riego se realiza con aguas recicladas, el impacto que, para los distintos intereses generales protegibles, se puede provocar, teniendo en cuenta que alguno de estos campos de golf se llegó a ejecutar sin las preceptivas autorizaciones administrativas y sin que ello haya afectado a su puesta en funcionamiento.

En la tramitación de esta queja, el Comisionado Parlamentario Autonómico trajo a colación las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, tan valoradas en su filosofía como ignoradas e inobservadas en términos generales, que consideran, no sin razón, al espacio litoral como un medio frágil y escaso con necesidad de ser preservado, impidiendo que, sobre él, se desarrollen usos, aprovechamientos y actividades que, por su carácter desordenado o inadecuado, puedan alterarlo o

¹⁷⁵ Valorada toda la información la institución andaluza formuló Sugerencias en el sentido de que se elaborara un proyecto de Ordenanza de protección del medio ambiente contra la contaminación acústica, atmosférica y proveniente de vertidos, para su toma en consideración y aprobación, si procedía, por los Órganos Municipales competentes y mientras éste se formulaba que se adoptaran medidas provisionales de control y policía, para preservar el derecho fundamental a disfrutar de un medioambiente adecuado. Igualmente sugirió que se mantuvieran los cauces suficientes, por parte de la Corporación, para facilitar la participación ciudadana en la toma de decisiones tendentes a afrontar las posibles soluciones a los problemas planteados, ello en aras del mayor y más amplio respeto al principio constitucionalmente establecido de participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social; dándose así cumplimiento a la obligación que a las Corporaciones Locales impone el artículo 69.1, de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida local. Por su parte el Ayuntamiento mostró una actitud colaboradora y dio una respuesta favorable en relación a las Sugerencias formuladas.

¹⁷⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 105 – 108.

modificarlo. En ellas se pretende evitar la utilización intensiva y monofuncional del litoral y procurar la utilización que mejor se adapte a sus características y posibilidades. Con esta finalidad, se planteaban objetivos ambiciosos como la intervención coordinada y conjunta de las Administraciones Territoriales, medidas de protección de sus valores ambientales, adquisición por la Comunidad Autónoma de espacios naturales litorales, adecuada y coordinada ordenación territorial y planificación urbanística, etc.

En cuanto a los usos turísticos y recreativos, las Directrices son claras pues instan a las Administraciones para que tengan en cuenta las necesidades que plantea la conservación del paisaje, las aguas, la vegetación, la fauna y demás elementos que contribuyen a definir el atractivo natural del litoral. Se pretende orientar las actividades hoteleras y residenciales de temporada hacía los núcleos ya existentes y su integración en la estructura general y orgánica del territorio y procurar que el crecimiento residencial y turístico no afecte a los espacios de interés natural. Por otra parte, se subraya la importancia paisajística de los acantilados y su necesidad de protección frente a usos y actuaciones que puedan ir en detrimento de su debida preservación; a estos efectos, se pretende que la actuación administrativa se oriente, de modo general, hacia su conservación.

Lamentablemente todos estos buenos propósitos y medidas de preservación aplicables al litoral gaditano desde Conil a Barbate y que pueden resultar extensibles a otras zonas del litoral andaluz, parecen estar en contradicción con el urbanismo desarrollista que se está ejecutando en estos municipios. De ello resulta la necesidad de dar una respuesta adecuada que, sin menoscabar su potencialidad turística, es más, potenciándola a largo plazo, permita respetar sus valores naturales en los que, precisamente, se encuentra uno de sus principales atractivos.

En este punto es necesario mencionar que, con ocasión del seguimiento que el Comisionado parlamentario andaluz realizó acerca del cumplimiento de la Directrices Regionales del Litoral de Andalucía, formuló a la Consejería de Obras Públicas y Transporte la Sugerencia de urgente elaboración en el marco de la Ley 1/94, de 11 de Enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de una Planificación territorial de ámbito sub-regional que, conforme al artículo 10 de la Ley citada y de acuerdo con la normativa sectorial que sea de aplicación, establezca los elementos básicos para la organización y estructura del Litoral Andaluz, siendo el marco de referencia territorial para el desarrollo y coordinación de las políticas, planes, programas y proyectos de las Administraciones y Entidades Públicas así como para las actividades de los particulares.

Como quiera que no se apreció una actuación en el sentido indicado por parte de esa Consejería, con posterioridad, el Defensor del Pueblo Andaluz inició una actuación de oficio encaminada a obtener una respuesta a las Resoluciones formuladas por esta Institución sin que, en lo que se refiere a la elaboración de este Plan de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, obtuviera un pronunciamiento positivo.

Ante este panorama, las medidas que han de adoptarse ante las agresiones que se producen en el litoral, a juicio del Comisionado Parlamentario Andaluz, consisten en: por un lado, el impulso de la redacción y aprobación de Planes de Ordenación del Territorio que serviría de marco de referencia a los planes generales y parciales de los municipios, siendo imprescindible que en él se recojan los principios y criterios de intervención en el litoral previstos en las Directrices Regionales del Litoral de Andalucía; por otro lado, en la estricta exigencia por parte de los responsables locales de la disciplina urbanística y, en caso de pasividad municipal, la subrogación de la Administración Autonómica en esta competencia, sin perjuicio de que se remitan a la autoridad judicial competente aquellas actuaciones que pudieran ser constitutivas de delito.

Es posible que, en muchos de estos casos, la crítica no se encuentre debidamente contrastada, desde un punto de vista jurídico formal, pero lo que no cabe negar es el hecho indudable de que la presión urbanística sobre la costa ha aumentado de forma notable y que es preciso ordenar, limitar y encauzar si se quiere mantener su belleza y singularidad, las intervenciones que allí se produzcan. Una playa limpia y soleada proporciona atractivos para la propiedad colindante, pero la errónea y abusiva utilización de tales ventajas simplemente las elimina: el paraje en cuestión pierde interés cuando se interceptan los rayos solares mediante la creación de grandes pantallas de edificios, se restan superficies a las playas transformadas en paseos o avenidas comerciales, se dificultan los accesos mediante la escatimación de los viales, y se contaminan quizás las aguas por los subproductos de las poblaciones asentadas.

Para llevar a cabo una explotación racional de los recursos costeros y un uso equilibrado del espacio litoral, la ordenación y las decisiones que se tomen sobre el litoral habrán de tener en cuenta: todos los condicionantes y especialmente los referentes al medio natural; los derechos e intereses de todos los usuarios y propietarios, pero primando los intereses de la comunidad a largo plazo; que exista una claridad y publicidad en todas las disposiciones y actuaciones de tal manera que no se ocasionen privilegios de unas personas o grupos sobre otros. En conclusión, la utilización del territorio litoral de forma indiscriminada y hasta la saturación, sin

tener en cuenta los límites que todo uso territorial tiene, nos lleva a un mayor deterioro del litoral y de las aguas marítimas¹⁷⁷.

El Defensor del Pueblo Andaluz valora muy positivamente que comience a surgir una clara demanda social de una intervención administrativa que dé respuesta y evite la degradación del litoral. Intervención, que exige una presencia real y efectiva de las Administraciones tuteladoras de los diversos intereses públicos protegibles, que ha de manifestarse tanto en la potestad de ordenación del territorio y urbanística, como en el ejercicio de la disciplina urbanística en esta parte del litoral y, en su caso, en la remisión a la autoridad judicial competente de aquellas actuaciones que pudieran ser constitutivas de delito. En este sentido, el profesor MARTÍN MATEO afirma que para proteger el litoral de la presión urbanística a la que está sometido, procede que se adopten una serie de disposiciones que, como poco, impidan urbanizar lo hasta ahora libre de urbanización, y ello es porque en muchas zonas, especialmente en las zonas más deterioradas que coinciden con áreas consolidadas por la urbanización, la Ley de Costas tiene desgraciadamente pocas posibilidades de incidencia práctica¹⁷⁸.

Relacionado con ello, el profesor PÉREZ MORENO hace una crítica a la Ley de costas basada en dos motivos: el primer motivo es la pérdida de enfoques técnicos jurídicos que eran conquistas del acervo jurídico español, difícilmente alumbradas y difícilmente respetadas e impuestas por la jurisprudencia. Se refiere a los Planes Especiales Coordinadores de Playas que debían haber pasado de la doctrina a la realidad y debía haberse configurado como una instancia vinculante coordinadora vinculante *erga omnes* en el territorio, territorio que es el protagonista de las acciones administrativas y el plan el que las ordena¹⁷⁹. El segundo motivo se refiere a

¹⁷⁷ Vid. TRAPERO, Juan Jesús, “Aspectos Urbanísticos de la protección del territorio litoral”, Revista de Derecho Urbanístico número 117, 1990, págs. 53 – 64.

¹⁷⁸ Vid. MARTÍN MATEO, Ramón y VERA REBOLLO, J. Fernando, “Problemas de ordenación territorial y urbanística en el litoral survalenciano: consideraciones sobre planeamiento, conservación de costas y promoción del turismo residencial”, Revista de Derecho Urbanístico número 114, págs. 13 – 27.

¹⁷⁹ Sobre los planes de ordenación de playas que preveía la anterior legislación de costas destaquemos dos cualidades muy positivas que se regulaban en el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Costas derogada. La primera consiste en que el ámbito físico sobre el que se formula no sólo abarca la regulación del dominio público que comprende la playa, sino también sus accesos y servicios anejos, lo que afecta a terrenos comprendidos fuera de la playa, incluidos o no en la zona marítimo-terrestre. Y la segunda es la remisión a múltiples órganos administrativos estatales, autonómicos y locales, del avance del plan y la posterior convocatoria de dichos órganos a una reunión para, de acuerdo con las decisiones conjuntamente adoptadas, levantar acta de la misma y, tras la posterior información pública y estudio de las alegaciones, aprobar definitivamente el plan. Vid. MENÉNDEZ REXACH, A. “La ordenación de las playas y sus problemas jurídicos. En especial el

la escasa línea creativa de la Ley que podía haber avanzado en el diseño de planes medioambientales para las costas que más que un no, fueran un sí, al tratarse de hacer un inventario previo, con atlas ecológicos, estudios de impacto ambiental, para que pudiera decirse a un empresario, a unos intereses económicos, a un grupo social, una respuesta clara y anticipada sin crear tensiones¹⁸⁰.

En la *queja 92/1839*¹⁸¹, el interesado exponía que en su día había denunciado ante el Ayuntamiento de Barbate la construcción de un edificio de dos plantas por parte de un tercero, en Zahara de los Atunes (Cádiz), por entender que era constitutivo de una infracción urbanística, además de incumplir la vigente Ley de Costas. Manifestaba el interesado que a pesar de su denuncia, el Ayuntamiento no había ejercido las acciones oportunas en defensa de la legalidad urbanística. En su investigación el Defensor del Pueblo comprobó que se había producido una grave dilación en la tramitación de la denuncia del interesado, por lo que formuló al Ayuntamiento una Recomendación en el sentido de que respetara, en la tramitación de sus expedientes, las normas de economía, celeridad y eficacia, por cuanto se trataba de un imperativo legal y porque constituía una garantía para los administrados de que la Administración cumplía adecuadamente los fines encomendados.

Asimismo, le comunicó que la disciplina urbanística asegura que el Planeamiento municipal, aprobado por los representantes democráticos, cumple los objetivos que determinaron su vigencia. Por esta razón los Ayuntamientos deben velar para que quede asegurada permanentemente la observancia de la ordenación material reguladora de los usos y aprovechamientos, de los actos de utilización del suelo y de las construcciones. A juicio del Defensor del Pueblo Andaluz a la denuncia de una infracción urbanística debe dársele la máxima agilidad con objeto de evitar una consolidación de actitudes contrarias al Planeamiento municipal.

En la *queja 95/2776*¹⁸², el interesado denunciaba el olvido, dejación y permisividad de construcciones ilegales en la zona de El Palmar, de Vejer de la

tema de las competencias concurrentes”, Revista de Derecho Urbanístico número 76, 1982, págs. 79 – 101; Vid. ÁLVAREZ MERINO, Julio, “A propósito de los planes de ordenación de playas”, Revista de Derecho Urbanístico número 86, 1986, págs. 105 – 113 y VERA FERNÁNDEZ SANZ, Alberto, “La ordenación de Playas y otros espacios costeros”, Revista Española de Derecho Administrativo número 27, 1980, págs. 577 y ss.

¹⁸⁰ Vid. PÉREZ MORENO, Alfonso, “La Ley de Costas y el Planeamiento Urbanístico”, Revista de Derecho Urbanístico número 117, 1990, págs. 13 – 40.

¹⁸¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, de 1993, págs 199 y 200.

¹⁸² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, de 1996, págs 163 y 164.

Frontera (Cádiz), indicando que en la Semana Santa de 1995 se habían iniciado más de veinte construcciones, algunas de ellas tan descaradamente ilegales que lo habían hecho encima del hito de la Demarcación de Costas, en parcelas de cien metros cuadrados, o 18 apartamentos en un solo edificio. El Ayuntamiento, en el escrito que envió al Defensor del Pueblo Andaluz, informó que el expediente de protección de la legalidad urbanística y sancionador, no se había podido iniciar por falta de medios y material, pero su intención era iniciarlos en el menor tiempo posible.

En estas dos últimas quejas se observa una deficitaria actuación inspectora. Las Administraciones públicas parecen olvidar la obligación que les impone el artículo 101 de la Ley de Costas de denunciar las infracciones de que tengan noticias y de tramitar las denuncias que se le presenten. A este respecto el Tribunal Constitucional ha hecho notar que *“en general, sea cual sea la Administración competente, no pueden las restantes permanecer pasivas, en relación con las infracciones del régimen de protección y utilización de las costas, dados los términos generales del artículo 101, que obliga a todas las Administraciones con competencias confluyentes sobre las costas a efectuar las comprobaciones necesarias y a tramitar todas las denuncias que reciba, sin perjuicio de dirigirse a las autoridades que estimen competentes para imponer las sanciones que procedan”*¹⁸³.

Por consiguiente, es claro que las dificultades en calificar una determinada conducta como infracción urbanística o como infracción en la legislación de costas, no puede obstaculizar ni servir de excusa para impedir la inspección y comprobación por parte de los Ayuntamientos y de las demás Administraciones Públicas. Cómo afirma BORRAJO INIESTA sólo en el momento en que la autoridad competente, a la vista de la información aportada por sus agentes, debe decidir si procede incoar procedimiento sancionador, puede suscitarse la cuestión competencial; y si entiende que corresponde a otra Administración debe remitirle las actuaciones realizadas por sus servicios, lo que constituye una denuncia que vincula a la Administración que la recibe¹⁸⁴.

Es sorprendente la escasa identificación que los funcionarios de cualquier Administración Pública tienen respecto a los objetivos de las leyes, en este caso, de la Ley de Costas y respecto al Estado en su conjunto entendido como institución

¹⁸³ STC 149/1991, de 4 de julio, de la que fue ponente Francisco Rubio Llorente. FJ 6.a.

¹⁸⁴ Vid. BORRAJO INIESTA, Ignacio, *“La incidencia de la Ley de Costas en el Derecho Urbanístico”*, Revista de Administración Pública número 130, enero –abril, 1993, págs. 131 – 153.

supraordenada en la que todos se integran y de donde proviene su autoridad¹⁸⁵. Los funcionarios se sienten, casi sin excepciones, identificados únicamente con su Administración territorial e incluso, no nos han faltado ejemplos, con su unidad administrativa. Todo lo demás les es ajeno, no pueden ver lo que sucede más allá de su despacho. Con esta forma de proceder la unidad de acción del Estado, los objetivos de la Ley de Costas se rompen y cada uno va “a lo suyo”. No hay unidad de acción, y, por supuesto, tampoco colaboración y ni siquiera coordinación¹⁸⁶.

Es hora de exigir a las Administraciones públicas un cambio de talante, una mentalidad renovada donde las competencias no sean el fin, sino el medio para un objetivo común: la protección del medio ambiente. Donde las competencias sean el instrumento que facilite la coordinación para buscar la consecución de un fin que a todos compromete. Es hora de exigir a las Administraciones públicas mayor voluntad política para aplicar las normas. Voluntad que requiere ir complementada con una previsión de intervención más activa y no meramente precautoria, siendo imprescindible comprometer unas inversiones públicas y privadas, muchos mayores que las actuales si se quisiese intentar acometer actuaciones coherentes que traten de crear un equilibrio más seguro en los espacios litorales¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Esta expresión es utilizada por el profesor Alejandro NIETO en “Balada de la Justicia y la Ley” Editorial Trotta, Madrid, 2002. pag. 116.

¹⁸⁶ En este punto queremos resaltar el hecho que se nos comunicó en una de las entrevistas mantenidas durante la elaboración de nuestro trabajo con funcionarios de la Demarcación de Costas de Málaga. El motivo por el cual lo resaltamos radica en la búsqueda de soluciones para actuar ante graves comportamientos que infringen la Ley de Costas. La Demarcación de Costas tenía constancia de la producción de un vertido continuado en una de las playas de la provincia. No pudiendo actuar a priori ante esta situación lo comunicó a la Comunidad Autónoma y observando que ésta, aún siendo competente en materia de vertidos al espacio marítimo-terrestre, no ejercía la competencia de la que era titular, la Demarcación de Costas decidió actuar. El fundamento de su actuación iniciando expediente sancionador fue la imposibilidad del uso del demanio público ya que los restos del vertido se depositaban en la orilla del mar e impedía en tránsito por la misma.

¹⁸⁷ Es esta línea de actuación de corresponsabilizar a los entes públicos y privados la que asumió la autorización que el 6 de octubre de 1977 el Consejo de Ministros otorgó a una empresa privada para construir y explotar el puerto deportivo base o de invernada en una urbanización del termino municipal de Manilva en Málaga. La prescripción concesional G disponía que “*el titular sería responsable de los daños que puedan causar las obras autorizadas, directa o indirectamente, en las costas y playas inmediatas, a juicio del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, el cual determinará, en su caso, las obras necesarias, que deberá realizar dicho titular a sus expensas y en el plazo que se le señale, a fin de restituir la costa y playa afectada a su primitivo estado*”. Esta misma prescripción se contenía en la resolución de 29 de diciembre de 1982 y en la Orden Ministerial de 25 de octubre del mismo año que autorizaron a la actora la ocupación de terrenos de dominio público para desarrollar el proyecto de obras de construcción y explotación del puerto deportivo. El análisis de la evolución de las playas inmediatas al Puerto deportivo en cuestión, llevado a cabo por la citada Demarcación de Costas de Andalucía-Mediterráneo, puso de relieve una fuerte erosión de aquéllas, imputable a la construcción del puerto deportivo que había supuesto la pérdida total de la playa de la

Barriada del Castillo, de unos 41.500 metros cuadrados de superficie, equivalentes a 166.000 metros cúbicos de arena, por lo que ordenó que se llevara a cabo la realización de determinados trabajos en las playas próximas al puerto. Ver la Sentencia de la Sala 3ª, de 7 de noviembre de 2001, del TS, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona. EDJ 2001/51535.

El Patrimonio Histórico

1. La existencia del Patrimonio Histórico, su protección y su puesta en valor

Desde el propio Preámbulo de la Constitución, se proclama la voluntad de proteger a todos los españoles y pueblos de España en sus culturas y tradiciones, y de promover el progreso de la cultura. El Derecho de todos los ciudadanos al acceso a la cultura, que preconiza el artículo 44 de la Constitución, exige para su concreción efectiva de dos requisitos fundamentales cuales son la propia existencia de un Patrimonio Cultural y la puesta en valor del mismo. Por este motivo el Derecho de acceso a la Cultura adquiere su verdadero significado cuando se conecta con el principio consagrado en el artículo 46 de nuestra Carta Magna, donde se atribuye a los poderes públicos la misión de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del Patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran.

La Constitución no ha positivizado de igual forma todos los Derechos. Los derechos relativos a la Cultura se han introducido en forma de principios o valores constitucionales, en los artículos 44.1 y 46, dentro del Capítulo III del Título I, que lleva por rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica”¹.

¹ Sobre el valor jurídico del artículo 44 y del artículo 46 en cuanto que principios rectores de la política social y económica existen distintas posturas de la doctrina. El profesor Garrido Falla considera que la materia contemplada en el artículo 46 no es estrictamente constitucional y, desde luego no contienen derecho subjetivo alguno siendo considerados simplemente buenos y píos deseos de la retórica constitucional. Vid. GARRIDO FALLA, Fernando, “Comentarios a la Constitución”. Edit Civitas, Madrid, 1985. Otros autores como García Enterría sostienen que los principios del Capítulo III del Título I son algo más que meras normas programáticas, puesto que todos los artículos de la Constitución, aunque no tengan el mismo alcance, enuncian efectivas normas jurídicas directamente aplicables. Esta interpretación no es óbice para que el profesor García de Enterría distinga entre unos y otros derechos, señalando que el artículo 46 de la Constitución formula más que derechos subjetivos, fines o directrices de la acción de los poderes públicos. Vid. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, “La Constitución como norma jurídica”, en *La Constitución española de 1978*, dirigido por A. PREDIERI y E. GARCÍA ENTERRÍA, 1ª edición, Madrid, 1980, págs. 100 ss. Ver también PRIETO DE PEDRO, Jesús, *Cultura, Culturas y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; Vid. ABAD LICERAS, José María, “*El principio jurisprudencial del derecho social a la cultura: análisis y manifestaciones*”, *Revista Patrimonio Cultural y Derecho*,

Estos preceptos constitucionales mencionados se ensalzan como preceptos claves de la denominada “Constitución cultural” que junto a la “Constitución económica” y la “Constitución Social” se encuentra ya consolidada en nuestra Carta Magna debiendo informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

En la medida en que el Patrimonio histórico, cultural y artístico sea preservado y enriquecido, los ciudadanos podrán contar con el elemento material sobre el cual poder hacer efectivo el Derecho de acceso a la Cultura. Asimismo, únicamente en la medida en que los Bienes que conforman dicho Patrimonio y el entorno que los rodea cuenten con las condiciones materiales adecuadas para posibilitar la contemplación y el disfrute por los ciudadanos, es decir, únicamente cuando sea realidad la puesta en valor del Bien, podemos considerar que el Derecho de acceso a la Cultura ha adquirido su pleno contenido². Esta idea de la defensa del derecho social a la cultura como finalidad perseguida por la legislación protectora del patrimonio cultural histórico-artístico, según una interpretación y aplicación de sus normas en el sentido más favorable a la conservación de los bienes culturales, se basa en un conjunto de sentencias dictadas tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

Para el Tribunal Constitucional hay una concurrencia de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas “ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales”, tal y como se establece en la Sentencia de 5 de abril de 1984³ y en la Sentencia de 10 de abril de 1997. La hoy unificada Sala Tercera del Tribunal Supremo que tiene como remoto antecedente la sentencia de 14 de diciembre de 1931, declaraba en su Penúltimo Considerando que la legislación cultural utilizada “tiene por objeto único impedir que se mermen o desaparezcan los (bienes) que positivamente revisten carácter artístico o arqueológico”⁴.

número 6, 2002, págs. 11 – 45.

² Sobre esta cuestión ver PÉREZ MORENO, A.: “El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico”, Revista de Derecho Urbanístico número 119, pág. 20, nota marginal número 7.

³ Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra. Sentencia publicada en el BOE núm. 99.

⁴ Sobre la Jurisprudencia y el patrimonio histórico ver especialmente: ESTRELLA IZQUIERDO, V.: “El patrimonio histórico-artístico en la jurisprudencia”, Revista de Administración Pública, número 76, 1975, págs. 133 y ss.

Prescindiendo de este ejemplo, la salvaguardia del derecho social a la cultura aparece recogida en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo⁵. Las sentencias de 3 de octubre de 1986 y de 19 de noviembre de 1991 identifican nítidamente el principio de defensa del derecho social a la cultura con la necesidad de conservar el patrimonio cultural histórico-artístico. Con esa idea su Fundamento de Derecho Cuarto declaran: *“Las atribuciones de los organismos protectores del Patrimonio Histórico-Artístico obedecen a la defensa del derecho social a la cultura que obliga a aplicar la legislación protectora de dicho Patrimonio en el sentido más favorable a la conservación del mismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución”*⁶.

No es, por tanto, la conservación del Patrimonio un fin en sí mismo, aún cuando sea importante, sino sobre todo un medio para un fin más trascendente, cual es la puesta en valor de los bienes que lo integran para disfrute de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos. Sólo en la medida de que los ciudadanos pueden acceder a los Bienes de su Patrimonio, éstos se convierten en auténticos instrumentos de promoción cultural, en vehículos para el desarrollo cultural de un pueblo. En este sentido, la acción cultural de los poderes públicos con competencias en la materia no

⁵ Sentencia de 9 de marzo de 1970; sentencia de 13 de abril de 1981; sentencia de 31 de marzo de 1982; sentencia de 7 de junio de 1982; sentencia de 9 de abril de 1984; sentencia de 13 de abril de 1984; sentencia de 11 de febrero de 1985; sentencia de 17 de mayo de 1985; sentencia de 3 de octubre de 1986; sentencia de 8 de mayo de 1987; sentencia de 7 de octubre de 1988; sentencia de 19 de noviembre de 1991; sentencia de 6 de abril de 1992; sentencia de 18 de noviembre de 1996; sentencia de 20 de julio de 1998. Sobre la Jurisprudencia y el patrimonio histórico ver especialmente: ESTRELLA IZQUIERDO, V.: *“El patrimonio histórico-artístico en la jurisprudencia”*, Revista de Administración Pública, número 76, 1975, págs. 133 y ss.

⁶ El elemento de conservación de los bienes culturales, como finalidad esencial de su legislación protectora derivada del derecho social a la cultura, también está presente en las sentencias de 13 de abril de 1981, 31 de marzo de 1982, 13 de abril de 1984 y 11 de febrero de 1985, cuyos Considerandos Primero, Segundo, Tercero y Segundo, respectivamente, reproducen casi idénticamente su argumentación en el sentido de considerar la conservación del patrimonio histórico-artístico como un principio determinante en la actuación de los poderes públicos, no sólo nacionales, sino también internacionales, dada la trascendencia que aquellos bienes tienen en la cultura universal de la humanidad. En este sentido, declaran: *“Es tesis reiteradamente aceptada por la jurisprudencia que la protección legal de los Monumentos y Conjuntos histórico-artísticos de la Nación, - representada fundamentalmente por la Ley de 13 mayo 1935, modificada por la de 22 diciembre 1955, el Reglamento de 16 abril 1936, Decreto de 22 julio 1958 y 22 octubre 1970 y Orden de 20 noviembre 1964-, desenvuelve su actuación en el orden cultural, quedando en estos supuestos marginada toda consideración crematística por pesar más en ello su carácter espiritual, en cuanto bien común de la colectividad; esto es, que el derecho social a la cultura que trasciende incluso los límites nacionales insertándose como campo espiritual en el patrimonio colectivo de la Humanidad, presenta unas esenciales e importantes cualidades que hace inexcusable aplicar la legislación protectora en el sentido más favorable a los fines de conservación de los bienes culturales a que se refiere, concediendo a la Administración una cobertura legal que le autoriza a impedir la realización de obras que puedan producir daños o pérdidas en aquellos Monumentos o Conjuntos Históricos-Artísticos”*.

puede, en modo alguno, limitarse a la mera conservación o protección del Patrimonio, sino que ha de orientarse fundamentalmente y ha de tener como objetivo último la puesta en valor de los Bienes culturales para disfrute de los ciudadanos⁷. Esta obligación de la Administración de realizar actuaciones para la puesta en valor de los Bienes del Patrimonio, ha de contemplarse además desde una doble vertiente: de un lado, se dirigirá al establecimiento de un régimen jurídico que facilite el acceso de los ciudadanos a los Bienes Culturales, sea cual sea su titularidad, y, de otro lado, se orientará a fomentar y promocionar el conocimiento de los Bienes Culturales por la ciudadanía⁸.

En este sentido, la labor del Defensor del Pueblo y de los distintos Comisionados Parlamentarios Autonómicos en el ámbito de la Cultura adquiere su significado en la supervisión de la actuación administrativa orientada a garantizar la efectividad del Derecho de todos los ciudadanos a acceder a la Cultura, o, lo que es lo mismo, en la supervisión de la acción administrativa orientada a la conservación y enriquecimiento del Patrimonio Cultural y los Bienes que lo integran, y su posterior puesta en valor.

Aunque es verdad que tanto para el Defensor del Pueblo como para sus análogos autonómicos es objeto de una preocupación especialísima el respeto de los derechos fundamentales, estas instituciones también han mostrado una profunda preocupación y una actuación contundente en la tutela y supervisión de la Administración ante posibles vulneraciones de Derechos Constitucionales de otra naturaleza como son los derechos contenidos en el Capítulo III, del Título I de la Constitución. Son los llamados “derechos difusos” o “derechos de tercera generación” porque en numerosas ocasiones, no afectan de forma muy singular a un determinado sujeto, sino que, más bien, los efectos de su falta de respeto se extiende a un número indeterminado de sujetos, a una colectividad o a una sociedad en su conjunto.

Nuestra Constitución de 1978 establece la distribución de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas. El artículo 149.1,28 atribuye al Estado la competencia exclusiva en la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; los museos, bibliotecas y

⁷ Una completa visión sobre la instrumentalización del Patrimonio Histórico al servicio de la cultura y la identificación de los pilares que deben asegurar el destino *uti univesi* lo encontramos en ALONSO IBÁÑEZ, M^a del Rosario, “El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural”, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 309 y 310.

archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de sus gestión por parte de las Comunidades autónomas. Mientras, el artículo 148 atribuye a las Comunidades Autónomas competencias sobre: museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la comunidad autónoma; el patrimonio monumental de interés para la Comunidad Autónoma; el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma⁹.

Por su parte las competencias que corresponde a los Entes Locales han sido configuradas por el legislador ordinario en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local en cuyo artículo 25 se enuncia que en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas el municipio ejercerá competencias en materia de protección histórico-artística en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas¹⁰.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía contiene no pocas previsiones sobre los compromisos que han de ejercer los poderes públicos en aras del cumplimiento de aquellos fines constitucionales. Sin extendernos en ellos, recordaremos solamente que el artículo 12 del Estatuto andaluz dispone, de forma muy clara, que la Comunidad Autónoma ejercerá sus poderes con el objetivo básico, entre otros, de *“proteger y realzar el paisaje y el patrimonio histórico de Andalucía”*¹¹. Igualmente se propone como objetivo *“afianzar la conciencia de identidad andaluza a través de la investigación, la difusión y el conocimiento de los*

⁹ Artículo 149 apartado 15, 16 y 17.

¹⁰ Artículo 25.1,e) de la LBRL. El profesor Gómez Barahona enumera una serie de competencias que complementan aquellas que le vienen atribuidas a los municipios expresamente por la Ley de Patrimonio Histórico. Así las clasifica en tres grupos: a) la aprobación de ordenanzas reguladoras de los bienes, actividades y manifestaciones culturales que integran su patrimonio cultural municipal definiendo qué bienes lo entregan, las categorías que se dividen, los objetivos de protección que se proponen, precisando las relaciones de cooperación y coordinación con otras entidades administrativas, concretando las competencias y las potestades administrativas, desarrollando las obligaciones municipales que implican la declaración y la incidencia que produce en otros ámbitos competenciales municipales como es el urbanismo, el medio ambiente, las actividades clasificadas y en otras técnicas de intervención como las inspecciones, licencias, etc.; b) la adopción de medidas de protección para evitar su deterioro o destrucción como la creación de Catálogos, Inventarios, o Registros de Bienes de Interés Cultural municipal, la regulación y aplicación de técnicas de fiscalización como las inspecciones, los deberes de información, la imposición de deberes de mantenimiento y conservación; c) la previsión de distintas medidas de ayuda, compensación y estímulo que definan el compromiso público activo más allá de las meras técnicas de policía sobre las que tradicionalmente ha gravitado la intervención pública en el sector. Vid. GÓMEZ BARAHONA, Alberto, *“Las competencias municipales en la protección del patrimonio cultural”*, Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, 2001, Madrid, págs. 47 – 60.

¹¹ Artículo 12 del Estatuto apartado 3.6.

valores históricos y culturales”¹². Para la consecución de tales objetivos y a tenor de lo dispuesto, Andalucía posee la competencia exclusiva, entre otras, en materia de “promoción y fomento de la cultura en todas sus manifestaciones y expresiones, sin perjuicio del artículo 149.2 de la Constitución”, “patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, sin perjuicio de lo que dispone el número 28 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución”¹³.

Existe pues un inequívoco marco constitucional y estatutario en el que hay que encuadrar la exigibilidad a los poderes públicos y, desde luego, también a los ciudadanos de que protejan el patrimonio histórico.

Ahora bien, aunque estos son los preceptos que regulan expresamente la materia del Patrimonio histórico no podemos olvidar que el Patrimonio histórico no es un compartimento estanco ajeno a la acción que desarrollen los poderes públicos desde otros sectores¹⁴. Los espacios culturales son objeto de políticas de intervención de muy diverso signo, urbanísticas, medioambientales, turísticas¹⁵, y a distintos niveles, estatal, autonómico y local. Cada una de estas intervenciones configura estatutos jurídicos diferentes provocando una superposición de técnicas de

¹² Artículo 12 del Estatuto apartado 3.2.

¹³ Artículo 13.27 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

¹⁴ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “La legislación española sobre el Patrimonio Histórico-Artístico. Balance de la situación cara a su reforma”, Revista de Derecho Urbanístico, número 60, 1978, págs. 13-36.

¹⁵ A ello se debe el dato del escaso número de quejas tramitadas por el Área de Cultura del Defensor del Pueblo Andaluz. En este Área únicamente se tramitan las quejas que, relacionadas con el Patrimonio Histórico, plantean cuestiones que afectan exclusivamente o, al menos, de forma preponderante, al ejercicio de sus competencias por parte de la Administración Cultural andaluza. Esto implica que cuando una queja referida al Patrimonio Histórico, presenta en su contenido un planteamiento en el que priman las actuaciones realizadas, o dejadas de realizar, por los Departamentos urbanísticos, el estudio y trámite de la queja corresponde al Área de Urbanismo del Defensor del Pueblo Andaluz. Esta distribución competencial, derivada de la propia realidad multidisciplinaria de la organización administrativa en relación con el Patrimonio Histórico, es la causa fundamental de la reducida presencia del Área de Cultura en las estadísticas de la actuación de esta Institución. Resulta frecuente que, tras analizar una denuncia relativa a una deficiente conservación o protección de un Bien del Patrimonio por parte de una Entidad Local, se compruebe que el problema consiste fundamentalmente en un incumplimiento de normas urbanísticas por parte de la Administración actuante, que hacen aconsejable que la investigación de la denuncia se realice por el Área de Urbanismo antes que por el Área de Cultura, o bien por ambas conjuntamente. La imbricación dentro del ámbito de la conservación y protección del Patrimonio Histórico de las cuestiones culturales y urbanísticas es cada vez más notoria, hasta el punto de que en ocasiones se hace prácticamente imposible analizar la actuación cultural de los Entes Públicos sin dedicar un importante apartado a glosar las normas urbanísticas que disciplinan su intervención. Esta confusión de disciplinas entre los cultural y los urbanístico tiene como consecuencia que en numerosas ocasiones la investigación de los asuntos relativos a los Bienes que conforman nuestro Patrimonio Histórico se realiza por parte de las Áreas de Cultura y Urbanismo, con el fin de mejorar la eficacia de nuestra investigación.

intervención de muy diverso signo competencial¹⁶. Sin embargo son espacios que requieren un tratamiento específico en el que se integren y se coordinen todas las actuaciones sectoriales que en ellos confluyan¹⁷. Por ello, la ordenación del territorio como competencia exclusiva asignada por el artículo 148.1, 3 de la Constitución a las Comunidades Autónomas, ha de ser ejercida con contundencia, sin perjuicios de otros títulos competenciales del Estado en virtud de los cuales puede intervenir¹⁸.

No podemos olvidar las competencias de la Administración territorial local que a través del planeamiento urbanístico reconocido en el artículo 21.1,f, el artículo 22.1,c) y el artículo 25.2,d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local concreta las competencias mencionadas.

Si atendemos a los Estatuto de Autonomía observamos como todas las Comunidades Autónomas han asumido entre sus competencias exclusivas las materias de ordenación del territorio, urbanismo y protección del Patrimonio histórico cultural¹⁹. Si nos detenemos en el Estatuto de Autonomía Andaluz, éste

¹⁶ Vid. BASSOLS COMA, Martín, “*Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y Conjuntos Históricos*”, Revista de Derecho Urbanístico número 118, 1990, págs. 13 – 127 y BASSOLS COMA, Martín, “*Los Conjuntos Históricos: su concepto en el ordenamiento jurídico español e internacional*”, Revista de Patrimonio Cultural y Derecho, número 4, 2000, págs. 91 – 110; Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *La ordenación jurídica del patrimonio histórico*, Civitas, Madrid, 1990; Vid. JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995; Vid. SÁNCHEZ GOYANES, Enrique, “*Técnicas urbanísticas de protección del Patrimonio Cultural en el Derecho Español*”, *Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico*, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, 2001, págs. 61 – 97.

¹⁷ Vid. ALONSO IBÁÑEZ, M^a del Rosario, “*La identificación de los espacios culturales en el ordenamiento español y la necesidad de integrar su tratamiento en el marco de la ordenación territorial*”, Revista de Patrimonio Cultural y Derecho, número 1, 1997, págs. 101 – 119.

¹⁸ Estos títulos competenciales son el reconocido en el artículo 149.1,1 de la regulación de 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; el artículo 149.1,8 relativo a la legislación civil; el artículo 149.1,13 relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; el artículo 149.1,18 en lo que respecta a la legislación sobre expropiación forzosa y el artículo 149.1,23 en relación a la legislación básica sobre medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección además de la facultad de desarrollo y ejecución de la legislación básica. Si observamos el tenor literal del artículo 148.1,9, éste otorgaba a las Comunidades Autónomas que accedieron a su autonomía por la vía lenta sólo la gestión en materia de medio ambiente, sin perjuicio de que siguiendo lo marcado en el apartado 2º del mismo precepto constitucional transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, ampliarán sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149.

¹⁹ El Estatuto de Autonomía Vasco en su artículo 10 apartado 3 y 5; El Estatuto de Autonomía Catalán en su artículo 9 apartado 9 y 5; El Estatuto de Autonomía Gallego en su artículo 27 apartado 3 y 18; El Estatuto de Autonomía Asturiano en el artículo 10 apartado 3 y 18; El Estatuto de Autonomía Cántabro en el artículo 24 apartado 3 y 17; El Estatuto de Autonomía Riojano en el artículo 8 apartado 16 y 8; El Estatuto de Autonomía Murciano en el artículo 10 apartado 2 y 14;

asume para la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en política territorial, es decir, en ordenación del territorio, litoral y urbanismo y en el Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico sin perjuicio de los que dispone el artículo 149.1,28 de la Constitución²⁰.

La concreción de las competencias que posee cada una de las Administraciones territoriales en el ámbito del Patrimonio histórico está singularizada en la Ley de Cortes Generales 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español²¹ y la respectiva ley autonómica²², en Andalucía, la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía²³.

El Estatuto de Autonomía Valenciano en el artículo 31 apartado 9 y 5; El Estatuto de Autonomía Aragonés en el artículo 35 apartado 7 y 33; El Estatuto de Autonomía Castellano Manchego en el artículo 31 apartado 2 y 16; El Estatuto de Autonomía Canario en el artículo 30 apartado 15 y 9; El Estatuto de Autonomía Navarro en el artículo 44 apartado 1 y 9; El Estatuto de Autonomía Extremeño en el artículo 7 apartado 2 y 13; El Estatuto de Autonomía Balear en el artículo 10 apartado 3 y 21; El Estatuto de Autonomía Madrileño en el artículo 26.1,4 y 26.1,19 respectivamente; El Estatuto de Autonomía Castellano Leones en el artículo 32 apartado 2 y 12. También las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla en su Estatuto de Autonomía ejercen unas peculiares competencias en relación con estas materias así en el caso de la Ciudad de Ceuta, el artículo 22. 1 en su apartado primero y decimocuarto le atribuye las facultades de administración, inspección y sanción y el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria en los términos que establezca la legislación general del Estado sobre la ordenación del territorio, urbanismo y Patrimonio cultural, histórico y arqueológico, monumental, arquitectónico y científico de interés para la Ciudad. Por su parte el Estatuto de Autonomía de la Ciudad de Melilla se pronuncia en los mismos términos en el artículo 21.1 apartado primero y decimocuarto.

²⁰ Artículo 13 apartado octavo y vigésimo séptimo, respectivamente.

²¹La ley está desarrollada parcialmente por el RD 111/1986, de 10 de enero, modificado por el RD 64/1994, de 21 de enero que lo adecua a la STC 17/1991, de 31 de enero de la que fue ponente José Gabaldón López Esta Sentencia fue el resultado de la discusión del Título competencial del Estado para dictar la Ley. En ella, aunque no se declaró la inconstitucional de ningún precepto, el TC estableció la interpretación sobre alguno de ellos, concretamente de los artículos 2.3, 9.1 y 49.5. En cuanto a la distribución competencial, la Sentencia mantiene que la atribución de competencia exclusiva al Estado para la “defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación comporta la necesidad de regular el ámbito concreto de esa actividad de protección y, en relación con la misma, aquellos aspectos que le sirven de presupuestos necesarios. Aún así, El TC establece un límite, ya que sostiene que no cabe extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de la incardinación general del Patrimonio Histórico-artístico en el término cultural, pues por esta vía se dejarían vacíos de contenido los títulos del bloque de la constitucionalidad que se limitan a regular una porción definida del ámbito espectro de la misma. Reproduciendo la doctrina del TC, existe en la materia de protección del Patrimonio Histórico-artístico un Título de atribución del Estado definido en el artículo 149.1.28 de la Constitución Española al que se contraponen el que atribuye competencias a las Comunidades Autónomas fundadas en los Estatutos de Autonomía. De ahí que la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en cuanto al Patrimonio Cultural, Artístico y Monumental haya de partir de aquel Título estatal pero articulándolo con los preceptos estatutarios que definen competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en la materia. El Estado ostenta, pues, la competencia exclusiva en la defensa de dicho Patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las Comunidades Autónomas en lo restantes que haya sido asumido por sus respectivos Estatutos; sin que

ello implique que la eventual afectación de los intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá de ponderar en cada caso. En atención a ello, para determinar cuando es competente la Administración autonómica en la declaración de bienes de interés cultural tenemos, en primer lugar que comprobar los Estatutos de Autonomía para confirmar que las Comunidades Autónomas han asumido las respectivas competencias; y en segundo lugar, tenemos que interpretar el artículo 6 de la LPHE a *sensu* contrario. De esta manera las Comunidades autónomas serán competentes respecto de los bienes que posean valores artísticos, históricos, paleontológicos, arqueológicos, etnográficos, científicos, o técnicos y no se encuentren adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado ni formen parte del Patrimonio Nacional. Es el artículo 11 del RD 64/1994, de 21 de enero el que concreta que la tramitación de la declaración de bien de interés cultural se regirá por la normativa autonómica. En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía el procedimiento de Declaración de Bienes de Interés Cultural es el establecido en la LPHE.

²² Navarra: Decreto Foral 48/1983, de 15 de diciembre, sobre aprobación de proyectos de obras en monumentos y conjuntos histórico-artísticos; Decreto Foral 217/1986, de 3 de octubre, por el que se regula la declaración de Bienes de Interés Cultural; Decreto Foral 218/1986, de 3 de octubre, por el que se regula la concesión de licencias para la realización de excavaciones y prospecciones arqueológicas; País Vasco: Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco; Decreto 234/1996, de 8 de octubre, por el que se establece el régimen para la determinación de las zonas de presunción arqueológica; Decreto 341/1999, de 5 de octubre, sobre las condiciones de traslado, entrega y depósito de los Bienes de Interés Arqueológico y Paleontológico descubiertos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco; Decreto 342/1999, de 5 de octubre, del Registro de Bienes Culturales Calificados y del Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco; Canarias: Ley 11/ 2002, de 21 de noviembre, de modificación de la ley 4/1999, de 15 de marzo, de Patrimonio Histórico de Canarias; Decreto 662/1984, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la declaración de monumentos y conjuntos histórico-artísticos de interés para la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 3/1993, de 27 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1994. Artículo 23. Medidas de fomento del Patrimonio Cultural. Extremadura: Ley 2/1999, de 29 de marzo, del Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura. Decreto 37/1997, de 18 de marzo, de Prospecciones Arqueológicas y utilización de aparatos detectores de metales en actividades que afecten al Patrimonio Arqueológico de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 93/1997, de 1 de julio, por el que se regula la actividad arqueológica en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 90/2001, de 13 de junio, por el que se crean las Comisiones Provinciales de Patrimonio Histórico; Islas Baleares: Ley 12/1998, de 21 de diciembre, del Patrimonio Histórico de las Illes Balears; Decreto 144/2000, de 27 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento de Intervenciones Arqueológicas y Paleontológicas; Decreto 94/1991, de 31 de octubre, por el que se regula la declaración de los Bienes de Interés Cultural y se crea el Registro de Bienes de Interés Cultural, así como el Inventario del Patrimonio Cultural Mueble de la Comunidad; Ley 6/1993, de 28 de septiembre, sobre adecuación de las redes de instalaciones a las condiciones histórico ambientales de los núcleos de población; Madrid: Ley 10/1998, de 9 de julio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid; Ley 7/2000, de 19 de junio de rehabilitación de espacios urbanos degradados y de inmuebles que deban ser objeto de preservación; Murcia: Ley 4/1990, de 11 de abril, de medidas de fomento del Patrimonio Histórico de la Región de Murcia; Decreto 180/1987, de 26 de noviembre, sobre actuaciones arqueológicas; Aragón: Ley 3/1999, de 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés; Ley 12/1997, de 3 de diciembre, de Parques Culturales de Aragón; Decreto 223/1998, de 23 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de desarrollo parcial de la Ley 12/1997, de 3 de diciembre, de Parques Culturales de Aragón; Decreto 6/1990, de 23 de enero, por el que se aprueba el régimen de autorizaciones para la realización de actividades arqueológicas y paleontológicas en la Comunidad Autónoma de Aragón; Asturias: Ley 1/2001, de 6 de marzo, de Patrimonio Cultural de Asturias; Cantabria: Ley 11/1998, de 13 de octubre, de Patrimonio Cultural de Cantabria; Decreto 51/1996, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actuaciones Arqueológicas; Decreto 22/2001, de 12 de marzo, del Registro General de Bienes de Interés Cultural, del Catálogo General de Bienes de Interés Local y del Inventario General del Patrimonio Cultural de Cantabria; Decreto 36/2001, de 2 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Cantabria 11/1998 de

Son por tanto muchas políticas las que inciden sobre un mismo territorio y se solapan complementándose, así la ordenación del territorio, la materia urbanística, la estrictamente ambiental de aguas, costas, espacios naturales, y la cultural. Todas ellas se ordenan en el mismo espacio y exigen una concepción conjunta, siendo ello sólo posible mediante la coordinación entre las distintas Administraciones implicadas a la que obliga el artículo 103.1 de la CE y en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²⁴.

Tanto la Ley de Patrimonio Histórico Español como la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía enuncian las técnicas de protección y fomento: así la declaración de un bien de interés cultural y su consiguiente inscripción en el Registro General de Bienes de Interés Cultural²⁵. Esta declaración puede realizarse por Ley o

Patrimonio Cultural; Castilla – León: Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León; Decreto 37/1985, del 1 de abril, por el que se establece la Normativa de Excavaciones Arqueológicas y Paleontológicas de la Comunidad de Castilla y León; Decreto 58/1994, del 11 de marzo, por el que se establecen normas sobre prospecciones arqueológicas, utilización y publicidad de aparatos detectores de metales; Castilla-La Mancha: Ley 4/1990, de 30 de mayo, del Patrimonio Histórico de Castilla - La Mancha; Ley 4/2001, de 10 de mayo de 2001, de Parques Arqueológicos de Castilla-La Mancha; Cataluña: Ley 9/1993, de 30 de septiembre, del Patrimonio Cultural Catalán; Decreto 267/1991, de 25 de noviembre, sobre la Declaración de los Bienes de Interés Cultural y el Inventario del Patrimonio Cultural Mueble de Cataluña; Decreto 78/2002, de 5 de marzo, del Reglamento de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico. Valencia: Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano; Galicia: Ley 8/1995, de 30 de octubre, del Patrimonio Cultural de Galicia; Decreto 199/1997, de 10 de julio, por el que se regula la actividad arqueológica en la Comunidad Autónoma de Galicia; La Rioja: Ley 7/2004, de 18 de octubre, de Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja.

²³ Desarrollada por el Decreto 19/1995, de 7 de febrero que aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía y el Decreto 168/2003, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas.

²⁴ Ya en la Exposición de Motivos, la Ley 1/1994, de 11 de enero de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que los objetivos específicos de la Ordenación del Territorio son entre otros “la distribución geográfica de las actividades y de los usos del suelo, armonizada con el desarrollo económico, las potencialidades existentes en el territorio y la protección de la naturaleza y del Patrimonio Histórico”. También el artículo 11 de la Ley hace referencia al Patrimonio Histórico. Así entre los contenidos de los Planes de Ordenación de ámbito subregional se ha de contemplar: “la indicación de las zonas para la ordenación y compatibilidad de los usos del territorio y para la protección y la mejora del paisaje, de los recursos naturales y del patrimonio histórico y cultural, estableciendo los criterios y las medidas que hayan de ser desarrolladas por los distintos órganos de las Administraciones Públicas. Por su parte,

²⁵ La inscripción en el Registro General implicará, a petición del propietario o titular de derechos reales sobre un bien de interés cultural o, en su caso, del Ayuntamiento interesado, la expedición de un Título Oficial que identificará los bienes declarados de interés cultural. El Registro General tiene por objeto la anotación e inscripción de los actos que afecten a la identificación y localización de los bienes integrantes del Patrimonio histórico español declarados de interés cultural. Está adscrito a la Dirección General de Bellas Artes y Archivos del Ministerio de Cultura que, a través de la Subdirección General de Protección del Patrimonio Histórico, desarrolla las funciones relativas a la formación y actualización del mismo. La STC 17/1991, de 31 de enero, de la que fue ponente José

por Real Decreto. Sólo en el caso de los bienes adscritos a los servicios públicos gestionados por el Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional corresponde a la Administración General del Estado declarar un bien de interés cultural, mientras que en los demás casos corresponderá a la Administración Autonómica²⁶, aunque cabe una excepción: el Estado puede iniciar por razones de urgencia y oportunidad y frente actuaciones que provoquen expoliación la incoación de un expediente de declaración de interés cultural de un bien que no esté afecto a un servicio público gestionado por el, o de un bien que no sea integrante del Patrimonio Nacional²⁷.

Gabaldón López estimó que la existencia de un Registro General en donde se inscriben los Bienes previamente declarados de Interés Cultural junto a la expedición de un Título oficial que les identifique y la confección de un inventario general de los Bienes del Patrimonio Histórico Español no declarados de Interés Cultural que tengan singular relevancia constituyen manifestaciones del designio de la LPHE de articular los mecanismos de coordinación, conocimiento y publicidad precisos para desarrollar las competencias. El Tribunal Constitucional aclara que tal Registro se constituye como un elemento formal imprescindible para ejercer exclusivamente las competencias en la defensa del Patrimonio Histórico Español, constitucionalmente asignadas al Estado. Ello ha de entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencia en esta materia creen los instrumentos equivalentes en su seno, pues la LPHE no excluye la existencia de estos últimos. Ver el Fundamento jurídico 12º.

²⁶ Artículo 6 de la LPHE, interpretado conforme a la STC 17/1991, de 31 de enero, de la que fue ponente José Gabaldón López, Fj 10. En este sentido se pronuncia el RD 111/1986 en su artículo 11 que atribuye expresamente al Ministerio de Cultura incoar de oficio o a instancia de cualquier persona, los expedientes para declarar de interés cultural los bienes integrantes del Patrimonio histórico español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General de Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional. El Tribunal Constitucional sostiene que realizar una interpretación distinta a la anterior, supone relegar a las Comunidades Autónomas a la mera tramitación del expediente cuando resulta que el Estado no tiene otras competencias ejecutivas que las estrictamente encaminadas a la defensa del Patrimonio contra la expoliación y la exportación.

²⁷ El ejercicio de esta competencia se encuentra previsto en el artículo 4 de la Ley del Patrimonio Histórico estatal y en el artículo 57 bis del RD 64/1994, de 21 de enero. El Ministerio de Cultura para asegurarse de que se encuentra en uno de los supuestos del artículo 4 de la LPHE que puede legitimar una determinada actuación supliendo a una Comunidad Autónoma puede solicitar Informe a cualquiera de las instituciones consultivas de la Administración General del Estado sobre Patrimonio. La Comunidad Autónoma es oída con anterioridad a la formalización de la Orden Ministerial. Reconoce a la Comunidad Autónoma la puesta en práctica de las medidas conducentes a evitar la expoliación en caso de que el titular del bien requerido a llevarlas a cabo no lo haga. En este caso, la Administración General del Estado sólo actuará cuando requerida la Administración autonómica para que actúe, ésta desatienda el requerimiento. En el caso en que no pudiera evitarse la expoliación entretanto se dicta la Orden ministerial se fija un plazo concreto en el requerimiento a la Administración autonómica para que ésta adopte con urgencia las medidas conducentes a evitar la expoliación. El Reglamento parece dar a entender que será la propia Administración Autonómica la que establezca las medidas que enjuicie necesarias ya que con posterioridad el mismo artículo enuncia que la intervención de la Administración General del Estado no se producirá cuando la Comunidad Autónoma haya adoptado o esté adoptando las medidas de protección previstas en la LPHE o en su propia legislación y éstas se estimen adecuadas por el Ministerio de Cultura. En cuanto a la virtualidad práctica del ejercicio de competencia, “*es prácticamente inédita*”, Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, “*La situación del Patrimonio Histórico en Andalucía. Un balance en el decimoquinto aniversario de su Estatuto de Andalucía*”, RAAP número 27, 1996, págs. 43 - 94.

La legislación del Estado y su instrumento de protección concretado en la Declaración de Bien de Interés Cultural se complementa con la legislación autonómica, que en el caso andaluz diseña el instrumento de la inscripción en el Catalogo General de Patrimonio Histórico Andaluz, como el mecanismo para la protección individualizada de los bienes culturales.

La Ley andaluza establece dos variedades de inscripción que comportan grados diferentes de protección²⁸. Los bienes objetos de inscripción genérica se ven sometidos únicamente al régimen establecidos con carácter general para todos los bienes del patrimonio histórico, mientras que los inscritos con carácter específico quedan sujetos a un régimen de autorizaciones previas más estricto²⁹. Para justificar en todo lo posible las medidas protectoras de las necesidades de cada bien se abre, además, la posibilidad de que la catalogación vaya acompañada del establecimiento de instrucciones particulares, de modo que se eviten los problemas que la aplicación de normas genéricas puede plantear³⁰. Las instrucciones particulares permiten, además, agotar el grado de discrecionalidad de la Administración en su actuación posterior, ya que el otorgamiento o la denegación de las autorizaciones exigidas por Ley deberá, lógicamente, realizarse teniendo en cuenta las instrucciones dictadas. De este modo se avanza en la seguridad jurídica tanto de los administrados como de la propia Administración gestora que, al contener las instrucciones los criterios y requerimientos técnicos que materializan las acciones de protección y conservación, ve anticiparse los problemas técnicos de la protección y conservación y anticipa sus

²⁸ El artículo 2 del Decreto 4/1993, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización Administrativa del Patrimonio Histórico de Andalucía, atribuye a la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía la competencia en la formación, seguimiento y ejecución de la política andaluza de los bienes culturales, referida a la tutela, enriquecimiento y difusión del Patrimonio Histórico Andaluz, siendo, de acuerdo con el artículo 5.3, el titular de la Dirección General de Bienes Culturales, el órgano competente para incoar y tramitar los procedimientos de declaración de bienes de interés cultural y los procedimientos para dejar sin efecto las declaraciones; así como, incoar y tramitar los procedimientos de inscripción genérica en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz y los procedimientos de cancelación de inscripciones. Como complemento de ello la citada Dirección General dicta la Resolución de 1 de junio de 1999 por la que se delega el ejercicio de determinadas competencias a las Delegaciones provinciales, entre ellas la instrucción del expediente de declaración de Bienes de Interés Cultural y del expediente de inscripción o cancelación en el Catalogo General de Patrimonio Histórico Andaluz. Al Consejero le corresponde, en virtud del artículo 3.3, resolver los procedimientos de inscripción específica en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz y proponer al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía la declaración de Bienes de Interés Cultural. Finalmente, al Consejo de Gobierno le corresponde declarar los Bienes de Interés Cultural, que no se encuentren adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado tal y como establece el artículo 1.1.

²⁹ Artículo 8 apartado 1 y 2 de la LPHA.

³⁰ Las instrucciones particulares se encuentran contempladas en el artículo 8.2 y 11 de la LPHA y en el artículo 16 de Decreto 19/1995, de 7 de febrero.

soluciones, de ahí que las Instrucciones particulares aprobadas para cada conjunto se conviertan en un instrumento capital”³¹.

La declaración de un Bien de Interés Cultural y la inscripción genérica o específica en el Catálogo del Patrimonio Histórico Español, produce unos efectos. Los particulares están sujetos, en primer lugar a la obligación de conservación, inspección y visita³²; en segundo lugar, soportan una serie de limitaciones en su derecho de propiedad o en sus derechos sobre el bien, tales como el derecho de tanteo y retracto en favor de la Administración³³ o el régimen de autorizaciones³⁴, y en tercer lugar, están sujetos al régimen sancionador previsto en la legislación sectorial correspondiente. Además de ello, la falta de cumplimiento de las obligaciones mencionadas implica para los propietarios, poseedores o titulares de derechos la posibilidad de expropiación total o parcial por causa de interés social³⁵. Por tanto, el deber de conservación y protección de los Bienes integrantes de nuestro patrimonio histórico es un deber que recae sobre todos los titulares de dichos Bienes, sin que a estos efectos exista diferenciación en el grado de responsabilidad en función de que se trate de un propietario público o privado, o en base a la diferente condición del propietario privado de un Bien. Esto supone que las normas que estipula nuestro ordenamiento jurídico para la salvaguarda de la indemnidad de los Bienes patrimoniales le son de aplicación, tanto a la Administración Pública, como a los propietarios privados de Bienes patrimoniales.

Respecto a los efectos que para las Administraciones Públicas tiene la declaración de un bien como bien de interés cultural, o la inscripción específica de un

³¹ Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, “*La situación del Patrimonio Histórico en Andalucía. Un balance en el decimoquinto aniversario de su Estatuto de Andalucía*”, RAAP número 27, 1996, págs. 43 - 94.

³² La obligación de conservación se contempla en el artículo 36.1 de la Ley del Patrimonio Histórico Español y en el artículo 15.1 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía. La obligación de permitir y facilitar la inspección de los bienes por los organismos competentes se recoge en el artículo 13.2 de la Ley estatal y en el artículo 15.2 de la Ley andaluza. Y la obligación de permitir la visita pública y gratuita en la forma prevista reglamentariamente se contempla en el artículo 13.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal.

³³ Artículo 38 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal y artículo 18 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía.

³⁴ Artículo 22 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal y artículo 33 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía desarrollado en los artículos 44 a 55 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía.

³⁵ Artículo 36.4 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal, artículo 19 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía y artículos 33 y 34 del Decreto 19/1995, de 7 de febrero. La expropiación de bienes de valor artístico, arqueológico o histórico se llevará a cabo conforme al procedimiento establecido por los artículos 76 a 84 de la Ley de Expropiación forzosa y 92 a 100 de su Reglamento.

bien en el Catálogo, se debe destacar la labor de conservación, la labor de protección y la labor de fomento.

La conservación y la protección del patrimonio histórico deben realizarse con carácter preventivo a través de la planificación urbanística y con posterioridad a través del régimen de autorizaciones previsto en la LPHA. Esta norma, parte de la base de que los fines que persigue no pueden alcanzarse únicamente mediante el ejercicio de la labor de policía o la actividad de fomento, sino que exige la adopción de una postura activa que fije un marco claro de actuación. Para ello, nada mejor que acudir al planeamiento urbanístico, a través del cual puede objetivarse los parámetros de actuación sobre el patrimonio inmueble y fijarse el marco más amplio para la intervención sobre los bienes inmuebles³⁶.

Además de la legislación sectorial de Patrimonio Histórico, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía establece entre las determinaciones estructurales que afectan a todos municipios, que el Plan General de Ordenación Urbana ha de definir los ámbitos que deban ser objeto de especial protección de los centros históricos de interés, así como de los elementos o espacios urbanos que requieran una especial protección por su singular valor arquitectónico, histórico o cultural, debiendo establecerse las determinaciones de protección adecuadas al efecto³⁷. Completando lo anterior, se establece que el Plan General de Ordenación Urbana deberá determinar la normativa de las categorías del suelo no urbanizable de especial protección, con identificación de los elementos y espacios de valor histórico, natural o paisajístico más relevante. Entre las determinaciones preceptivas que diseñan la ordenación pormenorizada, se fija que el Plan General de Ordenación Urbana deberá definir aquellos elementos o espacios que requieran especial protección por su valor histórico, arquitectónico, histórico, cultural, natural o paisajístico, que no hayan de tener el carácter de estructural³⁸.

Dentro de las técnicas de control preventivo no podemos dejar de mencionar la Evaluación de Impacto Ambiental. Numerosos proyectos de iniciativa pública o

³⁶ Artículo 20 y 21 de la Ley del Patrimonio Histórico Español y artículo 30, 31 y 32 de la Ley del Patrimonio Histórico Andaluz.

³⁷ Artículo 10.1, A), g) y h) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. La Ley en su exposición de motivos muestra su preocupación por la necesidad de dar una mayor atención a la ciudad histórica a través de los criterios de conservación y rehabilitación y además dando primacía a la recuperación de la ciudad histórica como espacio vital, como espacio económico y como espacio vivido.

³⁸ Artículo 10.2,A),e) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía.

privada deben sujetarse a este juicio ambiental que pretende evaluar la sostenibilidad de la obra en el entorno ambiental. La Asociación del elemento cultural con esta técnica es particularmente intensa³⁹. De hecho, la evaluación de impacto ambiental integra necesariamente la valoración de los efectos de la obra sobre los bienes integrantes del patrimonio histórico-artístico y arqueológico. El estudio de impacto ambiental que debe realizar el agente interesado debe estimar los efectos de la obra sobre estos bienes, lo que posteriormente será objeto de valoración por la Administración ambiental competente para emitir la evaluación⁴⁰.

Por lo que se refiere a la protección en un segundo momento, es decir, una vez que se ha catalogado el bien o se ha declarado de interés cultural y se ha establecido su régimen jurídico, la citada protección se lleva a cabo a través de la vigilancia, la inspección, y la adopción de las medidas sancionadoras y correctoras necesarias para reparación y la restitución de los bienes a su estado original, medida que puede concretarse en la ejecución subsidiaria de los deberes de conservación sobre un bien de titularidad privada⁴¹ o en la expropiación⁴². La inspección de los bienes inscritos incluye la visita y el examen directo de los mismos a efectos de su estudio, la comprobación del cumplimiento de la legislación del patrimonio cultural o los actos dictados en aplicación de esta normativa por la Consejería de Cultura, así como la constatación, en su caso, de situaciones de emergencia⁴³. Y cuando no es

³⁹ Sobre la inevitable convivencia entre las grandes infraestructuras modernas y los vestigios arqueológicos y sobre las posibilidades que se abren como consecuencia de la habilitación de grandes espacios abiertos para dar cabida a las grandes infraestructuras ver: BAQUEDANO, Enrique y CABALLERO Carlos, “*Patrimonio Arqueológico y estructuras aeroportuarias: actitudes ante una difícil convivencia*”, Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 3, 1999, págs. 147 – 162. Entre otros casos en dicho artículos se nos analizan los trabajos arqueológicos que se proyectaron como consecuencia de los resultados de la Evaluación de Impacto Ambiental en la construcción de la tercera pista del Aeropuerto Madrid-Barajas que permitieron la realización de 2.600 catas para sondear ocho yacimientos.

⁴⁰ Sobre la Evaluación de Impacto Ambiental y el elemento cultural ver MOLINA GIMÉNEZ, Andrés, “*La protección de patrimonio cultural en su dimensión ambiental*”, RAAP número 40/2000, págs. 327 – 384 y BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier, “*Mecanismos de protección y financiación en la arqueología urbana*”, Revista de Administración Pública número 141, 1996, págs. 95 – 129.

⁴¹ Artículo 36 de la Ley de Patrimonio Histórico Español y artículo 17 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía.

⁴² Artículo 37.3 de la Ley de Patrimonio Histórico Español y artículo 20 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía.

⁴³ La actuación inspectora se regula en el artículo 21 del Decreto 19/1995, de 7 de febrero. Esta se inicia mediante notificación al propietario titular de derechos o al simple poseedor del bien, requiriendo el señalamiento de día y hora para la realización de la inspección. Recibida la notificación, el propietario titular de derechos o el poseedor del bien, tiene un plazo de diez días hábiles para responder señalando una fecha que, salvo causa justificada, no deberá ser posterior a quince días contados a partir de la fecha de la notificación. En el caso de que los propietarios, titulares

suficiente la existencia de un adecuado marco jurídico de protección para preservar la indemnidad de algunos bienes patrimoniales frente a las actuaciones de personas poco escrupulosas y nada respetuosas con el ordenamiento jurídico vigente, cuando la labor tuteladora de la Administración ha fracasado claramente, se hace necesario que la misma ponga en marcha su potestad sancionadora, y ello, no con un fin meramente vindicativo o represor, sino más bien con una intención ejemplarizante y preventiva respecto de ulteriores agresiones⁴⁴.

La labor fomento, por las Administraciones públicas se lleva a cabo a través de una amplia serie de medidas destinadas a incentivar la realización de actividades que contribuyan a la conservación o acrecentamiento de nuestro Patrimonio. Tal es el caso de la previsión de exenciones fiscales y de la concesión de las ayudas o subvenciones⁴⁵.

La legislación sobre Patrimonio Histórico actualmente vigente configura, como uno de sus avances más innovadores, la posibilidad del ejercicio de la acción pública en el ámbito de la protección del Patrimonio histórico. A través del ejercicio de la acción pública, los particulares pueden exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales el cumplimiento de las prescripciones legales que garantizan la pervivencia de nuestro acervo cultural⁴⁶. Sin embargo, esta vía, a juicio del Defensor del Pueblo Andalúz no está resultando todo lo expeditiva que sería de desear por cuanto no existe una conciencia cultural lo suficientemente extendida como para que los ciudadanos, a título individual, se sientan involucrados en la responsabilidad

de derechos o simples poseedores de los bienes no atiendan al requerimiento o se nieguen a permitir el acceso a los bienes, se habilita a la Consejería expresamente para que fije unilateralmente el día y la hora para la inspección comunicándolo a los propietarios o poseedores y advirtiéndoles que si no la permiten se acudirá a la ejecución forzosa. De esta forma, la autoridad que haya iniciado la inspección podrá recabar, en virtud del artículo 8.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo competente la autorización para la entrada del domicilio o lugar en el que vaya a llevar a cabo la inspección. En el supuesto de que la Administración tenga indicios o sospechas de que se han realizado actuaciones sobre los bienes inscritos sin la correspondiente autorización, o de que han sido dañados o corren peligro de deterioro, la inspección se realizará previa notificación con 24 horas de antelación.

⁴⁴ Título IX de la Ley de Patrimonio Histórico Español y Título XII de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía. Ver DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro, “El ejercicio de la potestad sancionadora como técnica de protección del Patrimonio Histórico-Artístico. Notas definitorias”, Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación Cultura y Deportes, 2001, págs. 35 – 46.

⁴⁵ Título VIII de la Ley de Patrimonio histórico de Estado y el Título X de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía.

⁴⁶ Artículo 8.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Español y artículo 5.2 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía.

compartida que supone la protección del Patrimonio común, y, por otra parte, no está suficientemente prevista la intervención, a través de figuras de apoderamiento jurídico, de Asociaciones dedicadas al fomento y el estudio del Patrimonio que, gozando de pública respetabilidad, se conviertan en el instrumento de vigilancia del estado de conservación de nuestro patrimonio⁴⁷.

En todas estas técnicas de protección tienen un especial protagonismo los principios que han de presidir las relaciones interadministrativas: la comunicación, la cooperación y la asistencia⁴⁸. Sólo a través de la efectiva ejecución de las propias competencias por parte de las Administraciones Públicas y de la observancia de los principios enunciados en las relaciones interadministrativas podrá garantizarse la conservación del Patrimonio Histórico y su enriquecimiento para facilitar el acceso a la cultura de todos, tal y como predicen conjuntamente el artículo 44 y el artículo 46 de la CE. La protección del patrimonio cultural es función que compete a todos los poderes públicos exigiendo, no solo una acción concreta y específica de determinados órganos, sino una presencia real de estos en toda la actividad desarrollada por las diferentes Administraciones Públicas hoy existentes en España. Como afirma ALEGRE ÁVILA, hay que considerar de forma unitaria la acción de tutela de los poderes públicos, lo que no quiere decir que todos los poderes públicos vayan a tener identidad de poder para llevar a cabo esta tarea. El deber de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, se atribuye a una pluralidad de sujetos políticos, pero en la medida y en los límites de su propio ámbito de competencia y en observancia de los mencionados principios de relaciones interadministrativas⁴⁹.

⁴⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, págs. 250 a 253.

⁴⁸ La Ley de Patrimonio Histórico Español reconoce el principio de colaboración entre las Administraciones cuando atribuye en el artículo 2.1 al Estado la adopción de las medidas necesarias para facilitar su colaboración con los restantes poderes públicos. Por otro lado, reconoce el principio de cooperación que han de presidir todas las actuaciones de los Ayuntamientos con los organismos competentes para la ejecución de la ley, es decir, con los organismos competentes de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma. La Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía muestra una técnica legislativa más correcta ya que en el artículo 4.2 integrado en el Título Primero que versa sobre los Principios Generales predica que las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Andalucía colaboraran estrechamente entre sí en el ejercicio de sus funciones y competencias para la defensa del Patrimonio Histórico, mediante relaciones recíprocas de plena comunicación, cooperación y asistencia mutua. Como puede observarse la relación de este precepto reconoce expresamente el sentido recíproco de los principios de comunicación, cooperación y asistencia mutua, sentido que no es reconocido expresamente en la ley estatal donde puede interpretarse incorrectamente que la cooperación debe predicarse de las relaciones de los Ayuntamientos con el Estado pero no a la inversa.

⁴⁹ Vid. ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, "Evolución y régimen jurídico del Patrimonio

No podemos dejar de mencionar a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) que nació el 16 de noviembre de 1945⁵⁰. Por esta organización se lleva a cabo la declaración de las “Ciudades Patrimonio de la Humanidad” consistente en un reconocimiento internacional que constituye un honor y una distinción, pero al mismo tiempo, supone una serie de obligaciones para las ciudades. La solicitud de tramitación del expediente para la consecución de la Declaración se centraliza a través de la Subdirección General del Instituto del Patrimonio Histórico Español, radicado en el Ministerio de Cultura, desde donde, con la participación de las Comunidades Autónomas se hace anualmente la propuesta ante la UNESCO.

La puesta en práctica del principio de colaboración entre entes locales el ha hecho posible la realidad del “Grupo de Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España” creado al amparo de la Disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Los Alcaldes de las Ciudades declaradas por la UNESCO con tal distinción, convencidos de las graves dificultades que supone conservar los valores y del esfuerzo económico que exige, constituyeron el 17 de septiembre de 1993 el mencionado grupo con la intención de actuar de manera conjunta en la defensa del patrimonio histórico y cultural de estas ciudades y en el mantenimiento y fomento de determinadas formas de vida que los cascos históricos de estas ciudades necesitan. Entre los fines del grupo mencionamos que

Histórico”, Ministerio de Cultura vols I y II, Madrid, 1994. Ver también BASSOLS COMA, Martín, “*El Patrimonio Histórico Español: aspectos de su régimen jurídico*”. Revista de Administración Pública número 114, 1987, págs. 93 – 126.

⁵⁰ El origen de los actuales “Bienes Patrimonio de la Humanidad” se remonta a los años sesenta, cuando la Construcción de la presa de Assuán en Egipto amenazó con hacer desaparecer para siempre los impresionantes monumentos de Nubia. La Comunidad Internacional se conmocionó ante tal posibilidad y tomó conciencia del desastre que le supondría a la humanidad, y no sólo a Egipto y Sudán, la pérdida irreparable de estos tesoros. Por primera vez se llegó a la conclusión de que unos monumentos de esta categoría no eran patrimonio de unos países concretos, sino que pertenecían a todos y a todos correspondía también la responsabilidad de su salvación y conservación. El 8 de marzo de 1960, el Director General de la UNESCO lanzó un llamamiento en favor de la preservación de estos monumentos, apelando a la solidaridad internacional, que habría de expresarse necesariamente en la consecución de cuantos recursos fueran precisos: la respuesta fue lo suficientemente generosa para conseguir la recuperación de un parte importante de estos tesoros, pero lo más importante fue la toma de conciencia generalizada por parte de los diferentes países. La coincidencia en el tiempo, y en la consecución de los mismos objetivos, de los movimientos ecológicos y de los responsables de la cultura en el mundo, explica la concreción de su espíritu, de unas medidas y la creación de un organismo que encarnó la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, aprobada por la Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y que entró en vigor en 1975. Sobre esta cuestión ver GUILLÉN RUÍZ AYÚCAR, Sonsoles y MELGOSA ARCOS, Francisco, “El grupo de ciudades patrimonio de la humanidad de España” RAAP número 41/2001, págs. 299 - 321.

llevan a cabo políticas de intercambio de experiencias y resultados, en relación con cuestiones planteadas y resueltas en cada una de las ciudades integrantes⁵¹.

Tampoco podemos dejar de hablar de la Iglesia Católica en cuanto titular de una parte importantísima del acervo cultural, pues no se puede negar la importancia y trascendencia que tienen en el Patrimonio Histórico los bienes propiedad de la Iglesia Católica, tanto por su valor patrimonial intrínseco como por su valor simbólico. En el marco de las relaciones internacionales, competencia exclusiva del Estado según la distribución competencial que la Constitución de 1978 realiza entre las Administraciones territoriales, la Santa Sede y el Estado español adoptaron el Acuerdo de 3 de Enero de 1.979, sobre enseñanza y asuntos culturales⁵². En el artículo 15 del citado Acuerdo, se expresa la voluntad de la Iglesia Católica, de continuar poniendo al servicio de la sociedad su Patrimonio Histórico-Artístico y Documental. Y se establece, igualmente, que con el fin de preservar, dar a conocer y catalogar ese Patrimonio cultural en posesión de la Iglesia, así como de facilitar su contemplación y estudio, lograr su mejor conservación e impedir cualquier clase de pérdidas, se concertarían con el Estado las bases para hacer efectivos el interés común y la colaboración de ambas partes.

En consecuencia con la trascendencia del patrimonio eclesiástico el Defensor del Pueblo ha reclamado repetidas veces la necesidad de una política específica orientada a la conservación, la protección y la restauración de este tipo de bienes, en la que colaboren la titularidad de los bienes, la Iglesia Católica y las Administraciones con competencias en materia de cultura. Únicamente de forma coordinada y mediante acuerdos de colaboración económica y técnica es posible acometer la ingente tarea de preservar en condiciones adecuadas un patrimonio de la magnitud y riqueza del eclesiástico.

En Andalucía, desarrollo de las previsiones estatutarias de ejecución de Tratados y Convenios Internacionales, en materias que son de competencia autonómica, cual es el caso del Patrimonio Histórico, Artístico, Monumental, etc., las relaciones entre la Iglesia Católica y la Junta de Andalucía en orden a la defensa, estudio, conservación y acrecentamiento del Patrimonio de aquella, han quedado plasmadas en el Acuerdo, publicado por Orden de la Consejería de Cultura, de 2 de

⁵¹ Ver PORTO REY, ENRIQUE “*Los planes urbanísticos y su problemática en el caso de las Ciudades Patrimonio de la Humanidad*”, Seminario Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ávila 1999, págs. 77 – 98.

⁵² Ratificado por Instrumento de 4 de Diciembre de 1979 y publicado en el BOE del día 15 de Diciembre de 1.979.

Abril de 1986. En el referido Acuerdo, y para coordinar las actuaciones sobre los bienes culturales de la Iglesia Católica localizados en Andalucía, se constituyó una Comisión Mixta Junta de Andalucía-Obispos de la Iglesia Católica de Andalucía, de representación paritaria. Pese a esta completa regulación normativa, resulta evidente que es necesario que la misma se traduzca en actuaciones efectivas que permitan una mejor conservación y protección del Patrimonio Eclesiástico.

Las Administraciones públicas conscientes de ello y en ejercicio del deber de acción positiva que les atribuye el artículo 46, que va más allá de la mera defensa y conservación con criterios subsidiarios y les impele a una política activa de promoción cultural ha formalizado entre otros: a nivel estatal, el Plan Nacional de Catedrales de 1997 y el reciente Plan Nacional de Abadías, Monasterios y Conventos, suscrito por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y la Conferencia Episcopal Española; a nivel autonómico andaluz, el Plan de Catedrales de Andalucía de 1985 que se perfilaba como pionero en la política de los bienes culturales en el país. Resultado de ello es el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Educación y Cultura y la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía para el desarrollo del Plan de Catedrales⁵³.

En Andalucía, es de destacar la programación y las actuaciones que se han llevado a cabo para la tutela del patrimonio histórico de Andalucía a través del Plan de Bienes Culturales de Andalucía en sus dos periodos: el primero 1989-1995⁵⁴ y el segundo 1996-2000⁵⁵.

Aún con todas estas actuaciones públicas se presentan quejas ante el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz, analicemos los motivos.

⁵³ Resolución de 19 de octubre de 1998, de la Dirección General de Bienes Culturales, publicada en el BOJA número 142 de 15 de diciembre de 1998.

⁵⁴ Se aprobó por el Consejo de Gobierno mediante Acuerdo de 14 de febrero de 1989 y fue remitido al Parlamento con objeto de recabar el pronunciamiento de la Cámara. En tal sentido el Pleno del Parlamento de Andalucía, en sesión celebrada los días 20 y 21 de junio de 1989, aprobó la formulación del Plan General de Bienes Culturales para el período 1989-1995.

⁵⁵ Se aprobó por el Consejo de Gobierno mediante Acuerdo de 9 de junio de 1998 y fue remitido al Parlamento de Andalucía, en sesión celebrada los días 26 y 27 de mayo de 1999, aprobó la formulación del Plan General de Bienes Culturales para el periodo 1996-2000.

2. La experiencia del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz ante el Patrimonio Histórico

La intervención tanto del Comisionado Parlamentario de las Cortes Generales, como de los Comisionados de las Asambleas legislativas autonómicas en la protección del patrimonio cultural se ha llevado a cabo a través de los poderes de investigación que le reconocen sus respectivas normas reguladoras. Así, han considerado importante distinguir dentro del ámbito de la cultura dos esferas diferentes que, a su vez, determinan dos campos distintos de actuación administrativa: una esfera tangible y una esfera más intangible. La esfera tangible está constituida por los elementos físicos, los bienes, que integran nuestro Patrimonio histórico, en los que predomina su presencia física y perceptible y frente a los que las distintas Administraciones asumen una obligación directa de conservación y preservación. Mientras, la esfera más intangible está conformada por todas las manifestaciones culturales y artísticas de un pueblo: su pintura, su poesía, su música, su danza..., en las que no predomina el elemento físico o material, pero que forman parte del acervo cultural de un pueblo, frente a estas manifestaciones el papel de la Administración es más indirecto concretándose en el campo de la promoción y el fomento⁵⁶. Nuestro trabajo y estudio se centrará en la esfera tangible, es decir, en los bienes físicos y concretamente en los bienes inmuebles por ser los que directamente se encuentran afectados por las políticas de ordenación del territorio y urbanismo.

Como pone de manifiesto la doctrina, lo que caracteriza a todos los bienes integrantes del patrimonio histórico es la disociación entre el sustrato físico material, es decir “la cosa”, y el elemento inmanente, inmaterial, caracterizado por su valor cultural. Mientras que lo primero entra en el ámbito de las relaciones jurídico privadas de tipo patrimonial, lo segundo supone la máxima proyección pública, en atención a la máxima garantía de su disfrute por todos los ciudadanos, lo que fundamenta la intervención administrativa sobre este tipo de bienes y el conjunto de limitaciones a las que se sujeta su régimen patrimonial⁵⁷.

Esta teoría que distingue dos titularidades sobre dos elementos objetivos del bien cultural: la propiedad privada sobre el soporte físico, o cosa; y la titularidad

⁵⁶ XIV Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, celebrada en Aragón los días 20, 21 y 22 de octubre de 1999. Ponencia de Aycart Luengo, Ignacio, Asesor del Área de Educación y Cultura del Defensor del Pueblo Andaluz, págs. 159 – 180.

⁵⁷ Vid. MOLINA GIMÉNEZ, Andrés, “*La protección de patrimonio cultural...*”, cit. pag. 328.

estatal sobre la utilidad de esa cosa, o bien, abierto a la fruición colectiva⁵⁸, ha influido en la Ley de Patrimonio Histórico Español pero, en nuestros días, ha sido superada desde un planteamiento que entra ya en el mismo núcleo del derecho de propiedad. Es en el propio texto constitucional, en donde se halla la justificación y legitimidad de la intervención pública en el derecho a la propiedad privada haciendo innecesarias, en consecuencia, otras formas de fundamentación, ya se trate de la existencia de una nueva categoría jurídica, intermedia entre la propiedad pública y la propiedad privada figura que, además, no encuentra encaje en la Constitución de 1978 que sólo reconoce estos dos tipos de propiedad, ya se trate de la afirmación de una titularidad dividida en base a una supuesta y, en suma irreal, disociación entre el bien como realidad física, y el bien como realidad cultural⁵⁹.

La inmisión pública en la propiedad cultural se fundamenta en el propio concepto de propiedad constitucional como poder funcionalizado en cuya esencia convergen el interés particular y el interés público distinto, en cada caso, en función de la diferente naturaleza del bien. La configuración actual de este derecho legitima, sin necesidad de acudir a ningún otro recurso, una intervención pública en los bienes históricos haciendo innecesario desde sus propios presupuestos, toda teoría que intente justificar lo que, con claridad, se halla consagrado en la propia norma fundamental, teorías que, desde luego, tienen el valor de evidenciar en qué medida interés público e interés privado concurren en estos bienes, así como la superioridad en que el primero se halla con relación al segundo.

Tanto el Defensor del Pueblo Español como el Defensor del Pueblo Andaluz ponen de manifiesto en sus informes la especial relevancia del conflicto entre lo público y lo privado en la función de armonizar la consideración de los bienes integrantes del Patrimonio histórico como bienes susceptibles de apropiación privada y, en consecuencia, protegidos por las garantías inherentes al derecho de propiedad, y su configuración como bienes integrantes de un patrimonio colectivo precisados, por tanto, de medidas de protección, conservación y puesta en valor⁶⁰.

⁵⁸ La teoría citada fue elaborada por Giannini y aceptada por García Enterría como nos explica el profesor Pérez Moreno. Vid. PÉREZ MORENO, Alfonso, *“El postulado constitucional de la promoción y ...”* cit. pag. 23.

⁵⁹ Esta nueva concepción se la debemos, en gran medida, a la profesora Barrero Rodríguez que aplica el concepto de propiedad derivado del artículo 33 de la Constitución en el que la función social pertenece, en síntesis, a la propia esencia del derecho a la propiedad, de la misma manera que le pertenece la atribución al sujeto de un determinado ámbito del poder sobre los bienes. Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *“La ordenación jurídica...”*

⁶⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, págs. 250-253.

Este conflicto tiene su reflejo en las quejas recibidas por ambas Instituciones que, generalmente, se orientan a denunciar lo que algunos consideran un excesivo intervencionismo de la Administración en el ejercicio de su derecho de propiedad que, estiman, se ve injustamente limitado⁶¹, o bien denuncian, por el contrario, la excesiva pasividad de la Administración ante situaciones de deterioro o agresión contra los bienes del Patrimonio.

Del análisis de las quejas recibidas, se deduce que la legislación vigente se orienta, mayoritariamente, a la protección del Patrimonio cuando éste se ve amenazado, regulando medidas de prohibición, anulación y sanción, mientras que adolece de falta de medidas de fomento o de prevención que impidan situaciones de deterioro de los bienes, cuando las mismas sean directamente imputables a los propietarios.

Para el Defensor del Pueblo Andaluz esta situación tiene su materialización práctica en la existencia de una conciencia pública generalizada que considera que únicamente puede exigir de la Administración una actuación efectiva cuando se trate de proteger un bien del Patrimonio de un atentado o una agresión concreta, pero que no existen responsabilidades de la Administración frente al estado de deterioro de numerosos bienes. Así, se observa que, de las quejas recibidas, la mayoría denuncian actuaciones concretas atentatorias de la integridad de un bien del patrimonio, pero pocas denuncian la inactividad de la Administración ante el deterioro de un bien, cuando el mismo no puede imputarse a un acto o motivo concreto e individualizable⁶².

Quizás, por ello, en un principio fuera tan escaso el número de quejas recibidas por ambas Instituciones en relación con la situación del Patrimonio histórico. No es que los ciudadanos consideren que su Patrimonio se encuentra en un perfecto estado de conservación y uso que hace innecesario cualquier tipo de queja,

⁶¹ En este sentido ver el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia de 18 de mayo de 1987 del TS cuando afirma que: *“Tampoco cabe asumir la existencia de un derecho subjetivo del propietario con vocación de libertad derivada de la propia naturaleza del derecho de propiedad: porque dicho derecho amparado por la Constitución en su artículo 33 y por el Código Civil en los 349 y 350, está sujeto a limitaciones que han de ser adoptadas -entre otras, en esta materia de Patrimonio histórico-artístico-, siempre que propendan al bien común y tengan cobertura en la norma específica, cual sucede por lo expuesto en el caso enjuiciado”*.

⁶² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, págs. 250-253; Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1990, pag. 357; Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, pag. 485; Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, pag. 702; Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, pag. 851 y Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1998, pag. 337.

sino que no responsabilizan directamente a la Administración por la situación de deterioro de los bienes, especialmente cuando los mismos no son de titularidad pública. Un reflejo de la reflexión anterior sobre la falta de concienciación individual ante los problemas culturales, lo tenemos en el hecho de que la gran mayoría de las quejas recibidas que se refieren a denuncias por la mala conservación o por el deterioro de bienes del Patrimonio, aparecen remitidas por colectivos o asociaciones de defensa de intereses comunes, mientras que la mayoría de las quejas presentadas a título individual, se refieren a denuncias por actuaciones administrativas, de intervención o limitativas, que vulneran el derecho de propiedad del interesado de la queja en cuanto titular de un bien de interés Cultural⁶³.

La mayoría de quejas con denuncias concretas y específicas ha supuesto a estas instituciones un grave problema a la hora de enfocar sus labores de supervisión de la Administración cultural, ya que al investigar este tipo de denuncias corren el riesgo de quedarse en lo anecdótico y lo puntual, y perder la visión global del ámbito supervisado. Ha sido concretamente el Defensor del Pueblo Andaluz, el que se ha cuestionado la justicia y el acierto de su intervención iniciada a instancia de una denuncia particular presentada, por cuanto que es perfectamente consciente de que existe un número ingente de bienes dentro de nuestro Patrimonio histórico andaluz que se encuentra necesitado de restauración y rehabilitación, en algunos casos, seguramente, con mayor urgencia que el propio bien objeto de la queja presentada. Completando el anterior argumento se cuestiona hasta que punto es correcto, justo y acertado, conociendo la insuficiencia de medios materiales, personales y económicos de la Administración cultural, volcar todo el peso de su “*auctoritas*” sobre ella incitándola a actuar en interés de un concreto Bien amenazado, cuando el número de Bienes en situación de riesgo es inmenso y posiblemente alguno de ellos se encuentren en una situación de riesgo más inminente⁶⁴.

⁶³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, págs. 250 a 253. Aun así, del estudio de la evolución de las quejas de Informes posteriores al año 1992 podemos deducir un cierto incremento en el nivel de concienciación de los ciudadanos sobre los problemas que se relacionan con su Patrimonio histórico, como lo demuestra la recepción, cada vez más numerosa, de quejas colectivas. Esta concienciación del ciudadano en relación con el Patrimonio histórico no se limita a la conservación y protección de los Bienes que lo integran, sino que resulta cada vez más frecuente la recepción de quejas que tiene por objeto exigir acciones decididas por parte de la Administración para la puesta en valor de estos mismos Bienes.

⁶⁴ XIV Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, celebrada en Aragón los días 20, 21 y 22 de octubre de 1999. Ponencia de Aycart Luengo, Ignacio, Asesor del Área de Educación y Cultura del Defensor del Pueblo Andaluz. págs. 159 – 180.

Para resolver la dicotomía entre sus obligaciones legales de velar por el respeto del Derecho de los ciudadanos a la cultura individualmente cuestionado y el deber de supervisar la actuación de la Administración cultural de forma genérica, el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz han compaginado la investigación de las quejas individuales con la realización de actuaciones más generalizadas en el marco de actuaciones de oficio. Así, El Defensor del Pueblo investiga tanto a instancia de parte como de oficio denuncias específicas referidas a bienes concretos, mientras que el Defensor del Pueblo Andaluz, además de oficio investiga la situación de una categoría de Bienes del Patrimonio histórico-cultural o un problema general que afecta a todos o a muchos de los Bienes de nuestro patrimonio.

Las actuaciones de oficio sobre cuestiones de interés general permiten supervisar, con criterios de globalidad, la actuación de la Administración cultural en el ámbito de sus competencias, y establecer, mediante las oportunas Recomendaciones o Sugerencias, los parámetros generales de las líneas de defensa del Derecho a la Cultura en su sentido más amplio. De este modo cuando el Defensor investiga denuncias concretas referidas a un Bien específico, puede perfectamente asumir el caso investigado dentro de la labor genérica de supervisión de la actuación administrativa y encuadrar las resoluciones que deba formular en cada caso dentro de las genéricas resoluciones de sus líneas de actuación. Existe por tanto una interrelación entre las investigaciones iniciadas de oficio con un objetivo general y amplio y las investigaciones iniciadas a instancia de parte en el curso de la tramitación de algún expediente de queja con un objetivo más concreto y delimitado. Esta interrelación no sólo va desde lo general, actuación de oficio, a lo particular, queja individual, sino que también funciona en sentido inverso ya que con frecuencia son las quejas individuales las que permiten inferir la existencia de un problema general en el ámbito de la Cultura precisado por una actuación de oficio.

En cuanto a la distribución del conocimiento de las quejas entre el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz, recordemos que la actividad de supervisión del Defensor del Cortes Generales es genérica, es decir, abarca a todas las Administraciones públicas, en virtud de la redacción del artículo 54 de la Constitución española y del precepto 12 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de dicha institución. Por su parte, el Defensor del Pueblo Andaluz supervisa la actuación de la Administración Autonómica, en el ámbito de competencias definido por su ley reguladora, la Ley 9/1983, de 1 de diciembre. La Ley de Cortes Generales 36/1985, de 6 de noviembre regula las relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y las figuras similares en las distintas

Comunidades Autónomas. Esta Ley ha dado lugar a que el 19 de junio de 1997 se formalizara un Acuerdo de Cooperación y Coordinación entre el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz⁶⁵. En virtud de dicho acuerdo, la investigación y la resolución de las quejas relativas a los órganos de la Administración General del Estado es asumida exclusivamente por el Defensor del Pueblo, por esta razón el Defensor del Pueblo Andaluz debe remitirle, dando cuenta al interesado, las quejas relativas a estos órganos que se le presenten. Sin perjuicio de su competencia el Defensor del Pueblo puede solicitar la cooperación del Defensor del Pueblo Andaluz para la investigación de dichas quejas.

A este respecto, en los informes del Defensor del Pueblo de Cortes Generales se observan que el apartado dedicado a la supervisión de la Administración General del Estado, se da cuenta de quejas relativas al funcionamiento de los servicios públicos culturales, es decir, aquellos que tienen que ver con los servicios prestados por archivos, bibliotecas o museos, cuestiones que exceden del ámbito abarcado en nuestro trabajo, pero, en cambio, no existe constancia de quejas relativas al Patrimonio histórico inmueble y arqueológico, las quejas sobre estas cuestiones se examinan y hacen públicas en los apartados reservados a la supervisión de las Administraciones Autonómicas y Locales. Ello se debe, como ya hemos analizado, a que el grueso de competencias en materia de conservación, protección y fomento del Patrimonio corresponde a las Administraciones Autonómicas y a la Administración Local. Además tenemos que mencionar que en la sistemática de los informes relativos a la gestión realiza en los años 1995, 1996, 1997 y de 1999 a 2002, no se contiene apartado ninguno relativo a la cultura, aunque en el informe de 1996 encontremos quejas relativas al patrimonio histórico en el apartado de Urbanismo y Vivienda⁶⁶ y en el informe de 2002 encontraremos valiosas aportaciones en relación a la planificación de los entornos de valor histórico, el control de la discrecionalidad en dicha planificación y la necesidad de fomentar las fórmulas de participación de los ciudadanos, todo ello en el apartado de Urbanismo y Vivienda⁶⁷.

Cuando se trata de la supervisión de la actuación de los órganos administrativos autonómicos, es el propio ciudadano el que concreta la competencia de supervisión a una u otra institución en función de ante quién presenta la queja. No obstante, aquella institución que la reciba puede solicitar la colaboración de la otra

⁶⁵ Publicado en el BOJA número 79, de 10 de julio de 1997.

⁶⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1996, págs. 433 y 434.

⁶⁷ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2002, págs. 805-807.

para la investigación y propuesta de resolución si entiende: en el caso del Defensor del Pueblo, que la intervención próxima y directa del Defensor del Pueblo Andaluz puede contribuir a una más rápida y eficaz solución; y en el caso del Defensor del Pueblo Andaluz, cuando considere que los efectos de la resolución, debido a la trascendencia de las quejas, incidan en el área de actuación de la Administración General del Estado.

En cuanto a la supervisión de la Administración Local, el Defensor del Pueblo Andaluz asume la investigación y la resolución de todo aquello que afecte a las materias en las que el Estatuto de Autonomía de Andalucía otorga competencias a la Comunidad Autónoma y ha de remitir al Defensor del Pueblo aquellas quejas que sean competencias de éste.

En los informes del Defensor del Pueblo de Cortes Generales encontramos quejas que en el apartado dedicado a la supervisión de las Administraciones Autonómicas tienen por objeto la investigación de las actuaciones de órganos de la Administración cultural autonómica y local, en relación con los bienes del Patrimonio Histórico situados en sus respectivos territorios. Así la queja que tenía por asunto la supuesta destrucción de inmuebles protegidos, incluidos en el Conjunto Histórico Artístico del casco antiguo de Cartagena⁶⁸; la queja relativa a la Rehabilitación del Mercado del Este de Santander⁶⁹; la queja relativa a la destrucción de restos arqueológicos en Córdoba⁷⁰; la queja sobre la conservación del Convento de San Antonio el Real de Segovia⁷¹ o la queja relativa a la conservación de la denominada “Casa del Piñón” en la Unión, Murcia⁷².

La evolución de las quejas presentadas ante el Defensor del Pueblo Andaluz, es de continuo crecimiento, así mientras en los primeros años eran escasas, a partir de 1997 y 1998 sufrió un notable incremento que coincidió con la inexistencia de quejas presentadas a la institución nacional referidas a la Comunidad Autónoma Andaluza, y aunque en 1999 el número de quejas descendió, a partir del año 2000 se ha incrementado progresivamente⁷³, destacando el dato del aumento experimentado

⁶⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, pag. 682.

⁶⁹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, pag. 686 e Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pag. 755.

⁷⁰ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, pag. 941.

⁷¹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, pag. 852.

⁷² Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, pag. 1336.

⁷³ Tabla del número de quejas en materia de cultura tramitadas por el Defensor del Pueblo Andaluz desde 1990 a 2003.

por las quejas remitidas por asociaciones culturales, que ponen de manifiesto el protagonismo que estas asociaciones están adquiriendo en el ámbito de la defensa de la cultura, en general y del patrimonio histórico, en particular. Un protagonismo que debería ser reconocido e incentivado en mayor medida por las Administraciones públicas con competencias en materia de cultura.

El Defensor del Pueblo Andaluz ha llevado a cabo cuatro investigaciones de oficio sobre cuestiones de interés general en materia de Patrimonio Histórico; una relativa a la contaminación visual que se concretó en la realización de un informe especial en marzo de 1998 que lleva ese mismo título⁷⁴; además se realizó una investigación sobre la protección del patrimonio arqueológico frente a las actividades de expolio y se fue haciendo pública en los sucesivos informes anuales que presenta al Parlamento Andaluz⁷⁵; a la anterior se le suma otra investigación que se centro en el análisis del cumplimiento del uno por ciento cultural⁷⁶ y finalmente se investigó el régimen de visitas públicas y gratuitas a los bienes de interés cultural⁷⁷.

Ha sido nota común en la institución estatal y en la autonómica la valoración del reducido número de las quejas relativas a aspectos culturales y, en especial, aquellas que hacen referencia a la conservación y acrecentamiento de nuestro Patrimonio Histórico, y la observación de que estas responden, generalmente, a dos tipos de problemas ya enunciados de mala conservación y de restricción del derecho de propiedad. De ello, ambas instituciones sacan en conclusión que ha sido tradición no haber fomentado suficientemente entre los ciudadanos la percepción de la cultura como bien integrante de un Patrimonio colectivo que excede el ámbito patrimonial del titular efectivo, y que, en consecuencia, debe ser objeto de protección y preocupación por parte de todos.

Año	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03
Quejas	4	9	14	10	15	10	16	36	36	20	28	31	36	51

⁷⁴ Esta investigación se llevó a cabo en la queja de oficio 96/2141, hecha pública en el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 301-308.

⁷⁵ Esta investigación se llevó a cabo *queja de oficio 97/1774*, hecha pública en el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 289, y de 1998, págs. 256-268.

⁷⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1995, págs. 288-294.

⁷⁷ Esta investigación se llevó a cabo *queja de oficio 93/1390* y en la *queja de oficio 94/1355*. Ver Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 349-352, de 1994, págs. 310-315 y de 1996, págs. 279-286.

Del análisis de los informes del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz se aprecia que, aunque lentamente, la apreciación de la cultura se está creciendo y el número de quejas presentadas por asociaciones culturales se ha incrementado poniendo de manifiesto el protagonismo que estas asociaciones están adquiriendo en el ámbito de la defensa de la cultura, en general y del patrimonio histórico, en particular. Un protagonismo que debería ser reconocido e incentivado en mayor medida por las Administraciones públicas con competencias en materia de cultura, haciéndose evidente para el Defensor del Pueblo Andaluz la necesidad de fomentar el surgimiento y desarrollo de estos grupos, principales actores en el ámbito cultural y, prácticamente, únicos ejercientes no sólo de la acción pública como medio de defensa del Patrimonio cultural⁷⁸, sino también de la posibilidad de solicitar el inicio de un procedimiento de declaración de Bien de Interés Cultural, obligando a la Administración Cultural⁷⁹.

⁷⁸ Informe del Defensor del Pueblo de 1990, pag. 358 e Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 335 a 337.

⁷⁹ Un ejemplo de la actuación de las Asociaciones y la acción popular lo encontramos en la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 21 de junio de 1996 de la que fue ponente Fernando Cid Fontán, EDJ 1996/4854. Los antecedentes de hecho consistían en que una asociación presentó un escrito ante la Consellería de Cultura de la Generalitat de Cataluña solicitando se incoase expediente para la declaración de un inmueble como bien de Interés Cultural al amparo de los artículos 9 y 10 de la Ley 13/85 de 25 de Junio recayendo resolución del Conseller de Cultura de la Generalitat de fecha 11 de Abril de 1989 por la que se declaraba no haber lugar a la declaración de Bien de Interés Cultural. Contra dicha resolución la asociación interpuso recurso de reposición que fue desestimado por resolución del Departamento de Cultura de la Generalidad de Cataluña y contra ésta desestimación interpuso recurso contencioso administrativo tramitado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que estimó el recurso Contencioso administrativo interpuesto por la asociación y condenó a la Consellería de Cultura a que incoara el correspondiente expediente administrativo para determinar si procedía la declaración como Bien de Interés Cultural. Esta Sentencia fue recurrida por la Generalidad de Cataluña sosteniendo que la decisión de incoar o no tal expediente era una facultad discrecional de la Generalitat derivada del artículo 10 de la Ley de Patrimonio Histórico y que en consecuencia procedía la revocación de la sentencia apelada en cuanto la misma anulaba las resoluciones administrativas que denegaron la apertura del expediente. El Tribunal supremo rebatió brillantemente tal argumento en base al siguiente pronunciamiento: *“El artículo 10 de la Ley 16/85 de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español, establece que cualquier persona podrá solicitar la incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural y que el organismo competente decidirá si procede o no la incoación. No ofrece la menor duda a la Sala que nos encontramos ante una facultad discrecional de la Consellería de Cultura a la que le corresponde decidir sobre la incoación o no del expediente de declaración de Bien de Interés Cultural, pero la jurisdicción contencioso administrativa tiene dentro de sus facultades revisoras del actuar administrativo, la posibilidad de examinar y revisar tales facultades y en definitiva pronunciarse sobre si la Administración ha hecho uso de tales facultades o si se ha excedido de las mismas y en el caso presente, la sentencia apelada, sin desconocer el carácter discrecional de tal facultad, entiende, que en el caso presente existen serios y fundamentales motivos para estimar que debe incoarse el expediente tendente a la posible declaración de Bien de Interés Cultural. Por todo lo expuesto en cuanto que la sentencia apelada ordena que se incoe expediente para la determinación de si procede la declaración de Bien de Interés Cultural, es totalmente conforme a derecho, sin perjuicio de que después de incoado y tramitado tal expediente, la Consellería de Cultura de la Generalitat pueda*

4.1. Quejas relativas al Patrimonio Arqueológico

Los bienes de la cultura en cuanto revelen un interés arqueológico formarán parte del Patrimonio Histórico Andaluz, según se desprende de la redacción dada al artículo 2.1 de la Ley 1/1991, de 3 de Julio, del Patrimonio Histórico de Andalucía.

Actualmente, en nuestra Comunidad Autónoma, la protección del patrimonio arqueológico se concreta a través de dos figuras legales, como son: las zonas arqueológicas y las zonas de servidumbre arqueológica. La primera de las figuras citadas está constituida por aquellos espacios, claramente delimitados, en los que se ha comprobado la existencia de restos arqueológicos de interés relevante, y han sido objeto de inscripción, por tal motivo, en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz.

La segunda de las figuras de protección a que hemos hecho referencia se ha introducido como novedad en la Ley ya citada, y la constituyen aquellos espacios, claramente determinados, en que se presume fundadamente la existencia de restos arqueológicos de interés y se considere necesario adoptar medidas precautorias.

Así, en las zonas de servidumbre arqueológica, se exige que el planeamiento urbanístico tenga en cuenta la posible existencia de restos arqueológicos, y se ha instituido, legalmente, una notificación previa, que permita a la Administración cultural realizar los estudios previos necesarios para evitar la posible suspensión de un proyecto ante la aparición de hallazgos en mitad de su ejecución⁸⁰.

La Ley 1/1991, ya citada, ha sido objeto de desarrollo reglamentario en esta materia en el año 2003, mediante el Decreto 168/2003, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas⁸¹. Este Reglamento regula

decidir lo que estime más conveniente acerca de la declaración o no de dicho Bien como de Interés Cultural".

⁸⁰ El tema de los hallazgos de inmuebles de interés histórico o arqueológico presenta un amplio y problemático campo de coincidencia con el Derecho urbanístico. El efecto suspensivo que el hallazgo casual de un inmueble de las características mencionadas puede producir sobre obras ya autorizadas y en realización y el grave problema de a quién imputar y en qué medida los daños sufridos por el dueño de la obra por dicha paralización suponen una cuestión de gran dificultad por la complejidad y diversidad de las ideas e intereses en conflicto. Un verdadero reto para los especialistas en el llamado "análisis económico del Derecho". Ante problemas tan espinosos como estos no basta con partir de fórmulas jurídicas o legislativas certeras y ponderadas, sino que se requiere ineludiblemente acierto y prudencia por parte de los responsables administrativos y de los jueces. Vid. MOREU BALLONGA, José Luis, "Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico", Revista de Administración Pública número 132, 1993, págs. 171 - 209.

⁸¹ Este Decreto ha venido a derogar al Decreto 32/1993, de 16 de Marzo, por el que se

minuciosamente las inspecciones y regula con amplitud el régimen de autorizaciones administrativas, exigidas legalmente, para la realización de actividades arqueológicas, con el objeto de controlar su adecuada ejecución mediante las necesarias garantías científicas⁸².

La protección del Patrimonio Arqueológico se presenta como una de las causas más frecuentes de recepción de quejas y revela la preocupación que en nuestra Comunidad suscita la frecuencia de los actos de expolio y destrucción de los bienes que se integran en el mismo⁸³. Ello se debe a que las amenazas que se ciernen sobre la conservación de nuestro Patrimonio Arqueológico son muy numerosas. El nivel de expolio y destrucción del que están siendo objeto está alcanzando cotas verdaderamente alarmantes en el territorio de nuestra Comunidad Autónoma.

Las razones que explican esta especial fragilidad del Patrimonio Arqueológico hay que buscarlas en su propia naturaleza. En efecto, es la misma antigüedad de este Patrimonio la que le confiere a la vez su valor intrínseco como Bien Cultural y su condición de elemento difícil de conservar y proteger⁸⁴. Es

aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas, el cual sustituía y derogaba asimismo la normativa reglamentaria anteriormente vigente, y de inferior nivel jerárquico, compuesta por Ordenes y Resoluciones de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente.

⁸² Sobre la naturaleza de las autorizaciones arqueológicas ver BARCELONA LLOP, Javier, “Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas”, Revista Aragonesa de Administración Pública número 21, diciembre de 2002, págs. 113 – 146. La autorización arqueológica se muestra como un típico acto administrativo de control del ejercicio de actividades privadas, es una clara muestra del poder administrativo de intervención sobre los comportamientos de los particulares que se engloba en el concepto de “policía administrativa”. El autor considera que las autorizaciones arqueológicas son un claro ejemplo de las autorizaciones que se denominan mixtas por ser tan importante la actividad en sí como las condiciones personales de quien solicita y obtiene el Título que permite ejercerla. Las autorizaciones evalúan el interés científico de la actividad pretendida, pero también examinan si el solicitante cumple determinados requisitos de titulación y profesional que las leyes establecen. No obstante para el autor aunque estos requisitos son imprescindibles, no son suficientes pues como dice el artículo 19 de la Recomendación de Nueva Delhi, el interesado debe tener, además, las suficientes garantías morales.

⁸³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 338 y 339.

⁸⁴ A juicio de BARCELONA LLOP, en la fragilidad de los bienes arqueológicos que están expuestos a agresiones múltiples y a expoliaciones sencillas de practicar, hay que buscar la razón de que se le otorguen una especial y superior protección que se concreta en la calificación de dominio público arqueológico. Esta especial protección no puede buscarse en una función cultural diferente a la de los demás bienes que forman parte del patrimonio histórico ni a que los valores que representen sean más sublimes que los de otros bienes históricos, porque los muebles e inmuebles que pertenecen a dicho patrimonio cumplen, cada uno a su manera, la misma función y son portadores de un valor cultural paragonable. Estamos por tanto ante un dominio público que no lo es tanto por afectación cuanto por razones de protección. Vid. BARCELONA LLOP, Javier, “El Dominio Público Arqueológico”, Revista de Administración Pública número 151, 2000, págs. 133 – 165. Sobre las técnicas de intervención de la Administración sobre el Patrimonio Arqueológico ver: GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “La protección del Patrimonio Histórico”, Seminario Urbanismo y

evidente que no resulta fácil ni barata la preservación de restos que cuentan con cientos o miles de años de antigüedad, y que en muchos casos permanecen aún ocultos y sin evaluar.

Posiblemente sea el Patrimonio Arqueológico el que cuente con un mayor porcentaje de Bienes cuyo conocimiento es más teórico que efectivo, por cuanto es abundantísimo el número de yacimientos cuya existencia se presume pero no se ha constatado aún de forma fehaciente, o bien se desconocen su verdadera extensión e importancia.

Todos estos elementos dificultan enormemente las labores de tutela y salvaguardia del Patrimonio Arqueológico que recaen sobre los poderes públicos. Unas dificultades que además no se extienden sólo a la propia labor de protección y conservación de los yacimientos, sino que alcanzan también a la tarea de su puesta en valor, convirtiendo en muchas ocasiones en irrealizables proyectos por los que se pretende la creación de parques arqueológicos o rutas arqueológicas que permitan, por un lado, el disfrute y la contemplación de los Bienes por parte de los ciudadanos y, por otro lado, la conversión de este Patrimonio en una fuente de riquezas para los erarios públicos y privados⁸⁵.

Precisamente la importancia de estas dificultades, es lo que convierte en imprescindible la colaboración y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas con competencias en materia de Cultura. Una colaboración y una coordinación que deben extenderse a los ámbitos de la protección, la conservación y la puesta en valor de los Bienes que conforman el Patrimonio Arqueológico Andaluz.

El ordenamiento jurídico cultural, a juicio del Defensor del Pueblo Andaluz, contiene suficientes normas y preceptos cuya finalidad esencial es garantizar la

Patrimonio Histórico, Ávila, 1999, págs. 197 – 222. Por su parte otros autores sostienen que la protección del patrimonio arqueológico no puede centrarse en la adquisición automática por el Estado de toda la riqueza arqueológica del país. En este sentido ver: MÁRQUEZ ROSALES, Heliodoro y AMORES CARREDANO, Fernando, “*La perversión en las técnicas jurídicas de protección del Patrimonio Arqueológico*”, Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 5, 2001, págs. 183 – 199.

⁸⁵ En cuanto a la tutela ambiental y cultural integrada es interesante destacar el estudio que hace el profesor MOLINA GIMÉNEZ sobre los Parques Culturales, previstos expresamente en las legislaciones aragonesa y valenciana que tienen como antecedente inmediato los llamados “*espacios culturales*” previstos en la legislación vasca. La Ley 12/1997, de 3 de diciembre, de Parques Culturales de Aragón define esta institución como “*un territorio que contiene elementos relevantes del Patrimonio Cultural, integrados en un marco físico de valor paisajístico y/o ecológico singular, que gozara de promoción y protección global en su conjunto, con especiales medidas de protección para dichos elementos relevantes*”. Vid. MOLINA GIMÉNEZ, Andrés, “*La protección de patrimonio cultural en su ...*” cit. pag. 363.

salvaguardia y protección del Patrimonio Histórico en general, y del Arqueológico en particular⁸⁶. Por ello, no es posible aducir una falta de cobertura legal para justificar el hecho de que existan tantos yacimientos arqueológicos que se encuentran en un estado de grave deterioro y sometidos a expolio sistemático.

A nuestro juicio, la explicación a esta situación no hay que buscarla en la inexistencia o insuficiencia de las medidas legales de protección, sino en el hecho de que estas medidas de protección exigen para su aplicación de una actuación coordinada de las diferentes Administraciones con competencias en materia de Cultura y de una financiación suficiente para su puesta en práctica. Una coordinación que habitualmente no se produce y una financiación que normalmente no está disponible. A ello también se refieren QUEROL FERNÁNDEZ y MARTÍNEZ DÍAZ, cuando afirman que un ordenamiento jurídico, por muy perfeccionado y complejo que sea, no basta para proteger el Patrimonio Arqueológico porque tiene que existir una voluntad política, judicial y administrativa encaminada a ponerlo en práctica⁸⁷. Completando la idea BARCELONA LLOP afirma que no es suficiente colocar la etiqueta del dominio público arqueológico; hacen falta medios, recursos, voluntad de aplicar la ley; si algo de ello falta no habrá éxito en poner coto a las agresiones que éste sufre⁸⁸.

Una correcta atención a los restos arqueológicos que siembran nuestra geografía exigiría, a juicio del Defensor del Pueblo Andaluz, de tres requisitos fundamentales: investigación, protección y puesta en valor. Por lo que se refiere a la investigación de los restos es necesario, en primer lugar, una perfecta identificación y localización de los mismos, para lo cual es preciso disponer de medios personales y técnicos que puedan realizar labores de investigación y documentación básica de yacimientos. Esta tarea debería ser asumida fundamentalmente por la propia Consejería de Cultura, con la colaboración de las Universidades andaluzas⁸⁹.

⁸⁶ Ver Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 276.

⁸⁷ Vid. QUEROL FERNÁNDEZ, M^a Ángeles y MARTÍNEZ DÍAZ, Belén, *La gestión del Patrimonio Arqueológico en España*, Ed. Alianza, Madrid, 1996.

⁸⁸ Vid. BARCELONA LLOP, Javier, "*El Dominio Público Arqueológico*"... cit. pag. 141.

⁸⁹ El profesor Bermúdez Sánchez considera imprescindible la confección de las Cartas Arqueológicas a través de las cuales se han de localizar y datar todos los yacimientos de un territorio. Estas Cartas constituyen información interna (no son públicas) de las Administraciones competentes en la protección del patrimonio arqueológico. Para este autor el argumento de las cuestiones presupuestarias para oponerse a la realización de este documento se desmorona si se piensa que es más el dinero que se pierde y la información cultural que se destroza que lo que cuesta su confección. Vid. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier, "*Mecanismos de protección y financiación en...*" cit. 111.

Una vez que los yacimientos estuviesen perfectamente ubicados e identificados en sus características básicas, se debería acometer la fase de investigación en profundidad que requiere habitualmente de un plazo de tiempo dilatado y de una fuerte inversión.

Paralelamente a la realización de trabajos de estudio e investigación del yacimiento, se deberían acometer las labores de protección jurídica y física del mismo. Así, deberían iniciarse procedimientos que permitiesen la dotación al yacimiento de una cobertura jurídica que garantizase su protección, mediante la incoación de los oportunos expedientes para su declaración como Bien de Interés Cultural e inclusión en Catálogo, y deberían adoptarse medidas destinadas a la protección física del yacimiento frente a los posibles actos de expolio: señalización y cierre, y en su caso vigilancia permanente del recinto.

Estas actuaciones: investigación, protección jurídica y protección física, precisan para su puesta en práctica de una costosa inversión, ya que implican la incorporación de unos profesionales y unos medios materiales, que por su alto nivel de especialización tiene un coste necesariamente elevado. Precisamente por ello, resulta imprescindible que estas tareas se acometan mediante una actuación perfectamente coordinada entre las Entidades Locales en cuyo territorio radica el yacimiento y la Administración Autonómica.

Corresponde a la Consejería de Cultura la financiación, dirección y ejecución de las labores de investigación del yacimiento que han de realizarse a través de su personal propio o mediante la contratación de personal especializado. Por lo que se refiere a la tramitación de los expedientes de declaración de Bien de Interés Cultural, se ha de llevar a cabo por la Consejería de Cultura, aunque contando con la colaboración de la Entidad Local en trámites como la identificación de los propietarios afectados o la notificación a los mismos de las resoluciones que les afecten. En cuanto a la protección física del yacimiento, la responsabilidad recae directamente sobre el Ayuntamiento, que podrá recabar la colaboración del servicio especializado de la Guardia Civil⁹⁰ y la ayuda financiera de la Comunidad Autónoma.

⁹⁰ Vid. MAGÁN PERALES, José María A., “*La protección policial del Patrimonio Histórico: aspectos legales y organizativos*”, Revista de Patrimonio Cultural y Derecho, número 5, págs. 91 – 142.

Por último, para proceder a la puesta en valor del yacimiento es imprescindible que exista una perfecta coordinación institucionalizada entre la Administración Local y la Autonómica, cuyas premisas han de ser garantizar que el uso cultural del yacimiento no ponga en riesgo la indemnidad del mismo y posibilitar su conocimiento y disfrute por los ciudadanos.

Como puede observarse, en principio el sistema está concebido para asegurar una adecuada conservación, tutela y puesta en valor de nuestro Patrimonio Arqueológico, sin embargo en la realidad el sistema adolece de una serie de fallos que pueden llegar a poner en cuestión la propia existencia de los Bienes que conforman este Patrimonio.

En efecto, ya desde su primera instancia, la investigación, el Defensor del Pueblo Andaluz ha observado que el sistema no funciona como debería. Así, resulta ingente la cantidad de yacimientos arqueológicos sobre cuya existencia existen importantes indicios, cuando no pruebas evidentes, pero que permanecen sin ser identificados y reconocidos oficialmente, al no existir medios suficientes, ni personales ni materiales, para acometer la labor de investigación básica. Tanto el personal al servicio de la Consejería de Cultura, como los expertos encuadrados en las Universidades andaluzas resultan notoriamente insuficientes para acometer con garantías una labor tan ingente como la que depara la investigación básica del Patrimonio Arqueológico Andaluz. Ésta es una tarea que requiere de una inversión muy importante en capitales humanos y financieros, que actualmente no están a disposición de nuestras autoridades culturales⁹¹.

La consecuencia de esta situación es la existencia de numerosos yacimientos, cuya presencia y localización es conocida incluso fuera del círculo de los expertos, pero que no existen oficialmente para la Administración cultural al no haberse podido realizar en los mismos ni tan siquiera una simple visita de inspección ocular o reconocimiento superficial del terreno. Esta no existencia oficial lleva aparejada la imposibilidad de dotar al yacimiento de medidas básicas de protección, tanto físicas como jurídicas, que impidan los expolios que continuamente se cometen en los mismos por parte de quienes, tan faltos de escrúpulos como bien provistos de la última tecnología en detectores de metales, se dedican de forma sistemática a desvalijar nuestros yacimientos, despojándolos de algunos de sus elementos más valiosos y destrozando, en su búsqueda, otros restos de incalculable valor.

⁹¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 289.

Por lo que se refiere a la tarea de estudio e investigación sistemática de los yacimientos ya identificados y reconocidos oficialmente, el Defensor del Pueblo Andaluz ha descrito gráficamente la situación existente indicando que las listas de yacimientos pendientes de estudio e investigación en Andalucía superan con creces, por su número y por el tiempo que llevan en esta situación, a las listas de espera existentes en algunos Hospitales de nuestra Comunidad Autónoma. En efecto, son muy numerosos los casos de yacimientos con proyectos de investigación redactados y aprobados hace años que permanecen pendientes de ejecución. En la mayoría de los casos, estos retrasos son debidos a la falta de financiación para la contratación del personal especializado y para la adquisición de la maquinaria y los materiales precisos.

En cuanto se refiere a la protección física de los yacimientos, el Defensor del Pueblo Andaluz ha comprobado que brilla por su ausencia en la mayoría de los casos⁹². Basta una mera visita de inspección a los yacimientos arqueológicos oficialmente reconocidos y catalogados como tales en Andalucía, para comprobar que la mayoría de ellos no cuentan con señalización alguna que los identifique como tales yacimientos y son muy pocos los que disponen de medidas de protección pasiva (vallas, cerramientos) o activa (guardias o vigilantes).

En la polémica de la señalización de los yacimientos arqueológicos, es decir, en la dialéctica entre aquellos que defienden la conveniencia de una adecuada señalización de los yacimientos y aquellos que se cuestionan la conveniencia de unas señales o carteles que, a la vez que identifican al yacimiento, sirven para atraer la atención de los expoliadores⁹³, el Defensor del Pueblo Andaluz mantiene la opinión de la necesidad de superar la postura que impide una adecuada identificación pública de nuestros yacimientos arqueológicos, ya que, por un lado, esta falta de señalización incide negativamente en las posibilidades de puesta en valor de estos Bienes para su disfrute y aprovechamiento por los ciudadanos, y, por otro lado, está dificultando la persecución de los delitos contra nuestro Patrimonio⁹⁴. En efecto, resulta imposible pretender una adecuada puesta en valor de un yacimiento cuando el mismo ni

⁹² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 289.

⁹³ Respecto a esta polémica, debemos decir que no deja de existir cierta base lógica en el planteamiento que sustenta la postura opuesta a la señalización, por cuanto está comprobado que los yacimientos señalizados son objeto de especial depredación por parte de “piteros” y otros agresores del Patrimonio, especialmente cuando la señalización, como ocurre habitualmente, no viene acompañada de la adopción de medidas de protección.

⁹⁴ Ver el Libro II, Título XVI “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, Capítulo II, artículos 321 a 324.

siquiera aparece en los mapas, ni está correctamente señalado. Asimismo, no es factible imputar un delito contra el Patrimonio a un presunto expoliador cuando no se puede acreditar el conocimiento por el acusado de la condición de yacimiento arqueológico de la zona en que actúa⁹⁵.

A este respecto, debemos decir que, aunque el Defensor del Pueblo comprende los recelos de la Administración Cultural ante las peticiones de señalización de las zonas arqueológicas, sugiere a la Administración que reconsidere esta posición, ya que si hay alguien que conozca a la perfección la ubicación de las zonas donde existen restos arqueológicos de importancia -estén o no señalizados- esos son precisamente los expoliadores. Por tanto, la falta de señalización de estas zonas arqueológicas no sólo no tiene efectos prácticos para impedir los expolios, sino que además introduce graves dificultades a la hora de sancionar con fundamento a los responsables de tales actos⁹⁶.

Aun así, persistiría el problema de cómo afrontar las actuaciones realizadas fuera de las zonas arqueológicas por personas provistas de este tipo de aparatos detectores que, por azar o con conocimiento previo, puedan detectar restos de valor arqueológico.

En esos casos, no podría sancionarse, ni administrativa ni penalmente, la mera posesión o utilización de los aparatos detectores. Ni siquiera podría perseguirse la acción conducente al hallazgo arqueológico, salvo que se acreditase conocimiento previo de la existencia de los bienes protegidos y dicha circunstancia no se hubiese puesto en conocimiento de la autoridad cultural competente.

⁹⁵ La STC 181/1998, de 17 de septiembre de la que fue ponente Pablo García Manzano, en su fundamento jurídico 8 establecía lo siguiente: “*si se atiende a la regulación contenida en la citada Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, en su artículo 1, párrafo 2, comprende en su ámbito a los yacimientos y zonas arqueológicas, y si bien es cierto que otorga una especial protección a los bienes declarados de interés cultural, según resulta del párrafo 3 del mismo artículo, ello no significa que los bienes no declarados de interés cultural queden extramuros del concepto de Patrimonio Histórico Español. Así lo prueba el artículo 40 de la Ley, cuando afirma que los bienes muebles como inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto se encuentren en la superficie como en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental, forman parte del patrimonio histórico español, sin perjuicio de que puedan ser declarados como bienes de interés cultural, como zona arqueológica, una vez que se tramite y resuelva el expediente administrativo correspondiente.* Esta sentencia es comentada por YÁÑEZ, Ana, “*Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. A propósito de la Sentencia 181/1998 del Tribunal Constitucional*”. REDA num.103, julio – septiembre, 1999, págs. 459 – 472.

⁹⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andalúz de 2003. “Derechos relativos a la Cultura”, <http://www.defensor-and.es>.

La actuación del “detectorista” es perfectamente lícita y no perseguible por la Administración Cultural hasta el momento en que se produce el hallazgo. Una vez que el bien ha sido desvelado y las características del mismo hacen presumir, aunque sea indiciariamente su valor arqueológico, la conducta del “detectorista”, hasta ese momento no reglada, pasa a quedar constreñida por la obligación de dar estricto cumplimiento a lo previsto en la legislación cultural para los denominados “hallazgos casuales”. De no cumplir en tiempo y forma estas estipulaciones legales, el descubridor del hallazgo incurriría en infracción administrativa o en ilícito penal si se dan los elementos tipificados en el Código Penal⁹⁷.

No obstante, y aunque las medidas que hemos señalado puedan servir para clarificar cuándo y cómo pueden actuar con arreglo a derecho y total certeza jurídica la Administración Cultural y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para prevenir y sancionar los actos de expolio contra nuestro patrimonio arqueológico, no se nos escapa que los condicionantes legales de la actuación administrativa dificultan enormemente la eficacia de las medidas a adoptar cuando los actos de expolio se producen fuera de las zonas señalizadas y no existe voluntad de colaboración por parte del descubridor del bien protegido.

Respecto a las medidas de vigilancia y protección de los yacimientos, El Defensor del Pueblo Andaluz señala que en la adopción de las mismas debe tener una participación destacada el Ayuntamiento del municipio donde radique el Bien, ya sea por vía de financiación de las medidas de protección o por la asunción directa de la vigilancia del recinto. También es esencial en este campo, la labor de vigilancia y persecución de delitos contra el Patrimonio que realizan los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y muy particularmente el servicio especializado de la Guardia Civil.

En este sentido, el Defensor del Pueblo Andaluz resalta como evidente que la mayoría de los Ayuntamientos andaluces que cuentan con yacimientos arqueológicos en su término municipal, no afrontan como debieran sus obligaciones en materia de protección y vigilancia de los mismos. Esta omisión, a juicio de la institución citada puede deberse a una falta de sensibilidad hacia estas cuestiones, normalmente motivada por el propio desconocimiento de su Patrimonio y su Cultura, o a una carencia de medios económicos y personales para poder sufragar unas tareas que suelen resultar muy costosas. A este respecto, el Defensor del Pueblo Andaluz

⁹⁷ Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia “*La protección del Patrimonio Cultural en el Código Penal de 1995*”, Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 2, 1998, págs. 133 - 161.

sugirió que era necesario concienciar a los responsables municipales acerca de la importancia que tiene su participación en las labores de salvaguardia de lo que, en definitiva, es su propio Patrimonio, y a la vez facilitarles la ayuda económica necesaria para que puedan llevar a cabo esta tarea sin grave quebranto para las arcas de la Corporación.

En todos sus informes el Defensor del Pueblo Andaluz ha constatado que, al no contar con la protección y la vigilancia que serían necesarias, la realidad es que hoy en día existen muchos yacimientos en Andalucía que se ven sometidos a un importante proceso de degradación y expolio. La constatación de que los expolios que sufren nuestros yacimientos están volviéndose cada vez más precisos y sistemáticos, ha llevado a temer a la Institución que se estén creando en Andalucía estructuras delictivas organizadas que giran en torno al negocio de la compra-venta de objetos culturales expoliados, y que pueden estar profesionalizándose y extendiéndose de manera alarmante. Por este motivo, el Defensor del Pueblo Andaluz ha reiterado su llamamiento a todas las autoridades culturales andaluzas para que promuevan la adopción de medidas eficaces que permitan atajar de una vez por todas las actividades expolatorias⁹⁸.

2.1.1. Las dilaciones en la tramitación de los expedientes de Declaración de Bienes de Interés Cultural

La protección jurídica de los yacimientos arqueológicos se realiza fundamentalmente a través de los expedientes de declaración de Bien de Interés Cultural (BIC). El principal problema al que parecen enfrentarse los expedientes de declaración de B.I.C. es el de las dilaciones en su tramitación, pues aunque el plazo legal de resolución del expediente de declaración de Bien de Interés Cultural sea de 20 meses, en numerosos casos transcurren varios años desde que se solicitó la incoación del expediente hasta que el mismo culmina con la declaración de Bien de Interés Cultural⁹⁹.

⁹⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 290 y 291.

⁹⁹ La Ley de Patrimonio Histórico del Estado en el artículo 9.3 contiene un plazo más amplio del plazo general recogido en el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al establecer que el expediente deberá resolverse en el plazo máximo de veinte meses a partir de la fecha en que hubiere sido incoado. Por su parte, la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía establece el mismo plazo de tiempo para el procedimiento de inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz.

Esta excesiva dilación en la tramitación de los expedientes, además de producir inseguridad jurídica, se revela especialmente peligrosa cuando la indemnidad de los yacimientos está sujeta a un grave riesgo como consecuencia de las agresiones y expolios sistemáticos que, por desgracia, se producen cada vez con más frecuencia¹⁰⁰. Una muestra del daño que este tipo de actividades de expoliación¹⁰¹ están produciendo a nuestro Patrimonio Arqueológico, hemos tenido ocasión de conocerla con motivo de la investigación de la denuncia formulada en el expediente de *queja 96/2635*¹⁰².

Este expediente se inicia tras la recepción de una denuncia proveniente de una Asociación Cultural de la localidad cordobesa de Lucena, en la que, entre otras cosas, se denunciaba el retraso habido en la tramitación del expediente de declaración como Zona Arqueológica de Especial Protección para el yacimiento de las “Laderas de Morana”, consistente en un recinto ibérico fortificado a orillas del río Anzur, con restos de origen romano. Al parecer este expediente fue elevado a la Dirección General de Bienes Culturales por la Delegación Provincial de Cultura con fecha 24 de Mayo de 1994, sin que se tuvieran ulteriores noticias del resultado del mismo.

De la investigación del Defensor del Pueblo Andaluz se comprobó que habían transcurrido 11 años y 5 meses desde que esa Delegación tuvo conocimiento por escrito del Alcalde de Lucena con fecha 22 de noviembre de 1985, del grave riesgo que padecía el yacimiento y de la necesidad de adoptar medidas para su protección, sin que el expediente de declaración de Bien de Interés Cultural se hubiera iniciado. El Alcalde siguió los dictados de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía, concretamente el artículo 119, el cual dispone que: “Las autoridades que tengan conocimiento de actuaciones que puedan constituir infracción con arreglo a lo

¹⁰⁰ Un caso llamativo de la dilación de un procedimiento de declaración de Bien de Interés Cultural, lo encontramos en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1999. La Sentencia permitía la obtención de una licencia de obra al titular de un bien sobre el que desde 1975 pendía un proyecto de incoación. El Tribunal Supremo argumenta que prolongar “sine die” la eficacia de un proyecto de incoación de expediente de declaración de Conjunto Histórico-Artístico, que penden desde 1975 produce una situación de inseguridad jurídica, contraria al artículo 9.3 de la Constitución. Ponente: Fernando Cid Fontán. EDJ 1999/1308.

¹⁰¹ Entiéndase por expolio lo definido en el artículo 4 de la Ley de Patrimonio Histórico Español: “toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o algunos de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico o que perturbe el cumplimiento de la función social”.

¹⁰² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 281 – 288.

previsto en esta ley están obligadas a comunicarlo a la Administración de Cultura a la mayor brevedad posible”.

Abundando en esta consideración, el Defensor señaló que un mínimo análisis del listado de las actuaciones efectuadas por esa Delegación en relación con la tramitación del citado expediente, llevaba necesariamente a concluir que una buena parte de la responsabilidad por las dilaciones habidas en el expediente debían ser imputadas a ese Órgano por cuanto los mayores retrasos en el procedimiento coinciden con la realización por esa Delegación de actuaciones de su competencia. Así, por ejemplo, la Dirección General de Bienes Culturales solicitó, con fecha 16 de diciembre de 1986, de la Delegación Provincial la identidad del propietario, superficie del yacimiento y plano catastral del mismo, con el fin de proceder a la incoación del expediente de declaración de BIC, sin que esa información fuera remitida por la Delegación Provincial hasta el 19 de abril de 1988, es decir 16 meses después de haberle sido solicitada. La información aportada no debió ser completa, ya que la planimetría se remitió el día 10 de enero de 1990, es decir 37 meses después de su solicitud.

Asimismo la Dirección General de Bienes Culturales solicitó nuevos datos a la Delegación Provincial, exigidos por el Decreto 111/86, de 10 de Enero, con fecha 23 de enero de 1990, remitiéndose los mismos en las siguientes fechas: 18 de junio de 1991 y 2 de julio de 1991, es decir, 15 meses después de haber sido requeridos.

Finalmente, el informe favorable de la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico que exige el artículo 9.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal se remitió a la Dirección General de Bienes Culturales el 25 de mayo de 1994, nada menos que ocho años y seis meses después de la primera actuación del Ayuntamiento de Lucena el 22 de noviembre de 1985.

Desde entonces hasta la fecha del informe que hacía pública esta información, 1997, no había recaído resolución sobre el expediente y la Delegación no había realizado actuación alguna ante la Dirección General de Bienes Culturales para interesarse por la marcha del expediente¹⁰³.

¹⁰³ Consultado el Boletín Oficial del Estado y el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, hemos podido constatar que finalmente, con un considerable retraso, se dictó la Resolución de 14 de julio de 1998, de la Dirección General de Bienes Culturales de la Consejería de Cultura por la que se incoaba el procedimiento de Declaración como Bien de Interés Cultural, con la categoría de Zona arqueológica, a favor del yacimiento denominado “Laderas de Morana”, y que finalmente, el Decreto 101/2000, de 6 de marzo, fue el que declaró Bien de Interés Cultural, con la Categoría de “Zona

El Defensor del Pueblo, por tanto denunció la absoluta dejadez por parte de la Administración Cultural y de esa Delegación Provincial en particular respecto de las obligaciones de protección del Patrimonio Histórico Andaluz que le encomienda la legislación vigente. Frente a esta actuación administrativa descrita no cabe más que denunciar el total incumplimiento de la ley¹⁰⁴.

Consideramos que en este caso, el Alcalde, ya que fue éste el que elevó la denuncia a la Delegación de Cultura, debía haber denunciado la pasividad de la Administración autonómica a la Administración central para poner en marcha el mecanismo del artículo 57 bis del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Patrimonio Histórico del Estado. Este artículo establece que toda denuncia o información que el Ministerio de Cultura reciba en relación a un bien que reúna las circunstancias del artículo 4 de la Ley, relativo a bienes que están siendo expoliados, puede ser trasladada urgentemente a cualesquiera de las instituciones consultivas de la Administración General del Estado sobre Patrimonio Histórico Español. Una vez obtenida la información suficiente para entender que un bien está siendo expoliado o se encuentra en peligro de serlo, el Ministerio de Cultura, de oficio o a propuesta de cualquier persona física o jurídica, y oída la Comunidad Autónoma, puede declarar por Orden ministerial la situación en que se encuentra el bien citado y las medidas conducentes a evitar la expoliación.

La ejecución de las medidas declaradas en la Orden ministerial corresponde al titular del bien o, subsidiariamente, a la Administración competente, a la que se ha de requerir a tales efectos. Cuando las medidas debieran ser adoptadas por el titular, en caso de incumplimiento de éste serán puestas en práctica por la Administración

Arqueológica las Laderas de Morana”. Publicadas la primera resolución en el BOE número 198, de 19 de agosto de 1998 y BOJA número 91, de 13 de agosto de 1998 y publicada la segunda en el BOE número 104, de 1 de mayo de 2000 y BOJA número 44, de 13 de marzo del 2000.

¹⁰⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 281 – 288. Todas estas consideraciones se deducen de los datos aportados por esa Delegación en su Informe de fecha 3 de Febrero de 1997, un Informe que resulta manifiestamente insuficiente para posibilitar a la Institución el conocimiento del estado de tramitación del expediente de declaración de BIC, por cuanto en el mismo no se hace referencia a una serie de datos que resultan imprescindibles para hacer un correcto seguimiento de dicho procedimiento. Entre estos datos debía haberse referido a los siguientes: Fecha del acuerdo de incoación del procedimiento; Fecha de publicación en el BOJA del acuerdo de incoación; Anotación preventiva en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz; Medidas provisionales propuestas para el período de duración de la protección cautelar; Período de información pública el Informe de las Instituciones consultivas. El Defensor del Pueblo no alcanzaba a entender porqué en el Informe remitido no se hacía mención alguna al cumplimiento de estos trámites preceptivos, limitándose a trasladar un exhaustiva relación de las actuaciones realizadas por esa Delegación que, si bien facilitaban la labor de supervisión de la actuación administrativa, resultan insuficientes para conocer el estado de tramitación del expediente de declaración de BIC, objeto último del expediente.

competente, en la mayoría de los casos la autonómica, a costa de aquel. Cuando la Administración competente, desatienda el requerimiento, la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Cultura y con la colaboración de los demás departamentos que sea precisa, puede ejecutar por sí misma las medidas declaradas.

Si la expoliación no pudiera presumiblemente evitarse entre tanto se dicta la Orden Ministerial, el Ministro de Cultura puede interesar del órgano competente de la Comunidad Autónoma la adopción con urgencia y en un plazo concreto, de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatiende ese requerimiento, el titular del Ministerio de Cultura puede ejecutar las medidas urgentes con la colaboración de los entes públicos competentes, dando cuenta de todo ello a la Comisión de la Comunidad Europea.

2.1.2. El expolio y la ausencia de respuestas administrativas. La problemática de la utilización incontrolada de detectores de metales

De las quejas que el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz han recibido, un porcentaje elevado denuncian la omisión de actuación administrativa cuando se tiene conocimiento bien del riesgo de agresión que sufre nuestro patrimonio arqueológico o bien de la efectiva agresión que se esté realizando.

Un ejemplo de inactividad administrativa la encontramos en la *queja* 96/2635. En ella los interesados denunciaban las continuas actividades de expolio que padecía un yacimiento como consecuencia de su falta de protección¹⁰⁵.

Miembros de la Oficina del Defensor del Pueblo giraron visita a la localidad a fin de comprobar la veracidad de las denuncias presentadas, se pudo comprobar la existencia en el yacimiento arqueológico de evidentes muestras de las actividades expoliatorias sufridas por el mismo, muchas de ellas con trazas de haber sido realizadas en épocas recientes, siendo de destacar las señales claras de haberse efectuado un expolio sistemático de las tumbas romanas existentes en el mismo.

La mayoría de las actividades expoliatorias habían sido realizadas con detectores de metales y era fácil observar la existencia de numerosos restos de cerámica esparcidas alrededor de las tumbas y recintos expoliados, que a todas luces habían sido arrojados allí por los propios “piteros”¹⁰⁶ al carecer de valor para ellos.

¹⁰⁵ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 281 a 288.

¹⁰⁶ Denominación justificada en la utilización de los detectores y que incorpora el competente del ruido emitido por el detector al identificar metales.

Aunque algunos de estos restos cerámicos pudieran carecer de valor por sí mismos, la conservación de los mismos y el conocimiento de su exacta ubicación puede contribuir en gran medida al mejor conocimiento de la realidad histórica del yacimiento, por lo que la actividad expoliatoria de los “piteros” no sólo estaba provocando un daño por los valiosos restos que desaparecían, sino también por el destrozo que ocasionaban en aquellos que careciendo de valor económico intrínseco tienen un enorme valor cultural e histórico¹⁰⁷.

El Defensor del Pueblo Andaluz en su investigación comprobó que la Delegación de Cultura competente se había limitado a enviar, un mes y ocho días después de haber recibido la denuncia, al Arqueólogo de la Delegación Provincial el cual constató en la superficie evidencias de que había sido objeto de un expolio indiscriminado. A juicio del Defensor es evidente que si existía riesgo para el Patrimonio Arqueológico, éste tuvo sobrado tiempo para consumarse dada la pasividad de la Administración ante la denuncia recibida. En su informe, el Defensor del Pueblo denunciaba especialmente que la Delegación se limitara a constatar la autenticidad de las denuncias efectuadas sobre el expolio indiscriminado del yacimiento, sin que en ningún momento se procediera a las actuaciones de protección previstas para evitar estos atentados y, ni tan siquiera, para valorar el daño producido. Por tanto se estaban incumpliendo tanto el artículo 5 de la LPHA el cual obliga a la Administración a comprobar el objeto de la denuncia y a actuar con arreglo a la Ley; como el artículo 120 que regula no solo la incoación del procedimiento sancionador por los órganos centrales o periféricos de la Consejería de Cultura de oficio o previa denuncia de parte, sino también la facultad de exigir la inmediata suspensión de la actividad y ordenar las medidas precautorias que estime necesarias para evitar daños en los bienes constitutivos del Patrimonio Histórico Andaluz.

Del incumplimiento de estos artículos se dejó constancia en el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz en la forma de Recordatorio de Deberes Legales. Además, recomendó a la Delegación Provincial que se adoptaran las medidas que fueran necesarias para garantizar la indemnidad del yacimiento arqueológico y que se realizara un estrecho seguimiento del cumplimiento de las medidas que se fueran a adoptar, sin perjuicio de añadir cuantas medidas complementarias pudiera demandar la protección del yacimiento en el futuro.

¹⁰⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 300 y 301.

Por su parte la Delegación provincial informó al Defensor que como medida provisional había solicitado del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil que se extremase la vigilancia del yacimiento y había remitido escritos a los propietarios de los terrenos en que se sitúan los restos arqueológicos informándoles de sus obligaciones legales respecto a los mismos.

Por las graves consecuencias que de estos comportamientos que sufre nuestro Patrimonio arqueológico es necesario exigir que las Administraciones públicas tomen conciencia de la existencia de este grave problema y adopten las medidas necesarias de protección.

En segundo lugar, que se cumpla la legislación vigente y las Administraciones públicas asuman las competencias que les atribuyen las leyes desterrando definitivamente las conductas omisivas.

En tercer lugar, es necesario que las Administraciones Públicas presten una mayor atención a los yacimientos arqueológicos ubicados en zonas no urbanizables y especialmente en pequeños municipios, por cuanto son los que en mayor medida están viéndose afectados por las actividades expolatorias. A estos efectos, no debería olvidarse que los municipios con escasa capacidad económica y de gestión se encuentran, por lo general, poco o nada preparados para afrontar los problemas que se derivan de la protección del Patrimonio Arqueológico. Por ello, es necesario que la Consejería de Cultura extreme las labores de vigilancia y tutela sobre estos municipios, y, sobre todo, que incremente las medidas de fomento dirigidas a posibilitar que los mismos puedan afrontar con posibilidades de éxito los retos que les plantea la conservación de su memoria histórica.

La existencia de esta queja pone de manifiesto que es necesario reorientar la legislación vigente autonómica en un sentido: incidir y regular con más hincapié en las medidas de protección de los yacimientos arqueológicos y muy especialmente de los que se encuentran ubicados en zonas situadas fuera de los cascos históricos ya que en estos, el factor de lejanía favorece las actividades expolatorias. Frente a esto, actualmente la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía, fundamentalmente en su artículo 49, y el Reglamento de Actividades Arqueológicas de 17 de junio, hacen excesivo hincapié en los aspectos relativos a la regulación de las condiciones de excavación de los yacimientos arqueológicos, y se olvidan de los problemas de protección cuando muy difícil será autorizar una excavación en un yacimiento arqueológico si éste, por falta de protección ha terminado desapareciendo o ha terminado destruido.

La utilización incontrolada de los detectores de metales ha sido tratada constantemente, bien a través de quejas, o bien a través de investigaciones iniciadas de oficio, en los informes del Defensor del Pueblo Andaluz¹⁰⁸.

En 1993 el Defensor dio curso a la *queja 93/584*. Ésta fue presentada por una Asociación que mostraba su preocupación acerca del expolio de yacimientos arqueológicos, mediante la utilización incontrolada de detectores de metales, instrumento que se adquiere fácilmente en cualquier establecimiento comercial sin ningún tipo de control, por personas que persiguen un beneficio personal, llegando a traficar a gran escala con un Patrimonio que es de todos. En su escrito, la entidad denunciante alegaba que no entendía cómo estando sujetas a autorización administrativa todo tipo de prospecciones arqueológicas, personas sin autorización alguna se dedicaban impunemente a la expoliación de los yacimientos arqueológicos, sin que la Administración cultural adoptara alguna medida para evitarlo.

En atención a ello el Defensor solicitó el preceptivo informe a la entonces Consejería de Cultura y Medio Ambiente, en el que se le interesaba sobre: el control de venta y utilización de detectores de metales; las órdenes oportunas dadas a las autoridades competentes para que se hiciera efectiva la vigilancia y control de este tipo de actividades clandestinas; la creación y aplicación de una normativa que tipificara como delito toda agresión contra el Patrimonio Histórico Andaluz; las instrucciones dadas a la Administración Local para evitar actuaciones que caigan en franca contradicción con la Ley vigente.

En el informe enviado, la Consejería de Cultura se limitaba a exponer el régimen de protección de los bienes integrantes del patrimonio arqueológico, establecido tanto en la legislación estatal como autonómica. Respecto de la venta de aparatos detectores de metales manifestaba únicamente que ello no estaba regulado en la legislación sobre Patrimonio Histórico y que, por tanto, la Consejería sólo era competente para ejercer control en los supuestos en que por el usuario se solicitaba autorización para realizar prospecciones arqueológicas pues, de lo contrario, estaría en presencia de actividades clandestinas que sólo podrían evitarse a través de mecanismos preventivos de vigilancia o represivos de imposición de sanciones en aplicación del artículo 113.5 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal que tipifica como infracción menos grave la utilización de aparatos destinados a la detección de

¹⁰⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, de 1994 y de 1996, en relación a la queja 93/584, y en las págs. 343 -345, 308 - 309 y 297 – 300, respectivamente e Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, en relación a la investigación de oficio, pág 289.

restos arqueológicos sin contar con la autorización de la Administración de Cultura, en conexión con el argumento de que el empleo de un detector de metales es una actividad de prospección que debe ser autorizada¹⁰⁹.

El Defensor del Pueblo Andaluz, aunque consciente de que no correspondía a la Administración cultural establecer medidas adicionales de control sobre este tipo de aparatos, como podría ser el sometimiento de su venta a un régimen de autorización previa, no obstante creyó, y así se lo manifestó a la entonces Consejería de Cultura y Medio Ambiente, que era la Administración cultural la principal afectada por la situación descrita y, por ello, la primera interesada en que se adoptaran medidas de control que frenasen la proliferación indiscriminada de los detectores.

Así pues le trasladó como sugerencias que estudiara la conveniencia o posibilidad de interesar de las Administraciones competentes el establecimiento, como sistema de control previo, de un régimen de autorizaciones para la adquisición de los aparatos detectores de metales, que podría tener como finalidad limitar su venta a las personas contempladas en el artículo 53 de la Ley del Patrimonio Histórico Andaluz, así como a aquellas otras que se determinasen en la normativa al efecto¹¹⁰. O que, cuando menos, permitiese controlar el número de aparatos en circulación y sus titulares, a la vez que se aprovechaba el otorgamiento de la autorización para informar exhaustivamente a los adquirentes las limitaciones legales para su uso y las consecuencias de su utilización indebida.

Igualmente, y con el mismo fin, le sugirió a la Consejería de Cultura la conveniencia de realizar campañas divulgativas, a semejanza de los llevados a cabo en temas medioambientales, tanto desde la Consejería de Cultura y Medio Ambiente,

¹⁰⁹ El Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de abril de 1991 afirma que el uso de estos aparatos ha de estar sometido a control administrativo previo en lugares de valor arqueológico y esto es tanto como admitir que tal actividad en estos lugares es una intervención arqueológica. Ponente: José María Morenilla Rodríguez, Aranzadi 1991/3472.

¹¹⁰ Artículo 53 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía: “1. Podrán solicitar autorización para realizar actividades arqueológicas: a) las personas físicas o los equipos de investigación que cuenten con la titulación o acreditación profesional que reglamentariamente se determine; b) los departamentos de universidades españolas competentes en materia arqueológica; c) los Museos provinciales que cuenten con sección de Arqueología y Museos Arqueológicos provinciales de la Comunidad Autónoma de Andalucía; d) los Institutos de Prehistoria y Arqueología del Consejo superior de Investigaciones Científicas; e) las Administraciones públicas que pretendan realizar tales actividades directamente y cuenten con personal debidamente titulado o acreditado para ello.”

como a través de los medios de comunicación social, para sensibilizar a la ciudadanía sobre la problemática de la conservación y protección del Patrimonio Histórico.

Estas Sugerencias no tuvieron respuesta alguna por parte de la Administración cultural pese a las numerosas reiteraciones dirigidas a la misma, por lo que, tras una espera de 6 meses, el Defensor del Pueblo Andaluz se vio obligado a declarar la actitud poco colaboradora de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente, y a acordar la inclusión del expediente en Informe Anual a fin de destacar tal situación¹¹¹.

Cuesta trabajo creer que en la actuación colaboradora del Defensor del Pueblo Andaluz y en las valiosas contribuciones que hace para la efectiva consecución de los fines de la Administración reciba tan poca atención de ésta y, en muchas ocasiones, se ignoren notoriamente sus aportaciones. A nuestro juicio las Administraciones públicas desaprovecha este magnifico recurso que les brinda el ordenamiento jurídico. Le consideramos magnífico porque tiene su origen en el propio pueblo, en las quejas de los propios ciudadanos. El Defensor del Pueblo es la voz de los destinatarios de la actividad administrativa, es la voz de aquellos que con mayor criterio pueden afirmar, o no, el cumplimiento de principio de eficacia de la actuación administrativa.

En la investigación del Defensor del Pueblo Andaluz se observa que aunque la Administración cultural aceptó las Sugerencias comprometiéndose a darles efectivo cumplimiento con el fin de velar por una más adecuada protección del Patrimonio Arqueológico de Andalucía, tres años después de iniciarse la queja 93/584¹¹², el compromiso de la Consejería de Cultura para el control en la utilización de los detectores de metales, no sólo no se había hecho efectivo, sino que además las actividades de expolio del Patrimonio Arqueológico mediante la utilización de este tipo de aparatos habían experimentado un espectacular aumento, hasta el punto de asegurar que existía una auténtica industria del expolio en Andalucía que estaba poniendo en serio peligro la supervivencia del mismo¹¹³.

¹¹¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 297 a 300.

¹¹² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 297 a 300.

¹¹³ El Defensor del Pueblo Andaluz exponía la realidad del siguiente modo: Ocurre que cuando se detecta la aparición de restos arqueológicos en alguna zona de nuestra Comunidad, y antes de que la Administración tenga tiempo de adoptar medida alguna para la protección del yacimiento, ya los "piteros" han tenido noticias del descubrimiento y comienzan de inmediato su labor expoliatoria. Los daños derivados de estas actividades incontroladas no se limitan a la pérdida de los bienes expoliados sino que, además, la falta de preparación y conocimientos técnicos de estos "piteros" les

Por otro lado, en la investigación se denunció que la rapidez de los “piteros” en sus actividades expolatorias contrastaba fuertemente con la lentitud de la Administración en la adopción de medidas eficaces de protección de los yacimientos arqueológicos y que en ocasiones llegaban a producirse auténticos círculos viciosos, ya que la publicidad que comporta necesariamente el inicio de un expediente para la declaración de Bien de Interés Cultural (BIC) de un yacimiento arqueológico, supone ineludiblemente llamar la atención de los “piteros” antes de que se hayan podido adoptar medidas para la protección del Bien, por lo que parecería aconsejable no hacer pública tal declaración. Sin embargo, por otro lado, si no se inicia el expediente de declaración de B.I.C. resulta prácticamente imposible adoptar medidas legales de protección, con lo que se facilita la actividad expolatoria de los “piteros”.

Sea como sea, frente a esta realidad el Defensor enjuició imprescindible que la Consejería de Cultura tomara conciencia de la importancia del daño que se inflige a nuestro Patrimonio Arqueológico, y que, en consecuencia, adoptara las medidas necesarias, en colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad, para garantizar la integridad de nuestra herencia histórica. En este sentido es esencial que se agilicen los procedimientos para la adopción de medidas de protección de los yacimientos arqueológicos y que se regule la venta y utilización de detectores de metales.

Esta preocupación por la reiterada expoliación que sufre nuestro Patrimonio Arqueológico a manos de personas provistas de detectores de metales y la escasa voluntad de actuar que se deducía del comportamiento de la Administración cultural llevó a que en 1997, el Defensor del Pueblo Andaluz iniciara una actuación de oficio ante la Administración cultural, con la intención de llamar nuevamente la atención de los poderes públicos competentes hacia la necesidad de adoptar medidas de prevención frente a esta amenaza¹¹⁴.

lleva a destruir numerosos restos arqueológicos al desconocer el valor histórico o arqueológico de los mismos. En efecto, resulta frecuente que los restos no metálicos (cerámica fundamentalmente) terminen destrozados en el afán del "pitero" por apartarlos para encontrar los metales cuya presencia ha detectado el aparato. Por otro lado, las catas indiscriminadas de los expoliadores ponen en grave riesgo la seguridad de numerosos elementos arqueológicos que permanecían conservados gracias a la protección que le brindaba la propia configuración del terreno. Esta actividad expolatoria se ve favorecida por la falta de protección legal de los yacimientos motivada por la ausencia de una declaración formal de lo mismos como Bien de Interés Cultural y la inexistencia, por tanto, de las medidas de protección que lleva aparejadas esta declaración, tales como el cerramiento y la señalización del terreno.

¹¹⁴ *Queja de oficio 97/1774*, ver el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pág. 289.

Gracias a esta investigación se conoció que la Consejería de Cultura en el Documento de Avance del Plan General de Bienes Culturales 1996-2000, incluía un apartado específico dedicado a la “*Lucha contra el expolio de yacimientos arqueológicos*”, en el que figuraban como medidas, positivamente valoradas por el Defensor del Pueblo Andaluz: la regulación del uso de detectores de metales siguiendo el modelo del Reglamento de Armas de Fuego y la actuación con los colegios en la protección física de los yacimientos sembrándolos de virutas metálicas, no discriminadas por los detectores de metales, a fin de imposibilitar o al menos dificultar la labor de los expoliadores¹¹⁵. Esta medida se valoró positivamente en cuanto que podría resultar de fácil aplicación y permitiría obtener resultados inmediatos, por lo que se aconsejaba que se pusiera en marcha con la mayor diligencia posible recabándose la colaboración de las distintas Asociaciones Culturales radicadas en la Comunidad Autónoma¹¹⁶.

No obstante, tenemos que hacer un inciso, las medidas propuestas y los proyectos previstos que finalmente quedaron reflejados en Plan General de Bienes Culturales, dentro de los Programas básicos para la tutela del Patrimonio Histórico¹¹⁷, coincidían sustancialmente con las Sugerencias que en el año 1993 formulara la Institución, y aceptados entonces por la Administración Cultural, no han pasado de ser sino meras propuestas dentro de un Plan¹¹⁸.

¹¹⁵ El resto de las medidas que se propusieron fueron: Reunión/es sectoriales y generales entre los órganos e instituciones implicadas en la protección y tutela del Patrimonio cultural, con objeto de tener una valoración conjunta de la situación; Regulación del uso de detectores de metal siguiendo el modelo del Reglamento de Armas de Fuego; Cursos de especialización y acercamiento a la Arqueología para los miembros del la Brigada de Patrimonio y del Servicio de Protección de la Naturaleza. Elaboración de un cuaderno con las normativas de aplicación y los procedimientos a seguir en caso de expolio; Diseño de campañas explicativas en colegios y ayuntamientos sobre los daños que provoca el expolio; Diseño de medidas que incentiven la regularización de colecciones cuyo origen no se ajuste a las previsiones de la legislación vigente; Implicar y colaborar con los Ayuntamientos en políticas coordinadas de lucha contra el expolio.

¹¹⁶ En la página 178 del Plan General de Bienes Culturales se recoge como objetivo el fomento del asociacionismo y el voluntariado a través de convenios de cooperación que faciliten la participación de este colectivo social.

¹¹⁷ Ver el Plan General de Bienes Culturales. Andalucía 2000, especialmente el apartado 3.3 dedicado a los programas y concretamente el Programa de Protección del Sistema de los Bienes Culturales en el Territorio, pág. 37 – 46. Ver también el Plan General de Bienes Culturales. Andalucía 2000, especialmente el apartado 3.5.2 dedicado a los Programas Básicos para la Tutela del Patrimonio Histórico, especialmente la página 176.

¹¹⁸ Como afirma el profesor SÁNCHEZ BLANCO “*son ideas sin dotación presupuestaria*”. Vid. SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “*El Plan General de bienes culturales de Andalucía: necesidad y limitaciones de la programación económica*”, Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, 2001, págs. 221 – 237.

No podemos cerrar este apartado sin mencionar la apuesta arriesgada que en el reciente informe de 2003 hace el Defensor del pueblo Andaluz en relación con los “piteros”. Para el Comisionado Parlamentario Autonómico ha llegado el momento de reconocer las limitaciones de la acción administrativa para ejercer eficazmente la labor de tutela que la legislación vigente le encomienda respecto de nuestros bienes patrimoniales y de buscar la colaboración de la sociedad civil en esta misión, y muy particularmente de aquel sector de la sociedad que está en condiciones de prestar un servicio más eficaz en pro de la protección de nuestro patrimonio arqueológico. Este sector de la sociedad es el conjunto de personas que, unidos por una afición común, se dedican habitualmente a la búsqueda de restos metálicos utilizando aparatos específicamente diseñados para tal fin: los llamados *detectoristas*, *detectoaficionados* o “*piteros*”.

La detectoafición existe en nuestro país desde hace bastante tiempo y el número de sus integrantes crece continuamente, del mismo modo que se incrementa su nivel de organización y su capacidad reivindicativa. En este sentido, seguir negando cualquier capacidad de interlocución de estas personas y las asociaciones que las representan con la Administración Cultural es tan absurdo como pretender que el problema de los expolios en los yacimientos arqueológicos va a resolverse únicamente aplicando medidas represivas.

Para el Defensor del pueblo Andaluz ha llegado el momento de que la Administración se plantee la posibilidad de considerar a los detectoaficionados como posibles colaboradores en la tarea de proteger nuestro patrimonio histórico y no como acérrimos adversarios en su labor tuitiva. Nadie como los propios detectoaficionados conocen mejor quienes son los que, amparándose en su supuesta afición, se dedican realmente a labores de expolio de nuestros yacimientos. Ninguna Fuerza de Seguridad tiene tanta información sobre actividades delictivas que afecten a nuestros yacimientos como los detectoaficionados. Nadie conoce mejor que los detectoaficionados quiénes son, cómo funcionan y dónde se encuentran las redes de distribución y receptación de los bienes expoliados. Y, con total seguridad, ninguna Administración Cultural ni ningún arqueólogo tiene un conocimiento tan preciso sobre la ubicación de restos arqueológicos aún no catalogados como los propios detectoaficionados.

El Defensor reflexiona serenamente sobre los contenidos que han de tenerse en cuenta en el debate que suscita esta propuesta reciente. Así es conveniente estudiar una posible regulación de la detectoafición que delimite claramente las condiciones y requisitos para practicar lícitamente esta afición. Asimismo, es oportuno estudiar una posible modificación de la tipificación administrativa de las

infracciones por el uso de detectores de metales que delimite más claramente cuáles son elementos configuradores de la infracción y legalice la mera tenencia de estos aparatos y su uso fuera de las zonas delimitadas, siempre que se respeten los procedimientos previstos ante la aparición de restos de posible valor arqueológico.

Como contrapartida las asociaciones de detectoaficionados deberían dotarse de un código deontológico, perfectamente definido, donde se detallen las prácticas permitidas y las no permitidas en el uso de estos aparatos detectores. Asimismo deberían asumir un compromiso firme de colaborar con la Administración denunciando y poniendo en su conocimiento cualquier infracción de dicho código que pudiera incidir negativamente en la protección de nuestro patrimonio arqueológico e informando fielmente a las autoridades competentes sobre cualquier hallazgo de relevancia arqueológica del que puedan tener conocimiento.

Del mismo modo, se debería exigir de las asociaciones de detectoaficionados que asumiesen la necesidad de diferenciar claramente entre quienes utilicen estos aparatos detectores para fines lícitos y quienes se amparen en su supuesta afición para depredar nuestro patrimonio, procediendo de forma expeditiva a expulsar y denunciar a aquellos miembros que utilicen a la asociación para encubrir sus actividades delictivas.

El Comisionado Parlamentario Andaluz tiene constancia de que los propios detectoaficionados son los primeros interesados en separar el grano de la paja y propiciar así las condiciones para poder realizar con tranquilidad y seguridad lo que no debe ser más que una práctica lúdica como tantas otras. Desde hace varios años ha recibido diversos escritos de queja remitidos por asociaciones de detectoaficionados que denuncian la persecución y criminalización de que son objeto por parte de la Administración Cultural y solicitan una regulación de su afición que otorgue un mínimo de seguridad jurídica a sus actuaciones¹¹⁹.

Si las Administraciones públicas tienen en cuenta y maduran esta propuesta, la lucha contra el expolio cultural podría dar un salto exponencial al encontrar la forma de incorporar a los detectoaficionados honrados a dicha lucha. Su contribución

¹¹⁹ Ver Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2003, especialmente la queja 01/800 y la queja 03/4504 que se hallan en el apartado relativo a “Derechos a la cultura”. [Http://www.defensor-and.es](http://www.defensor-and.es). El Defensor del Pueblo reconoce que hasta el citado Informe ha sido muy poco receptivos ante tales denuncias y peticiones, optando por utilizar recursos procedimentales para evitar dar curso a las mismas por considerar que se pretendía hacer un uso torticero de esta Institución para limitar la acción preventiva y sancionadora de la Administración frente a unas prácticas que considerábamos ilícitas.

permitiría incrementar la acción preventiva y represiva de las Administraciones Públicas y contribuiría de forma decisiva a mejorar los niveles de protección de nuestro patrimonio arqueológico.

Sea bienvenido el espíritu abierto y ánimo constructivo del Defensor del Pueblo Andaluz que ha introducido, una vez más, un oportuno y sereno debate sobre la oportunidad o no de adoptar esta iniciativa como una nueva vías de lucha que permitan, a corto o medio plazo, encontrar soluciones a lo que hoy por hoy parece un claro fracaso, cual es la tutela de los bienes arqueológicos.

2.1.3. La inactividad de la Administración pública cuando se produce un hallazgo de restos arqueológicos

La tramitación de la *queja* 98/686 se inició al recibirse un escrito denunciando a la Consejería de Cultura, a su Delegación Provincial en Sevilla y a la Dirección General de Bienes Culturales de dicha Consejería por la falta de actuación de los referidos organismos públicos en el expediente iniciado a raíz de que en el año 1985 se produjera un hallazgo arqueológico casual en una finca de propiedad privada ubicada en un municipio próximo a Sevilla¹²⁰.

Dicho hallazgo, que posteriormente se manifestó como de gran importancia e interés, fue puesto de inmediato en conocimiento del Puesto de la Guardia Civil y del Ayuntamiento de la localidad, así como de la Consejería de Cultura¹²¹. A finales de 1985 y tras una primera exploración del yacimiento arqueológico, se procedió a la realización de las pertinentes obras de excavación arqueológica en la finca que se dividieron en dos campañas, de las que se procedió a la elaboración de sendas memorias o informes con los resultados obtenidos en cada una¹²². En la primera se

¹²⁰ El régimen jurídico aplicable en el caso de los hallazgos casuales se encuentra en el artículo 44 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, en el artículo 50 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía desarrollado en el artículo 78 del Decreto 19/1995, de 7 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía y el artículo 5.4 y el artículo 25 del Decreto 168/2003, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas.

¹²¹ Este comportamiento sigue lo dictado en el artículo 50 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía que obliga a la notificación de hallazgos casuales de restos arqueológicos inmediatamente a la Consejería de Cultura o al Ayuntamiento correspondiente el cual está obligado a dar traslado a la Consejería en el plazo de cinco días. Por su parte el artículo 80 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía fija el plazo de 24 horas para que el descubridor del hallazgo lo notifique a la Delegación Provincial de Cultura o al Ayuntamiento en cuyo término se haya producido.

¹²² Confirmado el hallazgo la Consejería de Cultura ha de establecer, en virtud del artículo 81.3 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía, las

recogía que se había descubierto un mosaico donde se apreciaba una decoración figurada policroma. Su estado de conservación era perfecto, el resultado de los trabajos se calificó como sorprendente al propiciar el descubrimiento de nuevos mosaicos y de una villa romana, y dadas las grandes dimensiones del yacimiento, dos hectáreas aproximadamente, se estimó oportuno que los trabajos fueran pospuestos hasta la realización de una campaña de excavaciones más amplia. Semejantes términos se emplearon en la redacción de la segunda memoria o informe un año después, es decir, en 1986. Así, se expuso que a la excavación se le había otorgado gran importancia, pues se había encontrado gran acumulación de mosaicos y una villa romana, calificándose el yacimiento como asentamiento sin precedentes.

Finalizada la segunda campaña en 1986, el propietario de la finca, e interesado en la queja, denunció, por medio de escrito fechado el 4 de Noviembre de 1988, ante el Delegado Provincial en Sevilla de la Consejería de Cultura la inactividad de la Administración en este asunto y solicitó que se continuara con su tramitación y con la realización de los trabajos de investigación en el hallazgo. Esta denuncia no fue la primera que efectuó el interesado, pues ya había presentado escritos similares el 23 de Octubre de 1985 y el 13 de Junio de 1986, sin obtener respuesta alguna. Tampoco obtuvo respuesta ni se atendió la solicitud deducida en el mencionado escrito de 4 de Noviembre de 1988, por lo que volvió a dirigirse al Sr. Delegado Provincial en Sevilla de la Consejería de Cultura por medio de un escrito en el que reiteraba la denuncia de la injustificada y escandalosa paralización en la tramitación del expediente¹²³.

Este proceder de la Administración pública no pone sino de manifiesto la vulneración de los más elementales principios que rigen la actuación de la Administración Públicas y el flagrante incumplimiento del artículo 74 de la Ley 30/1992 que recoge el impulso de oficio y el criterio de celeridad de la tramitación de procedimientos administrativos.

Como resultado de los escritos reiterados del interesado, el día 6 de Marzo de 1996, el Delegado en Sevilla de la Consejería de Cultura se decidió, al fin, a

medidas necesarias para garantizar el seguimiento arqueológico de la actuación y ordenará, en su caso, la realización de las excavaciones o prospecciones que resulten necesarias.

¹²³ En el escrito se manifestaba literalmente lo siguiente: *“Han transcurrido más de diez años sin que desde entonces se me haya notificado resolución o actuación alguna al respecto, pese a los escritos que a tal fin formulé el 23 de octubre de 1985 y el 13 de junio de 1986. Tampoco durante estos diez últimos años se ha efectuado ningún trabajo de inspección y conservación de los mencionados restos, ni pagado indemnización alguna al compareciente”*. Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 256 – 262.

contestar mediante un oficio en el que se indicaba al final del texto que se trasladaba a la Dirección General de Bienes Culturales el escrito para que se continuara con la tramitación del expediente para la inscripción específica del yacimiento en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz como Zona Arqueológica y para que se hiciera la valoración de los bienes para el pago del premio fijado en el artículo 6 del Reglamento de 1 de marzo de 1912, aplicable al caso en virtud de la fecha del descubrimiento¹²⁴.

A pesar de lo indicado por el Delegado Provincial en Sevilla de la Consejería de Cultura ninguna de las actuaciones que se prescribieron se llevaron a cabo, por lo que el interesado se vio en la necesidad de presentar nuevo escrito, fechado el 6 de Noviembre de 1996, dirigido en esta ocasión al Director General de Bienes Culturales de la Consejería de Cultura, reiterando su protesta por la falta de respuesta de la Administración a sus sucesivas peticiones.

Ante la ausencia de respuesta también por parte de este órgano, el interesado se dirigió nuevamente, con fecha 29 de Enero de 1997 a la Consejera de Cultura exponiendo que la tramitación del expediente se encontraba paralizada desde hacía más de once años sin que hubieran sido atendidas las numerosas solicitudes de reanudación efectuadas, e interesando que le fuera concedida audiencia para tratar con ella directamente este asunto.

Como este escrito tampoco fue atendido, el interesado presentó una queja ante la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz en el que mostraba su malestar por la actuación de la Administración, que puede ser calificada de insólita, injustificada e ilícita, al haber dejado transcurrir cerca de trece años sin realizar intervención alguna en tan importante hallazgo arqueológico, haciendo caso omiso de cuantos escritos y requerimientos se le habían dirigido. Además de dicha actuación el interesado individualizaba los perjuicios que se derivaban a saber: al propietario de la finca y a quien realizó el hallazgo, se les privaba, con la

¹²⁴ Los derechos del descubridor se encuentran regulados en el artículo 79 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía. En virtud de éste, el descubridor y el propietario del lugar en el que se hubiese producido el hallazgo casual de un bien mueble tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se atribuya al descubrimiento, distribuyéndose dicho importe entre ellos a partes iguales. Si el descubridor es el propietario del terreno tiene derecho al importe íntegro del premio en metálico. La determinación del valor de tasación legal se realizara de conformidad con lo establecido por el Artículo 80 de la Ley de Expropiación Forzosa. Sobre esta cuestión ver la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS de 22 de marzo de 1976 y los distintos comentarios que a sobre la misma se han realizado, entre otros el más reciente de MOREU BALLONGA, José Luis, "*Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico*" RAP número 132, 1993, págs. 171 – 208.

paralización del expediente para la valoración del hallazgo del premio o recompensa que legalmente les correspondía, además de ello, debía tenerse en cuenta el quebranto económico que suponía no haber podido cultivar durante todos esos años la superficie afectada por los meritados restos arqueológicos y lo que es más importante, lo que sin duda constituía el más pernicioso efecto de la negligente actuación de la Consejería de Cultura, consistía en el deterioro que se estaba produciendo día a día en el yacimiento arqueológico¹²⁵.

El Defensor del Pueblo Andaluz en la investigación que llevó a cabo examinó todas las actuaciones que había realizado la Dirección General de Bienes Culturales, quien se había comprometido a aportar al Ayuntamiento de la localidad donde se ubicaba el hallazgo una subvención, previa elaboración del correspondiente acuerdo de colaboración entre ambas Administraciones, que comprendería no sólo el valor de la adquisición del terreno, sino también la indemnización por el descubrimiento de los restos arqueológicos. Sobre dicho acuerdo, no obró ningún documento en manos del Defensor del Pueblo que permitiera constatar la seriedad de dicho compromiso, el grado de cumplimiento del mismo y las perspectivas de concreción efectiva del mismo.

Asimismo, merecía destacarse el hecho de que el interesado en queja no parecía haber sido informado en momento alguno de la existencia de dicho compromiso, ni de las consecuencias que el mismo podría conllevar para sus derechos e intereses, ni se le habían dado los oportunos trámites de audiencia y alegaciones.

El Defensor del Pueblo Andaluz también denunció que en el expediente se observaban incumplimientos formales reiterados que incluso podrían acarrear la nulidad de las actuaciones, entre ellos la falta de comunicación por parte de esa

¹²⁵ Además de dicha actuación el interesado individualizaba los perjuicios que se derivaban a saber: al propietario de la finca y a quien realizó el hallazgo, se les privaba, con la paralización del expediente para la valoración del hallazgo del premio o recompensa que legalmente les correspondía, además de ello, debía tenerse en cuenta el quebranto económico que suponía no haber podido cultivar durante todos esos años la superficie afectada por los meritados restos arqueológicos y lo que es más importante, lo que sin duda constituía el más pernicioso efecto de la negligente actuación de la Consejería de Cultura, consistía en el deterioro que se estaba produciendo día a día en el yacimiento arqueológico. El interesado indicaba que: *“La capa de hormigón que cubre los mosaicos presenta desde hace años diversas fracturas y huecos donde abundan las madrigueras de conejos y otros animales, permitiendo la entrada de agua, lo que sin duda está deteriorando gravemente tan importante hallazgo. En todos estos años ni una sola vez se ha acometido, al menos, obra de reparación alguna que posibilitara la adecuada conservación de los restos, lo que da una idea del verdadero interés de la Administración en la conservación de nuestro patrimonio arqueológico.”* Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 256 – 262.

Administración de varias de las actuaciones realizadas en el expediente que le afectaban de forma directa, y de las que legalmente debería haber sido puntualmente informado, y además de ello existía un cúmulo tal de irregularidades y de dilaciones indebidas e injustificadas, que hacían que la actuación administrativa resultase difícilmente compatible con las exigencias de diligencia y eficacia que el ordenamiento jurídico exige a una Administración Pública¹²⁶.

La consecuencia de todo este proceder no era otra que tras el escrito de la Dirección General de Bienes Culturales de 4 de Julio de 1996 solicitando documentación para iniciar el expediente de expropiación, casi tres años después dicho expediente no solo no estaba concluso sino que aparentemente no había experimentado avance alguno, o al menos no se hacía mención de ello en el informe ni le constaba al interesado en queja.

Frente a esta actuación y teniendo en cuenta que la pretensión del interesado no era otra que conseguir que el expediente de expropiación de la finca se culminase de una vez por todas y que se le abonasen los premios de descubrimiento y las indemnizaciones a que hubiere lugar, mediante los procedimientos legales que resultasen de aplicación, el Defensor del Pueblo Andaluz entendió que la mejor forma de dar satisfacción a esas pretensiones era la formulación a la Administración cultural de las siguientes Recomendaciones¹²⁷: que se procediera, con carácter

¹²⁶ Las irregularidades observadas por el Defensor del Pueblo Andaluz fueron las siguientes:

- Se incorporó al expediente borrador de Decreto (30.10.85), propuesto por el Director General de Bellas Artes, por el que se declara de utilidad pública, con carácter de urgencia, a efectos de expropiación de urgencia, la realización de excavaciones en el yacimiento arqueológico. Dicho borrador no tuvo plasmación jurídica posterior, figurando en la carátula del expediente la frase “No expropiación. Se llegó a un acuerdo con el dueño”. Evidentemente, ello no ha sido así como se constata al examinar los datos posteriores.

- Existieron dos Informes contradictorios evacuados al parecer por abogados adscritos al Servicio General de Patrimonio Histórico, de fechas 22 de Febrero de 1990 y 22 de Septiembre de 1993. Respecto de estos Informes nada se mencionaba en el escrito de la Delegación sobre los motivos por los que se solicitaron de forma repetida, ni se señalaba cuál de ellos debía prevalecer, ni se indicaban los motivos por los que existió un lapso tan prolongado de tiempo entre la emisión de uno y otro Informe, ni se reseñaban actuaciones algunas efectuadas durante dicho periodo.

- Pero aún sorprendía más que, tras la emisión del citado Informe de 22 de Septiembre de 1993, el expediente hubiera permanecido paralizado hasta el 11 de Marzo de 1995, en que se reinició su tramitación tras recibirse nuevas denuncias del interesado.

¹²⁷ En el Informe remitido por la Delegación se ponían de manifiesto los siguientes puntos: *“...la Consejería de Cultura, a través de esta Delegación Provincial ha reactivado el expediente y mantenido para ello, el pasado día diez de Febrero, en nuestra sede una primera reunión con d. (...), con la intención de llegar a una solución consensuada. En esa reunión, desarrollada dentro de un ambiente cordial distendido, las partes manifestamos de forma conjunta el deseo de no dilatar más en el tiempo el expediente, expresando la necesidad de llegar a un mutuo acuerdo en cuanto a la valoración económica de los restos hallados y con ello a la preceptiva indemnización contemplada en*

inmediato, a dar vista al interesado del expediente administrativo, ofreciendo al mismo cuanta información precisara para conocer con exactitud las actuaciones realizadas y el estado actual de tramitación del mismo; que se notificara en debida forma al interesado cuantos acuerdos se hubieran podido adoptar que afectasen a la esfera de sus derechos e intereses, concediéndole los oportunos plazos para presentar las alegaciones y reclamaciones que al efecto tenga por oportunas; que previo acuerdo con el interesado, siempre que ello fuera posible, se procediera a impulsar de forma decidida las actuaciones necesarias para culminar los expediente en curso, de forma que resultaran satisfechas las legítimas aspiraciones del interesado, salvaguardándose los intereses públicos afectados y que se adoptaran cuantas medidas resultaran necesarias para garantizar la indemnidad del yacimiento hasta tanto se culminaran los procedimientos en curso.

Del contenido de la queja se observa el injustificado incumplimiento de las reglas más elementales del procedimiento administrativo, lo que nos lleva a afirmar que aún, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no constituye una completa garantía de los derechos de los ciudadanos en relación de la actuación de las Administraciones Públicas en la medida en que se incumple en principios tan básicos como el impulso de oficio.

Otro ejemplo de dilación injustificada lo tenemos en la *queja 95/3919*, en la que el interesado exponía que era propietario de un solar en Lecrín (Granada) y que con fecha 21 de Noviembre de 1985, la Dirección General de Bellas Artes, acordó incoar expediente de declaración de Zona Arqueológica, como Bien de Interés Cultural, a favor de las Termas Romanas de Lecrín. Pues bien, 10 años después el interesado no había recibido la indemnización por no haberse ultimado el procedimiento expropiatorio¹²⁸ o de compra por mutuo acuerdo de dicha parcela¹²⁹.

la legislación vigente. También, de inmediato se accedió y facilitó, posteriormente, a D. (...) copia de todo el expediente administrativo. Por último se fijó un plazo, de aproximadamente un mes para volver a reunirnos, aportando cada una de las partes su valoración económica de los restos.” Asimismo se indicaba que tras aportar el interesado su valoración de los restos, no se consideró aceptable por la Administración, la cual facilitó su propia valoración que se encontraba pendiente de respuesta por parte del interesado.

¹²⁸ Tanto la Ley de Patrimonio Histórico del Estado como la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía en el artículo 37.3 y 20, respectivamente, contemplan la posibilidad de expropiación de los bienes afectados por una declaración de Bien de Interés Cultural o inscritos en el Catálogo General de Bienes del Patrimonio Histórico, considerando como causa justificativa del interés social, el peligro de destrucción o deterioro y un uso incompatible con sus valores. Un ejemplo de correcta aplicación de estos preceptos lo encontramos en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de

El Defensor del Pueblo Andaluz mostró su sorpresa ante la forma de tramitar el expediente, pues cuando la Administración Cultural efectuó una nueva valoración se aceptó por el reclamante de forma inmediata. Sin embargo, lo lógico es que antes de efectuar una oferta de compra, se disponga de dotación presupuestaria para ello, programando en cada ejercicio, de acuerdo con la cantidad disponible, las compras que se puedan llevar a cabo de bienes de interés cultural, salvo que se trate de actuaciones excepcionales que, además, exigirían créditos extraordinarios. De lo contrario, como ha ocurrido en el presente caso, se crean falsas expectativas a los interesados que luego se ven frustradas, y se añaden a los perjuicios que ya se ocasionan al poseedor de una parcela de estas características, al carecer de disponibilidad alguna sobre la misma para construir o para otros fines durante muchos años.

Esta irregular actuación se repitió en 1995, pues la Administración Cultural hizo una nueva valoración de la parcela por el incremento del IPC, que fue aceptada con diligencia por el reclamante; sin embargo, se incurrió en la misma descoordinación y cuando esta propuesta llega a la Dirección General competente, de nuevo se había agotado el presupuesto.

En el escrito de respuesta de la Administración Cultural al Defensor del Pueblo Andaluz se decía que *“en el presente ejercicio económico se ha realizado una reserva presupuestaria, para proceder a la compra de dicha parcela, estando a la espera de un nuevo acuerdo con la propiedad, sobre el precio, en el presente año”*.

El Defensor del Pueblo Andaluz consideró que ello permitía la solución del problema, pero, sin perjuicio de ello, formuló, por un lado, el Recordatorio del deber legal de observar determinados preceptos constitucionales y procedimentales que exigen que la Administración funcione de acuerdo con los principios de eficacia,

Andalucía de 9 de abril de 2002, de la que fue ponente José Antonio Montero Fernández, EDJ 2002/35878, que considera conforme con el ordenamiento jurídico el Decreto 240/2000 de la Consejería de Cultura de la Comunidad Autónoma de Andalucía por el que se declaró de interés social a efectos de expropiación forzosa, la conservación, mantenimiento y utilización compatible con sus valores del bien de interés cultural denominado “Zona Arqueológica de Baelo Claudia”, en lo que afecta a la expropiación de la parcela propiedad de los actores. La Sala establece que, precisándose, conforme a lo previsto en el artículo. 9 LEF, la previa declaración de utilidad pública e interés social del fin a que se afecte el objeto expropiado para proceder a la expropiación forzosa, en el presente supuesto, son los artículos 37, 3 Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español y 20 Ley 1/1991, de Patrimonio Histórico de Andalucía, en relación con el artículo. 82 LEF, los que otorgan la suficiente cobertura legal y habilitan para el ejercicio de la potestad expropiatoria, de forma sustantiva e independiente, puesto que concurre un evidente peligro de destrucción o deterioro de tales bienes afectados por una declaración de interés cultural, además de un uso incompatible con sus valores.

¹²⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 252 – 253.

coordinación y servicio a los ciudadanos y, por otro lado, formuló una Recomendación con objeto de que, dado el interés arqueológico de la parcela, se efectuaran los trámites preceptivos para su adquisición y pago al interesado sin que nuevas disfuncionalidades demoraran durante más tiempo dicha actuación, necesaria para la salvaguarda y protección del patrimonio histórico en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1/1991, de 3 de Julio, del Patrimonio Histórico de Andalucía.

Tras la falta de respuesta de la citada Dirección General a esta resolución, el Defensor del Pueblo Andaluz elevó las actuaciones a la Consejera de Cultura, como máxima autoridad del organismo. En su respuesta, ésta indicó minuciosamente todos los pasos que se iban a dar en orden a la compraventa del solar del reclamante y finalizaba indicando que esperaban realizar todo ello antes de la finalización del ejercicio, con lo que se entendió que el problema se encontraba en vías de solución, y por ello el Defensor dio por concluidas las actuaciones.

Una muestra más de la ausencia de medidas de protección en relación a restos arqueológicos y de la ausencia de respuesta a los requerimientos, en este caso del Defensor del Pueblo de Cortes Generales, lo encontramos en la *queja 9102904* que se refería a una excavación que se estaba realizando para la instalación de una fuente pública en la Avenida del Gran Capitán de la Ciudad de Córdoba y con la que se habían destruido al parecer importantes restos arqueológicos¹³⁰. Transcurridos tres años desde el inicio de las actuaciones frente a la Consejería de Cultura, Educación y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, encaminadas a conocer el alcance y la veracidad de los hechos denunciados y las medidas correctoras adoptadas, el Defensor del Pueblo destacó la falta de colaboración mostrada por dicho organismo que impidió la eficacia de la investigación contestando de manera tardía e imprecisa. Por este motivo, y en atención a los efectos oportunos el Defensor del Pueblo puso en conocimiento de esta situación al Presidente de la Comunidad Autónoma.

2.1.4. Los retrasos en la realización del Estudio arqueológico

Está extendida la idea entre los ciudadanos, tal y como hemos podido contrastar con motivo del estudio de los expedientes de queja, que la presencia real, o presunta, de restos arqueológicos supone un grave inconveniente para quien tiene la necesidad de ejecutar una edificación y, ello puede tener como consecuencia el que,

¹³⁰ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, págs. 940 y 941.

quienes se encuentren en una situación de este tipo, opten, en muchas ocasiones, por no poner en conocimiento, voluntariamente, a la autoridad cultural la existencia de tales vestigios del pasado que ayuden a construir, y conocer, nuestra propia historia.

Ello es una consecuencia de las disfuncionalidades de la actuación de las Administraciones y del perjuicio que se ocasionan a los particulares.

La *queja 96/673* es un ejemplo de las disfuncionalidades de la actuación de las Administraciones públicas. En ella, el interesado exponía que, en Marzo de 1995, inició ante el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (Málaga) los trámites para la reforma y rehabilitación de su vivienda habitual. El Ayuntamiento solicitó la autorización para dicha obra de la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura, dado que la zona estaba considerada como de “Protección Arqueológica”¹³¹, resultando que ésta denegó la autorización porque era necesario, además de un anteproyecto de la reforma y rehabilitación, que fue enviado por el interesado, un estudio arqueológico a realizar por la Consejería y que, por tanto, debía ser aprobado el presupuesto¹³². Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, no había recibido resultado alguno. Además, el tejado de la vivienda era de cañas y barro, con lo que, por las últimas lluvias, las paredes tenían mucha humedad, ocasionando daños graves a la vivienda¹³³.

¹³¹ El artículo 33 de la Ley del Patrimonio Histórico de Andalucía obliga a obtener la previa autorización de la Consejería de Cultura, además de las restantes licencias y autorizaciones pertinentes para realizar cualquier cambio o modificación en un bien inmueble objeto de inscripción específica o su entorno. En esta queja se trata de un inmueble que se encuentra en el entorno de una Zona Arqueológica, protegida a través de la inscripción específica (artículo 32.1) y por ello necesita de autorización de la Consejería de Cultura. De entre los instrumentos urbanísticos contemplados en el artículo 32.1 de la LPHA, que pueden proteger esta zona, deducimos que por la expresión “protección arqueológica”, en el caso de esta queja se optó por el Plan Especial de Protección. Es el artículo 44.3 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía el que otorga a la autorización de la Consejería de Cultura el carácter de imprescindible para la concesión de la autorización local.

¹³² El artículo 34.2 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía es el que establece la obligación de los Ayuntamientos de remitir a la Consejería de Cultura las solicitudes de autorización en el plazo máximo de diez días a partir de su recepción con carácter previo a la concesión de la licencia. Por su parte, la Consejería de Cultura dispondrá de un plazo de tres meses, contado a partir de la recepción de la documentación completa a que se refiere el Artículo 47.2 de este Reglamento, para pronunciarse sobre la solicitud de autorización, trascurrido el cual se entenderá desestimada la solicitud. En el supuesto de que la documentación presentada no resultara completa se requerirá al interesado para que, en un plazo de 10 días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos. Instruido el expediente y con anterioridad a dictar la resolución, se dará trámite de audiencia al interesado por espacio de 10 días. Todo ello en virtud del artículo 45 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía.

¹³³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 174 – 175.

Tras interesar el Defensor del Pueblo Andaluz el preceptivo informe de la Dirección General de Bienes Culturales, ésta señaló que, al enclavarse la propiedad del interesado en zona arqueológica, era necesario que se realizaran excavaciones con el fin de comprobar si podían verse afectados los restos, excavaciones para las que necesitaban habilitar el correspondiente gasto y que actualmente se encontraba en trámite¹³⁴.

Lo cierto era que se había producido un retraso en la tramitación de la propuesta de la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura de Málaga de casi un año, por lo que no resultaba justificada esta dilación. El Defensor del Pueblo Andaluz entendió que esa dilación no se podía justificar con el hecho de que sea condición indispensable, antes de realizar cualquier actividad que pueda afectar a restos arqueológicos, que se realizaran excavaciones arqueológicas con el fin de ver si con la remoción del terreno iban a quedar afectados aquéllos.

En el presente caso es importante subrayar que, desde Mayo de 1995, la Delegación Provincial de Málaga venía esperando una respuesta a su propuesta de realización de estudios arqueológicos en la zona, sin que hasta el 10 de Abril de 1996 se redactara el Informe Memoria al respecto. El Defensor estimó que se trataba de un retraso de casi un año para el que no había justificación y, expresaba que esa disfuncionalidad no era la mejor manera de fomentar entre los particulares el interés por la conservación del patrimonio histórico artístico y arqueológico.

Frente a esta situación el Defensor del Pueblo Andaluz sugirió al Director General de Bienes Culturales que, sin perjuicio de las indemnizaciones a que hubiera lugar, contempladas en la legislación del patrimonio histórico artístico, en lo sucesivo, se actuara con la mayor urgencia ante este tipo de situaciones, no sólo para aliviar los perjuicios que se causan a los particulares por esta causa, sino, también, para contribuir a la creación de una imagen ante los ciudadanos de que la Administración Cultural, real y efectivamente, se compromete con la protección y conservación de nuestro patrimonio histórico-artístico y que, a estos efectos, adopta todos los medios precisos para causar sólo los perjuicios indispensables al realizar su actuación protectora, pero no los derivados de las propias disfuncionalidades de la Administración por la ineficacia en su modo de actuar.

¹³⁴ El artículo 49.3 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía establece que la realización de obras de edificación o cualesquiera otras actuaciones que lleven aparejada la remoción de terrenos en zonas de servidumbre arqueológica se notificará a la Consejería de Cultura con un mínimo de quince días de antelación. Durante ese plazo la Consejería podrá ordenar la realización de catas o prospecciones arqueológicas.

A estos efectos, el Defensor también sugería que se procediera a estudiar la posibilidad de establecer un procedimiento especial sumario que, salvo casos excepcionales que lo justificaran y de los que se debía dejar constancia en el expediente, permitiera reducir el tiempo de las actuaciones no trasladando las consecuencias de la propia ineficacia de las Administraciones, ni la propia insuficiencia de medios personales y materiales de la Administración a un ciudadano cuya indemnización por los daños y perjuicios causados, aunque en términos económicos pudiera ser admisible, no dejaría a salvo, en el sentido más profundo, el principio de indemnidad, que garantiza el artículo 33 de la Constitución, ya que, sin justificación técnica razonable, se le limita temporalmente del ejercicio de su derecho a la edificación, como manifestación del derecho a una vivienda digna y adecuada contenido en el artículo 47 de nuestra Norma Suprema¹³⁵.

2.1.5. Los criterios discrepantes en la asunción de los gastos derivados del informe arqueológico

La reclamante de la *queja 96/1013*, vocal de urbanismo de una asociación de vecinos granadina de un barrio del casco histórico de dicha Ciudad, manifestaba que la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía exige, antes de comenzar obras de nueva construcción en zonas declaradas de bienes de interés cultural, informe arqueológico de la Dirección General de Bienes Culturales. Según la reclamante, los gastos de dicho informe correspondientes a los arqueólogos eran subvencionados por la Junta de Andalucía, corriendo a cargo del promotor los gastos del personal obrero necesario, pero la entrada en vigor del Reglamento de 7 de Febrero de 1995, de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía, supuso que todos los gastos derivados de la investigación arqueológica corrieran a cargo del promotor. Los afectados calculaban que ello suponía unos gastos medios de un millón y medio de pesetas para un solar de unos cien metros cuadrados en una primera actuación que aproximadamente dura tres semanas. En el caso de que aparecieran restos de importancia, el tiempo de paralización de la obra es indefinido y el costo imposible de calcular porque los arqueólogos, lógicamente, cobran por tiempo empleado, con el consiguiente encarecimiento del presupuesto de construcción por la tardanza. En

¹³⁵ El Defensor del Pueblo Andaluz en este caso, facilitó la resolución del conflicto entre la Administración y el ciudadano, pues la Dirección General de Bienes Culturales comunicó que había sido autorizada la solicitud de reforma y ampliación de vivienda del interesado.

definitiva, consideraban discriminatoria una reglamentación que obliga a pagar estos estudios a los particulares¹³⁶.

Por esta razón, el Defensor del Pueblo procedió a interesar informe de la Dirección General de Bienes Culturales y del Ayuntamiento de Granada, teniendo acceso, asimismo, al dictamen emitido en su día por el Consejo Consultivo de Andalucía con motivo de la tramitación del Reglamento de Patrimonio Histórico y el informe de la Asesoría Jurídica sobre las distintas cuestiones que, tanto los interesados, como la Institución se plantearon en el expediente.

Las discrepancias del Defensor del Pueblo Andaluz con el actual régimen jurídico de financiación de las excavaciones se concretaron, fundamentalmente, en lo siguiente: Respecto de la supresión de la subvención destinada a financiar en un 35% las excavaciones arqueológicas¹³⁷, esta Institución entendió que la supresión, pura y llana, de ese porcentaje no era compatible con la obligación de estimular económicamente las actuaciones destinadas a la protección de nuestro patrimonio derivadas de las previsiones de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y, singularmente, de la Ley de Protección del Patrimonio Histórico Andaluz, en la que, en su Exposición de Motivos, se establecía que “*se potencie, por tanto, el instrumento de la subvención*”. Por otro lado, aunque la Consejería de Cultura explicó que lo que ocurría es que la financiación se había reorientado hacia el estudio científico de los materiales obtenidos, el Defensor entendió que tal reorientación ni siquiera se había producido, ni justificaba la supresión de la subvención, habida cuenta de que el mencionado estudio es competencia de la Administración y debe ser financiado por ésta. El Defensor estimó que en el peor de los casos de que hubiera disminuido el presupuesto de ingresos de la Consejería, como máximo, se debería haber disminuido proporcionalmente el importe de la subvención, pero no suprimirla completamente.

¹³⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 147 – 157.

¹³⁷ El artículo 95.3 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía reconoce la posibilidad de solicitar subvenciones para la realización de actividades arqueológicas. Por actividades arqueológicas hay que entender las contempladas en el artículo 2 del Decreto 168/2003, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas. A saber son: las excavaciones arqueológicas, que pueden clasificarse a su vez en excavación extensiva, en sondeo arqueológico, en control arqueológico de movimientos de tierra y en análisis arqueológico de estructuras emergente; las prospecciones arqueológicas; la reproducción y el estudio directo del arte rupestre; las labores de consolidación, restauración y restitución arqueológica; las actuaciones arqueológicas de cerramiento, vallado y cubrición y, por último, el estudio y documentación gráfica de yacimientos arqueológicos.

El segundo motivo de discrepancia derivaba de que la Consejería de Cultura consideraba que el coste de esos trabajos, encuadrable dentro de lo que se denomina el informe arqueológico previo, es una obligación derivada del artículo 48 del Reglamento y la carga económica que ello supone es una mera concreción del deber genérico de mantenimiento del patrimonio histórico, que debe soportar quien ostenta el título de disfrute sobre el bien inmueble y que viene compensada por la plusvalía, o mayor valor, que poseen estos bienes en relación con la tenencia de otros que no poseen su naturaleza¹³⁸.

En este punto, las consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz eran totalmente contrarias teniendo por base que, salvo alguna excepción, normalmente la inclusión de un bien en el patrimonio histórico supone una carga económica para su titular, hasta el punto de que, incluso, para evitar actividades contrarias a la naturaleza de estos bienes que puedan tener por finalidad eludir las obligaciones derivadas de su tenencia y/o disfrute, se debe, desde el Poder Público, arbitrar ayudas para estimular la actividad proteccionista de los particulares¹³⁹. Es más, una

¹³⁸ El artículo 48 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico Andaluz regula el régimen jurídico de las autorizaciones en áreas que cuentan con protección arqueológica. Dicho artículo impone la obligación al promotor de la obra a realizar todas las actividades arqueológicas necesarias para la protección del patrimonio arqueológico que pudiese existir en el subsuelo. Las actividades arqueológicas que se realicen en cumplimiento de lo anterior, tienen el carácter de urgentes, debiendo autorizarse por el procedimiento establecido en el Título III del Decreto 168/2003, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas. El procedimiento de urgencia se regula concretamente en el artículo 25 el cual establece que inmediatamente que las Delegaciones Provinciales de Cultura tienen conocimiento de un supuesto que precise la realización de una actividad arqueológica urgente, eleva su petición a la Dirección General de Bienes Culturales para la mejor protección de los bienes afectados. La petición se envía mediante fax o cualquier otro medio técnico junto a un Informe detallado donde se justifique la urgencia, la propuesta de la actividad arqueológica y el nombramiento de la dirección y el equipo de intervención. Por su parte la Dirección General de Bienes Culturales solicitará Informe, que deberá emitirse en quince días, de la Dirección General de Instituciones del Patrimonio Histórico sobre el museo en que habrá de depositarse los materiales extraídos. En el plazo de siete días la Dirección general de Bienes Culturales emitirá una resolución provisional motivada que, en caso de autorizar la actividad arqueológica contendrá: la institución donde se han de depositar los materiales; el inspector de la actividad y, en su caso, los condicionantes a los que se sujetará el desarrollo de la misma. Esta resolución se comunica mediante fax u otro medio técnico a la Delegación Provincial de Cultura correspondiente. En el plazo improrrogable de 10 días desde la notificación de la resolución provisional, la dirección de la actividad arqueológica debe presentar ante la Delegación Provincial una serie de documentos que serán remitidos en el plazo de tres días por ésta a la Dirección General de Bienes Culturales la cual, en el plazo de diez días desde la recepción de la documentación, podrá autorizar con carácter definitivo la actividad arqueológica urgente. La autorización definitiva se comunica a la Delegación provincial en el plazo de tres días desde que se dictó, a efecto de su conocimiento y notificación a la dirección de la actividad arqueológica.

¹³⁹ El Defensor del Pueblo Andaluz argumentaba sus consideraciones citando algunas opiniones doctrinales como la de Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ "... *La carga de conservar un inmueble monumental es una carga muy pesada en un contexto, como el urbano, sometido a enormes tensiones. Para estas será preciso, en todo caso, arbitrar las técnicas necesarias*

sobrecarga en las obligaciones de índole económico que graviten sobre el patrimonio de quienes poseen un inmueble de esta naturaleza, sobre todo si éste se encuentra en el subsuelo y el incremento de las complicaciones burocráticas notificando a la Administración cultural competente la aparición de hallazgos, puede generar conductas y comportamientos tendentes a eludir los deberes de protección y colaboración regulados en la legislación de patrimonio histórico.

En efecto, el vigente Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía atribuye al titular del Bien la obligación de sufragar el coste de los proyectos de investigación e intervención arqueológica cuya realización, asimismo, se le impone como requisito previo e ineludible para autorizar la continuación de unas obras cuando aparezcan en la misma, restos de valor histórico. Ello supone que, además de encontrarse con la paralización provisional de las obras en ejecución, el titular debe afrontar un incremento imprevisto en los costes de dichas obras al tener que sufragar de su propio bolsillo el importe de los trabajos de investigación y prospección arqueológica que deban realizarse. Es esta acumulación de trabas la que lleva al titular a incumplir su deber de comunicar la aparición de posibles restos arqueológicos durante la ejecución de las obras, procediendo a una rápida desaparición de los mismos. De este modo, la función primordial que tienen los controles y obligaciones que se imponen a los titulares de Bienes para la realización de obras en los mismos, que no es otra que garantizar la preservación de sus elementos de valor histórico, no sólo no se cumple, sino que además propicia y fomenta su incumplimiento deliberado.

Para evitar dicha consecuencia, el Defensor del Pueblo Andaluz propone como medida para reducir o limitar las trabas y cargas que se hacen recaer sobre los titulares de esos inmuebles, que el coste de las labores de prospección e investigación arqueológica que deban realizarse cuando aparezcan restos de valor histórico durante la ejecución de obras en inmuebles protegidos corran, al menos parcialmente, de cuenta de la Administración Pública, y no únicamente del titular del inmueble. Esta medida se asienta en considerar que no es justo que unas labores de prospección, que benefician a toda la sociedad y, por lo general, únicamente suponen nuevas cargas para los propietarios de los Bienes, deba ser sufragadas en su totalidad por los titulares. A juicio del Defensor del Pueblo Andaluz, únicamente en aquellos casos en

para asegurar el reparto equitativo de esa carga, junto con los demás inherentes al proceso urbano, y compensarla, al igual que éstas, con los beneficios que ese mismo proceso genera. Este es realmente el problema en última instancia y ese problema no ha podido resolverlo la Ley de 25 de Junio de 1985...". Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 147 – 157.

que resulte notorio que dichas labores de prospección llevan aparejadas un sustancial incremento en el valor de mercado del Bien o sean susceptibles de generar un aprovechamiento comercial, resultaría justificado repercutir sobre el propio beneficiario el coste íntegro de las mismas¹⁴⁰. En este sentido también se pronuncia el profesor PÉREZ MORENO, para el que es preciso explotar formulas nuevas como la de tratar el sostenimiento del Patrimonio Cultural inmuebles o arqueológico como una carga a distribuir colectivamente dentro de una proporcionada gestión urbanística de equipamiento¹⁴¹. Se trata por tanto de cohonestar el fin protector público con el principio de igualdad de trato de los Administrados ante la ley y ante las cargas públicas. Como afirma también SANZ-PASTOR y PALOMEQUE: “*existe una regla general: los fines públicos deben ser satisfechos con fondos también públicos*”¹⁴².

El Defensor del Pueblo también mantiene esta postura y sugiere que se apliquen de forma rigurosa los mecanismos que establece la legislación con el fin de posibilitar el reparto de cargas económicas, sin que sea el propietario de los bienes quien deba asumir la totalidad del coste. Así, recuerda que la Ley del Suelo, la Ley del Patrimonio Histórico- Artístico, la Ley de Expropiación Forzosa y la legislación fiscal contemplan la posibilidad de otorgar ayudas económicas cuando sea necesario reparar este tipo de bienes, al objeto de que la protección especial que recae sobre el mismo no perjudique notablemente la economía de los titulares, habida cuenta del interés general que para la colectividad supone la pervivencia del bien de que se trate y su buen estado de conservación. Esta situación se puso de manifiesto en la *queja 9400888* relativa al Arco de Santa Bárbara situado en Haro (La Rioja), que originó una sugerencia del Defensor del Pueblo que no fue aceptada por el Ayuntamiento del citado municipio, en la que se proponía la adopción de medidas concretas que paliaran la carga de los titulares del arco, debido a que las obras necesarias para conservar el citado bien tenían un elevado coste, concurriendo además el hecho de que se venían produciendo daños en su estructura arquitectónica al ser utilizada su zona de influencia para el tráfico rodado¹⁴³. En el estudio y tramitación de esta queja se observó que aun cuando el arco se encontraba en un estado de conservación lamentable y que, sin duda, hubiera podido declararse su ruina y posterior

¹⁴⁰ Ver el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, pag. 38

¹⁴¹ Vid. PÉREZ MORENO, Alfonso, “*El postulado constitucional de...*” cit. pag. 41.

¹⁴² Vid. SANZ-PASTOR y PALOMEQUE, César-Javier, “*Reflexiones sobre la protección del Patrimonio Cultural Inmobiliario mediante planes de Urbanismo*”, Revista de Derecho Urbanístico número 88, 1984. págs. 13 - 44.

¹⁴³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1996, págs. 433 y 434.

demolición, se ordenaron obras de reparación y conservación por el interés histórico-artístico que ofrecía dicha construcción, no incoándose expediente de ruina, sobrepasándose, por tanto, el límite del deber de reparar de los propietarios.

En efecto, el hecho de que no se incoara en este caso concreto el expediente de declaración de ruina permitió que quedara diluido el límite de las obligaciones de conservación del propietario pues, como es sabido, a partir de dicha declaración el titular no debe asumir el deber de reparar. Por otro lado, el Defensor del Pueblo recordó que la declaración de ruina no implica necesariamente la demolición de un bien cuya especial protección trae causa de su importancia histórico-artística y así lo argumentó haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto a la sentencia de 20 de noviembre de 1984. Aún con este razonamiento, el Defensor del Pueblo insistió que si no fuera procedente la declaración de ruina y teniendo en cuenta que el propietario de un bien de estas características tiene determinadas limitaciones por el hecho de ser titular, y teniendo en cuenta asimismo que es la colectividad la que se beneficia de la existencia de dicho bien, se deberían aplicar en cualquier caso los mecanismos compensatorios previstos en las distintas leyes mencionadas o, en su caso, las Administraciones competentes se deberían hacer cargo directamente de las obras de reparación necesarias.

2.1.6. Los conflictos de Competencias

El conflicto de competencias entre las distintas administraciones implicadas en materia de Patrimonio Histórico, e incluso entre los distintos órganos de una misma Administración, en este caso de la autonómica, se puso de manifiesto en la tramitación de la *queja 0200714* planteada en relación con el proceso de destrucción sufrido por el patrimonio arquitectónico y arqueológico de la ciudad de Tui en Pontevedra¹⁴⁴.

Como antecedentes hay que decir que la ciudad de Tui fue declarada en 1967 como conjunto histórico y que en 1985 fue declarada bien de interés cultural, prohibiéndose cualquier alteración de la edificabilidad e intervención en el subsuelo sin el preceptivo control oficial, hasta la aprobación del imperativo plan especial de protección del conjunto histórico. Según el firmante de la queja, a partir de 1986 y coincidiendo con el declive económico de la ciudad a consecuencia de la supresión de la aduana en la frontera con Portugal, se viene produciendo una continua actividad

¹⁴⁴ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs. 1341-1343.

constructora de inmuebles de nueva planta a costa de la edificación ya consolidada procedente de los siglos XVIII y XIX. Según el titular de la queja, el problema se agrava a partir de 1998 y afecta ya, no solo al patrimonio inmobiliario, sino también y muy especialmente, al patrimonio arqueológico para cuya protección no se adopta medida o cautela alguna.

Con estos antecedentes, y dejando aparte las numerosas actuaciones urbanísticas en relación con las cuales se encontraban abiertos diversos procedimientos penales, y de otras muchas anteriores sobre las que, por el tiempo transcurrido, el Defensor del Pueblo decidió no entrar, atendiendo a las previsiones que al efecto establece su Ley reguladora, se centró la investigación en una determinada obra de nueva planta respecto de la que parecían evidentes ciertos incumplimientos de las previsiones legales en relación con las autorizaciones preceptivas para acometer la misma. Al respecto, el firmante de la queja afirmaba que los promotores de la obra en cuestión habían solicitado a la Junta de Galicia el permiso para rehabilitar el edificio, cuya concesión se condicionó a la previa realización de las preceptivas catas arqueológicas, que pusieron de relieve la existencia de restos romanos de los siglos I al IV, y no obstante lo cual el Ayuntamiento les otorgó licencia para construir un aparcamiento subterráneo, lo que implicaba la destrucción de calzadas y muros romanos, aun cuando se rescatasen un enterramiento del siglo III y otros restos que fueron depositados en el museo de Pontevedra.

Dado que esta actuación había sido denunciada ante la Dirección General de Bellas Artes y Bienes Culturales del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, sin que al parecer se hubiere adoptado medida protectora alguna, el Defensor del Pueblo solicitó el preceptivo informe a la vista del cual comprobó que la denuncia había sido trasladada a la Dirección General de Patrimonio Cultural de la Junta de Galicia, a quien le correspondería la competencia en los hechos denunciados en la queja, de conformidad con la distribución de competencias efectuada en el artículo 6.a) de la Ley del Patrimonio Histórico Español.

Por su parte, la Consejería de Cultura, Comunicación Social y Turismo de la Junta de Galicia informó al Comisionado Parlamentario que, ante la negativa del Ayuntamiento de Tui a cumplir la orden de paralizar las obras, por no haberse adoptado por la propiedad las medidas cautelares exigidas, se había dado traslado de toda la documentación a la Dirección General de Urbanismo de la propia Junta, por entender que le correspondía a esa unidad la instrucción del oportuno expediente sancionador, teniendo en cuenta que, al carecer dichas obras del preceptivo y vinculante informe de la Dirección General de Patrimonio Cultural, el otorgamiento

de la licencia municipal sin concurrir tal requisito supondría una infracción administrativa muy grave, según lo previsto en la Ley 8/1995, del Patrimonio Cultural de Galicia.

A partir de aquí, el Defensor del Pueblo denuncia que se produce un incesante ir y venir del expediente entre las Consejerías de Cultura, Comunicación Social y Turismo y la de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Galicia debatiendo acerca de la competencia para la instrucción del expediente sancionador, lo que le llevó a elevar la queja ante la Presidencia de la Junta al objeto de que por la misma, se dispusiera lo necesario para resolver el conflicto planteado, pero con posterioridad, el Defensor del Pueblo acordó archivar la queja, pues los hechos se habían puesto en conocimiento de la Administración de Justicia y se encontraban “*sub iudice*”.

2.2. *Quejas relativas a los bienes inmuebles*

La legislación estatal y la legislación Andaluza relativa al Patrimonio histórico impone a los propietarios, titulares de derechos, e incluso a los simples poseedores de bienes integrantes del Patrimonio Histórico, catalogados o no, la obligación de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos, de manera que quede garantizada la salvaguardia de sus valores¹⁴⁵. Así pues, esta obligación legal no realiza distinciones en cuanto a la titularidad pública o privada de los bienes del Patrimonio. Por ello, a la Administración cultural compete, no sólo velar por la defensa del Patrimonio Histórico de titularidad privada, mediante el control del cumplimiento de la obligación legal de conservación, en el sentido extenso del término, sino que también queda directamente obligada a conservar los bienes que sean de titularidad pública.

Resulta significativo que un porcentaje elevado de buena parte de las denuncias recibidas se refieran fundamentalmente a actuaciones realizadas por las Entidades Locales titulares de los bienes integrantes de Patrimonio Histórico que, a juicio de los denunciados, ponen en peligro la propia conservación de dichos bienes o provocan un deterioro en los mismos. En efecto, no debe olvidarse que las Entidades Locales son titulares de buena parte de los bienes que integran el Patrimonio Histórico, por lo que desempeñan un papel esencial en el cumplimiento de los deberes de conservación del Patrimonio que atañen a los poderes públicos. Es

¹⁴⁵ Artículo 36.1 de la LPHE y artículo 15.1 de la LPHA.

por ello, que no deja de resultar sorprendente que sean los propios Entes Locales titulares de los bienes los que en ocasiones concretas con sus actuaciones pongan en peligro la integridad de los bienes que les pertenecen.

Las quejas de los ciudadanos ponen de manifiesto distintos comportamientos irregulares. Nos vamos a detener especialmente en: los comportamientos inadecuados de las Escuelas Taller dependientes de los propios Ayuntamientos, a las que se encomiendan tareas de restauración de bienes declarados de interés cultural, sin que los proyectos de rehabilitación hayan sido objeto de la debida supervisión por la Consejería de Cultura, o sin que la ejecución de los trabajos cuente con la necesaria vigilancia de los técnicos municipales y de la Administración autonómica; también en las obras que realizan los ayuntamientos sin la autorización de la Administración cultural Autonómica; a las dilaciones en la realización de la Planificación urbanística indispensable para la protección de los bienes; a la ausencia de delimitación de los entornos de los bienes declarados de interés cultural y a la inactividad en la conservación del patrimonio.

No debe olvidarse que a la Consejería de Cultura competen las funciones de tutela y vigilancia en relación con las actuaciones que pretendan realizar los titulares, públicos o privados, de los bienes declarados de interés cultural. Unas funciones que deben ejercitarse tanto de forma preventiva, supervisando los proyectos de obras de rehabilitación o mejora que se presenten por los Ayuntamientos, como a través de labores de inspección y comprobación de la adecuación de las actuaciones realizadas a los proyectos originalmente aprobados previa supervisión. Por tanto, las actuaciones que atentan contra el deber de conservación de los bienes de interés cultural son imputables en ocasiones tanto a los Municipios titulares de los bienes, como a la Administración autonómica que no desempeña correctamente sus funciones de tutela.

2.2.1. Las demoras en los expedientes de declaración de Bien de Interés Cultural.

La aplicación a los bienes del patrimonio de alguna de las figuras de protección que contempla nuestro ordenamiento jurídico implica dotar a la Administración de poderosas armas para enfrentar cualquier actuación atentatoria contra la integridad de dicho bien, ya sea por parte de terceros o por la propia titularidad del bien. Por el contrario, la ausencia de estas figuras de protección supone una puerta abierta al deterioro y es que las posibilidades de conseguir que la Administración local o autonómica, o los propios Tribunales de Justicia intervengan con rapidez ante una situación de riesgo para la integridad de un bien de valor

histórico se acrecientan enormemente cuando dicho bien está declarado BIC, ha sido catalogado o esta incluido expresamente en la delimitación del entorno de algún BIC. Por el contrario, escasas posibilidades tiene de prosperar una denuncia cuando el bien en cuestión no goza del especial estatus legal que le confieren estas figuras de protección.

La protección formal de un bien del patrimonio histórico, no sólo incrementa sus posibilidades de pervivencia, sino que además aumenta las posibilidades de que sus titulares puedan acceder a subvenciones, ayudas y otras fórmulas análogas para financiar las siempre costosas obras de conservación y mantenimiento de este tipo de bienes. Asimismo, esta protección legal y formal acrecienta las posibilidades de una puesta en valor de los bienes para posibilitar su disfrute y conocimiento por todos los ciudadanos. Por estas razones es preocupante el retraso con el que se culmina la tramitación de la mayoría de los expedientes de declaración de BIC, que superan con frecuencia los 10 años de espera.

Sirva como ejemplo de lo que decimos el asunto tratado en la *queja 00/2419*¹⁴⁶. El expediente se inicia a instancias de una asociación de vecinos de Alhaurín el Grande (Málaga) que denunciaba que 15 años después de haberse iniciado el proceso de catalogación de la Iglesia de Nuestra Sra. de la Encarnación, por Resolución de la Dirección General de Bellas Artes de 11 de Diciembre de 1984, aún permanecía inconcluso, sin que por parte de las autoridades de cultura se diese respuesta alguna a los muchos requerimientos efectuados por los vecinos del municipio.

Solicitado el oportuno informe a la Dirección General de Bienes Culturales, el Defensor del Pueblo Andaluz lo recibió con el contenido que reproducimos a continuación por su interés: “La iglesia de nuestra Señora de la Encarnación de Alhaurín el Grande (Málaga) fue incoada por Resolución de la Dirección General de Bellas Artes de 11 de Diciembre de 1984 (publicadas en BOJA el 28 de Diciembre de 1984). Con fecha 4 de Junio de 1992 tuvo entrada el informe, favorable a la declaración, emitido por la Real Academia de Bellas Artes de San Telmo de Málaga. Desde 1997 se cuenta con la documentación técnica del expediente, realizada a través del contrato denominado “Documentación de expedientes incoados Monumentos y Jardines Históricos para su declaración como Bienes de Interés Cultural”. Por Resolución de 1 de Junio de 1999 (publicada en el BOJA nº 73, de 26

¹⁴⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 259 – 262.

de Junio de 1999), de la Dirección General de Bienes Culturales, se delegaron en los Delegados Provinciales de la Consejería de Cultura determinadas competencias en materia de Patrimonio Histórico, de 13 de Mayo de 1933, en la que no se preveían caducidades, que, sin embargo, sí se introdujeron ya en la propia Ley 16/1985, de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español, y en la Ley 1/1991, de 3 de Julio, del Patrimonio Histórico de Andalucía, además de lo regulado en la normativa derivada de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Obviamente, los numerosos expedientes incoados con arreglo a la legislación vigente, han debido tener prioridad en la tramitación, sujeta a plazos concretos y cada vez más compleja por dar mayores garantías a los administrados.

No obstante, el Servicio de Protección del Patrimonio Histórico, en colaboración con las Delegaciones Provinciales, órgano competente en las instrucciones como se ha señalado, viene siguiendo desde 1998 como línea prioritaria de trabajo, la de resolver expedientes antiguos. A lo dicho cabe añadir, que, en el caso concreto de la Iglesia de Nuestra Señora de la Encarnación de Alhaurín el Grande (Málaga), la situación de Monumento, aunque sólo sea incoado, ha reportado en la década 1987/1997 una inversión de la Dirección General de Bienes Culturales en trabajos de conservación y restauración que asciende a casi ciento sesenta y ocho millones de las antiguas pesetas. En conclusión, la resolución del expediente citado se llevará a término en el menor tiempo posible teniendo en cuenta que le faltan los trámites de información pública y audiencia y la secuencia de informes jurídicos previos a su remisión al Consejo de Gobierno para la declaración por Decreto como Bien de Interés Cultural.”

A la vista de este informe, el defensor del Pueblo Andaluz valoraba que aunque el asunto parecía estar en vías de ser solucionado, no podíamos obviarse que habían transcurrido más de 16 años desde que se dictara resolución por la Dirección General de Bellas Artes incoando el expediente de declaración de Bien de Interés Cultural, sin que hasta la fecha se conociera el momento en el que dicho expediente estaría concluido.

Como puede observarse, el caso relatado es un claro exponente de la situación de retrasos generalizados y muy prolongados que afectan a la mayoría de los expedientes de declaración de BIC. En este sentido, es importante reseñar que el Defensor del Pueblo ha sido un constante denunciante de la excesiva dilación que afecta a la tramitación de los expedientes de declaración de BIC, y ha solicitado expresamente de la Consejería de Cultura la adopción de medidas organizativas y

administrativas a fin de acortar hasta plazos razonables los procedimientos de tramitación de estos expedientes.

2.2.2. Las dilaciones en la aprobación de la planificación de protección del Patrimonio Histórico.

En la actualidad, el Defensor del Pueblo Andaluz ha defendido la importancia y trascendencia de los efectos de la elaboración de los Planes Especiales de Protección¹⁴⁷. Ello se debe al especial riesgo que asumen los bienes inmuebles de valor histórico o cultural ubicados dentro de los cascos históricos de las ciudades y los pueblos como consecuencia del renovado interés que suscitan estas zonas urbanas como lugar de residencia o para la ubicación de centros comerciales o turísticos. Si durante varias décadas hemos asistido a un proceso de declive de los cascos históricos de las principales ciudades andaluzas, cuyas principales manifestaciones han sido el continuo deterioro de la calidad residencial en estas zonas urbanas y la emigración masiva de su población hacia otras áreas residenciales, en la década de los noventa se ha producido un claro renacer de los cascos históricos, convertidos nuevamente en focos de atracción para una población que vuelve a contemplar la residencia en estas zonas como un símbolo de prestigio social y de poder económico¹⁴⁸.

El Defensor del Pueblo Andaluz considera que el deterioro de la calidad residencial en los cascos históricos, vino propiciado fundamentalmente por la confluencia de dos fenómenos: el progresivo deterioro de los inmuebles ubicados en esta zona, originado tanto por una errónea política pública de rehabilitación y restauración, como por las consecuencias de una legislación de arrendamientos urbanos que al propiciar la pervivencia de rentas muy bajas desincentivaba el mantenimiento de los inmuebles por sus propietarios, y la generalizada carencia de

¹⁴⁷ Sobre la posición de los Planes Especiales de protección en el sistema general de planeamiento, su ámbito y su contenido positivo y negativo, ver BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, “*Los conjuntos históricos y el planeamiento de protección en la Comunidad Autónoma de Andalucía*”. RAAP número 16, 1993, págs. 39 – 78 y MENÉNDEZ REXACH, Ángel “*Los planes Especiales de Protección del Patrimonio Histórico*”, Seminario Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ávila 1999, págs. 185 – 196.

¹⁴⁸ La mejor expresión de estos cambios de enfoque, y una fuente de inspiración para los expertos, políticos, legislador y administradores, lo encontramos en la doctrina y en las puntuales praxis de las famosas ciudades monumentales italianas Bolonia, Gubbio, Perugia, Rimini, Módena, etc. En ellas se supera la etapa de la mera restauración conservativa de los centros históricos, con desconexión de la dinámica social subyacente, y se plantea el “*riuso*” urbano: la recuperación del patrimonio residencial y del tejido urbano deteriorado, evitando las migraciones. Ver PÉREZ MORENO, Alfonso, “*El postulado constitucional...*” cit. pag. 22.

equipamientos sociales en unas zonas ya consolidadas urbanísticamente, lo que contrastaba de forma cada vez más nítida con los modernos equipamientos de las nuevas zonas residenciales. Todo ello provocó una progresiva emigración de la población residente en los cascos históricos hacia otros espacios urbanos ubicados fuera de la ciudad o en el extrarradio del propio núcleo urbano. Así, la población con más recursos económicos fue optando, ante la degradación del entorno, por desplazarse hacia las zonas residenciales que iban surgiendo en las afueras de las ciudades y que presentaban una gran oferta de equipamientos lúdicos, paisajísticos y deportivos. Por su parte, los residentes con menor poder adquisitivo y las nuevas generaciones, ante la imposibilidad de adquirir a precios razonables viviendas dignas en los cascos históricos, se veían en la necesidad de trasladarse hacia los extrarradios de las ciudades en busca de mejores oportunidades¹⁴⁹.

El renacer de los centros históricos, fruto del acierto de las políticas diseñadas, ha producido dos efectos: ha aumentado el interés comercial por estos espacios urbanos, cuando ya parecía que los mismos habían perdido la batalla frente al atractivo de los grandes complejos comerciales ubicados en las zonas residenciales del extrarradio. Así, en los últimos años es fácil comprobar como las calles y espacios comerciales de los cascos históricos de la mayoría de las ciudades han experimentado un gran auge que, en muchos casos, se ha traducido en subidas espectaculares en los precios de viviendas y locales de negocios, y además la vivienda residencial ubicada en los cascos históricos ha pasado a ser objeto de un renovado interés por parte de la sociedad en general y de las clases más pudientes en particular. Un interés que se ha traducido en un espectacular incremento en el número de solicitudes de licencia para la realización de obras de rehabilitación o restauración en inmuebles históricos.

Ambos efectos nos llevan a diferentes valoraciones, una de ellas es la satisfacción que supone la recuperación de unos espacios urbanos muy degradados y posibilita la rehabilitación de unos enclaves de gran valor cultural y patrimonial por cuanto en ellos se concentra una parte importantísima de nuestro legado cultural, histórico y artístico. Mientras que la segunda valoración nos lleva a ser cautelosos puesto que no todo es positivo ni beneficioso en este proceso para el patrimonio histórico. Junto al aspecto favorable que supone el nuevo interés por los cascos históricos para todo lo que implica la protección, la conservación y la puesta en valor de nuestros bienes patrimoniales, resulta necesario advertir, como hace el Defensor

¹⁴⁹Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2001, pag. 35.

del Pueblo Andaluz, el grave riesgo que puede implicar para la pervivencia de muchos inmuebles con gran valor histórico o cultural la enorme presión especulativa que está desatándose en nuestras ciudades en torno a las zonas históricas y monumentales¹⁵⁰.

La presión turística y comercial, manifestada a través de la proliferación de comercios, tiendas, bares y establecimientos de hostelería de toda índole, está propiciando que zonas especialmente sensibles de nuestros cascos históricos estén comenzando a parecerse cada vez más a grandes centros comerciales al aire libre o a remedos de parques temáticos destinados a los cada vez más numerosos turistas urbanos.

Y esta presión comercial y turística, al recaer directamente sobre zonas muy sensibles para el patrimonio histórico como suelen ser los entornos de los grandes Monumentos y Bienes de Interés Cultural, está, además, poniendo en grave riesgo la pervivencia, no ya de los propios Monumentos o Bienes de Interés Cultural, sino de un conjunto de inmuebles que, carentes de un especial valor intrínseco de tipo histórico o artístico que los haga merecedoras de una protección individualizada, si constituyen exponentes valiosos de la historia o la cultura de una determinada ciudad que los hacen merecedores, cuando menos, de un protección genérica o de conjunto.

El otorgamiento masivo por los ayuntamientos de licencias urbanísticas para la apertura de comercios, tiendas de souvenirs, bares, restaurantes o pensiones en algunas de las zonas más emblemáticas de nuestros cascos históricos, sin atender a criterios racionales de ordenación urbanística o cultural, y sin tratar de distribuir el espacio de forma que se posibilite conciliar el uso residencial de estas zonas con el turístico y comercial, está provocando un cambio radical en la composición humana y la estructura urbana de estos lugares, con graves consecuencias, tanto para la pervivencia de estas zonas históricas como espacios vivos y socialmente dinámicos, como para su conservación como verdaderos enclaves culturales e históricos.

La inexistencia en muchos municipios de normas especiales de protección urbanística para los cascos históricos que otorguen algún grado de protección a los

¹⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, “*Problemática jurídica de la rehabilitación urbanística*”, Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, 2001, págs. 115 - 122. Para este autor hace falta una acción más enérgica en materia de rehabilitación conforme a los principios de legalidad y de oportunidad o eficacia administrativa. El Profesor Gonzáles-Varas afirma que la rehabilitación es una función pública y que las acciones públicas y privadas deben en todo momento coordinarse y ejecutarse simultáneamente.

inmuebles con valores históricos o culturales genéricos y no específicos, está posibilitando la realización en los mismos de todo tipo de actuaciones que, con el fin declarado de adaptarlos a nuevos usos comerciales o turísticos, está determinando profundos cambios tanto en su fisonomía exterior, como en su estructura interna que, en muchos casos, suponen una auténtica desvirtuación de los valores históricos y culturales de estos bienes y de los entornos en que se ubican. Ello no quiere decir que se haya que estar en contra de la terciarización de los centros históricos, pues la misma Ley de Patrimonio Histórico Español habla de “*recuperar*” las actividades económicas adecuadas. Ahora bien la adecuación de las actividades económicas habrá de preverse en la planificación urbanística y en la planificación sectorial de protección. Así el planificador ha de adoptar previsiones tendentes a revitalizar el Centro Histórico, bien sea priorizando el uso público de determinados elementos o bien obligando a contemplar en su seno las áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación funcional del patrimonio edificado y la regeneración de la actividad económica que sirve de soporte al uso residencial, todo ello desde la perspectiva del principio combinado de conservación-renovación para hacer de los Centros Históricos un organismo vivo capaz de realizar múltiples funciones de forma equilibrada¹⁵¹.

Del mismo modo, el renacido interés por los cascos históricos como zonas residenciales para las clases sociales más pudientes está provocando una nueva presión urbanística sobre los inmuebles ubicados en estas zonas que, en aras de su pretendida restauración, puede llegar a resultar muy perjudicial para la preservación de los valores patrimoniales de estos bienes, en especial, si la misma no está sujeta a la necesaria supervisión y control por parte de las Administraciones con competencias en materia de cultura.

El Defensor del Pueblo Andaluz ha comprobado que con la pretensión de adaptar los inmuebles a las nuevas necesidades residenciales determinadas por la existencia de unos núcleos familiares más pequeños y con menores necesidades de espacio que antaño, se está generalizando en nuestros pueblos y ciudades la realización de obras de restauración y rehabilitación que suponen la conversión de viviendas tradicionales de tipo unifamiliar en pisos y apartamentos claramente diferenciados, sin tomar en consideración que este tipo de actuaciones pueden violentar y en gran medida destruir la propia estructura interna de la vivienda o

¹⁵¹ Vid. VICENTE DOMINGO, Javier, “*Consideraciones críticas sobre la política protectora de los Conjuntos históricos*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, número 122, 1991, págs. 115 – 159.

modificarla de tal forma que resulten desvirtuados muchos de los elementos constructivos que determinaban su valor histórico o cultural¹⁵².

En este sentido, el Defensor del Pueblo Andaluz estima que resulta necesario que las Administraciones Públicas se adapten a las necesidades actuales y dejen atrás aquellas actuaciones que se centraban exclusivamente en la necesidad de adoptar medidas para evitar el progresivo abandono y despoblamiento de los mismos, para adentrarse de lleno en una forma de actuar nueva que dirija su empeño a preservar los valores patrimoniales y culturales de nuestros enclaves históricos ante los embates de la especulación urbanística y el turismo descontrolado¹⁵³.

Plena coincidencia hay entre estas valoraciones llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo Andaluz y las que recoge ABAD LICERAS citando a Carlo Angle al afirmar que toda actuación de conservación de nuestros centros históricos debe estar profundamente conectada con una acción de revitalización y saneamiento que comprende no sólo los procedimientos arquitectónicos y técnicos de adaptación, sino también la creación de servicios sociales y culturales adecuados, de manera que se llegue a garantizar una ósmosis equilibrada entre la ciudad antigua y la ciudad moderna¹⁵⁴.

Como de manera muy acertada reflexiona el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *“las exigencias que laten en el artículo 46 de la Constitución no se agotan en la mera protección de la herencia monumental recibida, en la defensa del monumento como cosa, estática e individualmente considerado, sino que adicionalmente postulan la restauración de esa herencia y la regeneración completa del tejido urbano y cultural del que el monumento forma parte y al que contribuye a dar vida, recibéndola de él al propio tiempo, vida que la dinámica urbana amenaza de forma permanente, y que puede ser dañada también por la agresiones al ambiente en que el monumento se integra, aún en el caso de que el monumento como cosa permanezca intacto”*¹⁵⁵.

Partiendo de esta idea, la rehabilitación de los Centros Históricos habrá de constituirse tanto en intervenciones tendentes a acondicionar y restaurar los

¹⁵² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2001, pag. 37.

¹⁵³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2001, pag. 38.

¹⁵⁴ Vid. ABAD LICERAS, José María, *“El marco jurídico de...”* cit. pag. 50.

¹⁵⁵ Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *“La acción de los poderes públicos”*, pag. 23.

inmuebles, como a la demolición de los realmente irrecuperables¹⁵⁶, puesto que no hay que ser excesivamente conservador, sino que hay que conservar lo que, con rigor, valga la pena. No olvidemos que el artículo 21.1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español no ordena solamente la pura catalogación sino que exige una operación adicional valorativa y decisoria, en función de la cual, se debe asignar a cada elemento un determinado nivel de protección y definir paralelamente los tipos de intervención posible. Las consecuencias que sobre la extensión del derecho de propiedad de los titulares de los inmuebles catalogados tiene la operación mencionada, obligan a actuar con mucha cautela y rigurosidad, combinando sabiamente criterios conservadores de los elementos probadamente singulares o significativos y criterios de renovación arquitectónica de los elementos irrelevantes, huyendo del maximalismo que supondría estimar que cualquier elemento contribuye al ambiente definidor de un Conjunto Histórico y aplicando con valentía pautas de análisis crítico de la herencia arquitectónica.

A estos efectos, la elaboración de Planes Especiales de Protección de los cascos históricos de las ciudades y pueblos debe ser una prioridad absoluta a cuya consecución deben ir encaminados los mayores esfuerzos técnicos y económicos, tanto de las propias Entidades Locales como de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía. Mientras no se otorgue una protección jurídica de tipo urbanístico a los inmuebles ubicados en los cascos históricos que carecen de un valor patrimonial específico pero tiene un gran valor patrimonial genérico como referentes históricos y culturales de la localidad, seguiremos asistiendo al triste espectáculo de la degradación y la desaparición de estos inmuebles atrapados en la vorágine especulativa sin que, ni las Administraciones competentes, ni los particulares o asociaciones concienciados con los problemas de la cultura, puedan hacer nada para impedirlo.

Tanto el Defensor del Pueblo Andaluz como la doctrina, denuncian el escaso número de municipios andaluces que cuentan actualmente con planes especiales de protección debidamente elaborados y aprobados, pese a ser muchos los municipios que cuentan con importantes conjuntos monumentales y con cascos históricos de gran relevancia. De este modo el tajante deber impuesto por la legislación vigente y las fórmulas de relación interadministrativas diseñadas por esta legislación sectorial, contrasta con su escaso nivel de implantación, a lo que colabora, en no poca medida,

¹⁵⁶ Vid. RENARD, Jacques, “*La conservación de centros antiguos en Francia*”, Actas de las Jornadas sobre Patrimonio Histórico Artístico de Castilla-León, 1980.

la ausencia de toda clase de garantías en la norma frente a los eventuales incumplimientos de su contenido¹⁵⁷.

A este respecto, la Consejería de Cultura debe incrementar su cooperación con los Ayuntamientos andaluces en aras a facilitar y promover la rápida aprobación por los mismos de estas figuras específicas de planeamiento, que constituyen el instrumento más útil para garantizar una debida conservación y protección de los Bienes que integran el Patrimonio histórico. Esta mayor cooperación de la Consejería de Cultura con los Ayuntamientos andaluces debe concretarse en un incremento de la asistencia técnica y financiera ofrecida a estos Entes Locales para la redacción de los instrumentos específicos de planeamiento, en especial, por lo que se refiere a los municipios con menor capacidad económica y de gestión. Dicha cooperación no sólo redundaría en una mayor rapidez en la elaboración y aprobación de estos planes de protección, sino que además posibilitaría una mejora en la calidad técnica de los mismos y una mayor homogeneización en sus contenidos y técnicas instrumentales. Es necesario exigir de las Administraciones públicas un cambio de mentalidad hacia unas relaciones basadas en la lealtad institucional, en la confianza mutua, en el diálogo y en el compromiso que queden reflejadas en contactos frecuentes entre las tres Administraciones Públicas y con los agentes sociales pertinentes para abarcar conjuntamente los problemas de la protección del Patrimonio Histórico, para definir el ámbito efectivo de actuación de cada una de ellas, las medidas de protección y fomento a aplicar.

De las quejas analizadas por el Defensor del Pueblo Andaluz se extrae como consecuencia la necesidad de la intervención preventiva de las Administraciones Públicas en la conservación y protección del patrimonio histórico a través de la planificación. Resulta frecuente que tras una denuncia relativa a una deficiente conservación o protección de un Bien del Patrimonio por parte de una Entidad Local, se compruebe que el problema consiste fundamentalmente en un incumplimiento de normas urbanísticas por parte de la Administración actuante al carecer de la planificación urbanística necesaria.

Un ejemplo de las dilaciones en el planeamiento urbanístico y de sus consecuencias lo encontramos en la *queja 92/1087*¹⁵⁸. El firmante de la queja, en representación de una entidad mercantil, exponía que el problema de fondo por el

¹⁵⁷ Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, “*Los conjuntos históricos y el planeamiento de protección...*” cit. 53.

¹⁵⁸ Informe del Defensor del Pueblo de 1993, págs. 179 a 182.

que acudía al Defensor del Pueblo no era otro que, pese a que la Entidad que representaba poseía los edificios cuya descripción indicaba, todavía no habían podido ejecutar ninguna actuación en el Plaza del Obispo de esa Ciudad, cuando, siempre habían estado en buena disposición para actuar conforme a los criterios fijados por la Administración.

El interesado en su escrito de queja había puesto de manifiesto que el Ayuntamiento había estimado necesario hacer una intervención en ese espacio, por este motivo, el Ayuntamiento le precisaba una propuesta de Estudio de Detalle.

Dicha propuesta se presentó en Diciembre de 1988 en la Gerencia de Urbanismo y la Comisión Provincial del Patrimonio Histórico-Artístico de Málaga acordó, con fecha 29 de Diciembre de 1988, posponer su dictamen hasta una próxima reunión. Siete meses después, la Jefatura del Servicio General del Patrimonio Histórico le daba trámite de audiencia a la Entidad y traslado del informe del Arquitecto de la Comisión que hacía una serie de matizaciones al Estudio de Detalle.

En Junio de 1990, dos años después de presentado el proyecto de Estudio de Detalle y ante la falta de respuesta, o resolución por parte de la Gerencia de Urbanismo, denunciaba el interesado la mora ante la Delegación Provincial de Obras Públicas y Transportes de Málaga. El 1 de Agosto de 1990, parece ser, el Ayuntamiento-Pleno aprobó dar un uso hotelero a los edificios de la Plaza del Obispo.

El 10 de Octubre de 1990, la Comisión Provincial de Urbanismo se subrogó en las competencias del Ayuntamiento y, el 3 de Diciembre de 1990, aprobó inicialmente el Estudio de Detalle. El 29 de Abril de 1991, la Comisión Provincial de Urbanismo de Málaga denegaba la aprobación definitiva del Estudio de Detalle “Plaza del Obispo”.

El reclamante manifestaba en su escrito que lo que pretendía era que se les diera una solución viable y posibilista a corto plazo de lo que se podía hacer en la Plaza del Obispo de Málaga.

El Defensor del Pueblo Andaluz, sin entrar a valorar, como es lógico, cual era la actuación a realizar en ese lugar, interesó informe sobre: la causa de que el Ayuntamiento no hubiera dictado resolución alguna sobre el proyecto de Estudio de Detalle que fue sometido a su consideración y por cuyo motivo los interesados solicitaron la subrogación de la Comisión Provincial de Urbanismo; las previsiones urbanísticas que tenía el Ayuntamiento para actuar en la Plaza del Obispo y, en su

caso, si el uso y determinaciones que se iban a dar a ésta contaban con informe previo y favorable de la Comisión Provincial del Patrimonio Histórico; y, ante el grave deterioro que poseía la plaza y la situación que se había creado, interesó que le informara de las actuaciones que, a corto plazo, se tenían previsto realizar para proteger la plaza y su entorno. Asimismo, rogó que le informaran sobre cualesquiera otros extremos de interés en relación con la queja planteada.

Recibido el informe del Ayuntamiento, el Defensor del Pueblo Andaluz dio cuenta tanto de éste, como del escrito del interesado, a la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente, comunicando que, según el Ayuntamiento la falta de respuesta al Estudio de Detalle presentado por la Empresa titular de los inmuebles, se debía a su remisión a la Consejería de Cultura para su informe previo, en cumplimiento de la Ley de Patrimonio. El Ayuntamiento manifestaba su sorpresa cuando se solicitó la subrogación de competencias ante la Comisión Provincial de Urbanismo y fue aceptada, siendo otro órgano de esa Administración, la Consejería de Cultura, la que no había cumplimentado su informe preceptivo.

El Ayuntamiento dictó resolución con fecha 28 de Septiembre de 1990 denegando la aprobación del Estudio de Detalle, aún cuando se estaba tramitando la subrogación, y tomó el acuerdo de delimitar una Unidad de Actuación por Compensación, seguía sin tener noticias de resolución alguna de la Consejería de Cultura, a pesar de que era obvio que las competencias para la autorización de las actuaciones en esta Plaza son concurrentes de esa Consejería y el Ayuntamiento, al ser los edificios entorno del Bien de Interés Cultural “Palacio Obispal”, en base a la vigente Ley del Patrimonio¹⁵⁹.

El Defensor del Pueblo comprobó que existían posiciones claramente discrepantes respecto a la intervención en dicha Plaza del Obispo entre la Consejería de Cultura y el Ayuntamiento de Málaga. La postura municipal se resumía en ampliar las dimensiones de la Plaza hasta conseguir una línea equivalente en la Torre sur de la Catedral, a la que conforma el Palacio Obispal con la Torre norte, para obtenerse una plaza de dimensiones más adecuadas a las proporciones del entorno monumental, siendo para ello necesario no conservar las edificaciones necesarias al no existir calidad intrínseca de la edificación si no es como entorno del Palacio Obispal¹⁶⁰. Por ello el Ayuntamiento avalaba la realización de una nueva edificación

¹⁵⁹ Artículo 20.4.

¹⁶⁰ El Informe enviado por el Ayuntamiento se pronunciaba con el siguiente tenor literal: “a) Es una ocasión única para ampliar una plaza que no fue históricamente atirantada exclusivamente por

de mucha mayor calidad, respetando por supuesto su situación como entorno del palacio.

El Defensor del Pueblo Andaluz tuvo constancia de que para esta opción, el Ayuntamiento se había asesorado de cualificados profesionales, elaborándose tres anteproyectos sobre la Plaza. Estos anteproyectos respondían a un acuerdo con la Consejería, que se encargaría a su vez de formular otras tres propuestas a confrontar con las municipales. Según manifestaba el Ayuntamiento, la Consejería no había elaborado propuesta alguna, estando toda la cuestión paralizada, lo que ocasionaba un progresivo deterioro de la Plaza. Por último el Ayuntamiento subrayaba su voluntad de llegar a una solución consensuada para resolver definitivamente el problema.

La Dirección General de Bienes Culturales, envió al Defensor del Pueblo Andaluz informe en el que se daba cuenta de todas las gestiones realizadas concluyendo que se le había remitido nueva propuesta de Ordenación del Entorno de la Plaza del Obispo, en la que se proponía la conservación de las alineaciones y edificaciones. Dicha propuesta fue informada favorablemente por el Director General de Bienes Culturales. Posteriormente el Ayuntamiento comunicó que el Pleno de la Corporación aprobó inicialmente el Estudio de Detalle de la Plaza del Obispo y acordó, asimismo, someter el expediente al trámite de información pública, dando audiencia especial a la Consejería de Cultura.

El Defensor del Pueblo Andaluz dio por concluido el expediente recordando que el artículo 103.1 del Texto Constitucional destacaba el principio de coordinación entre aquéllos que deben configurar el funcionamiento de la Administración Pública,

circunstancias, a pesar de ser demandado e incluso proyectado en su día como se comprueba en documentos de la época. Ampliando las dimensiones de la Plaza hasta conseguir una línea equivalente en la Torre sur de la Catedral, a la que conforma el Palacio Obispal con la Torre norte, podría obtenerse una plaza de dimensiones más adecuadas a las proporciones del entorno monumental (como se reivindicaba por los antiguos), que tendría como gran valor añadido la incorporación a la misma del gran espacio escénico de la escalinata y explanada "inter-torres" de la Catedral; b) En los Informes técnicos de especialistas recabados por esta Gerencia de Urbanismo se manifiesta que no existe calidad intrínseca de la edificación si no es como entorno del Palacio Obispal; y los edificios (al menos el frente del antiguo hotel Cataluña) están en ruinas, como demuestra el expediente a punto de resolverse. Así mismo, se concluye en los Informes recabados que hoy puede hacerse una edificación de mucha mayor calidad, respetando por supuesto su situación como entorno del palacio; y que no tiene ningún sentido, tampoco, conservar la fachada (el cascarón del edificio) para hacer dentro un nuevo edificio. No hay ninguna teoría europea de intervención en centros históricos que avalen ese tipo de actuaciones, muy superadas ya en los últimos años. Ni tampoco es posible, dada la ruina de la propia fachada, con vencimiento en las cimentaciones y agrietada, para conservar una fachada de tapial (barro), hecha históricamente por albañiles, como edificación doméstica y modesta.”

por ello se debía llegar a un acuerdo que evitara seguir ocasionando perjuicios tanto al Patrimonio Histórico como a los particulares afectados, que, según lo ya indicado, sólo pretendían una solución viable a corto plazo en defensa de sus legítimos intereses.

Otro ejemplo de descoordinación pero esta vez tratado por el Defensor del Pueblo es la *queja 8902113*¹⁶¹. En este caso, versaba sobre la construcción de un edificio en una zona monumental de Arenas de San Pedro con vulneración de los criterios y legislación protectoras del patrimonio histórico-artístico. La Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de Castilla León informó al Defensor del Pueblo que iba a ordenar a su delegación periférica en Ávila la adopción de las medidas que impidiesen que se afectase, con la construcción del citado edificio, la zona histórico-artística de referencia. Sin embargo, la Delegación Territorial de Ávila de la Consejería de Educación y Cultura, pese al requerimiento recibido desde los servicios centrales de la Consejería, no realizó actuación alguna tendente a impedir la realización de las obras irregulares. Además desde que se iniciaron las actuaciones relativas a las mencionadas irregularidades, en diciembre de 1988, y se acordaron las modificaciones contempladas en el acuerdo de 9 de febrero de 1989 de la Comisión Territorial de Ávila de Patrimonio Cultural, fue necesario que en múltiples ocasiones la Dirección General de Patrimonio y Promoción Cultural de la Consejería de Educación y cultura instase a dicha delegación territorial la adopción de medidas que corrigiesen las actuaciones que vulneraban la legalidad, lo cual dio lugar la incoación de un expediente sancionador por infracción de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español.

Sin embargo, en contradicción con lo actuado, la Administración autónoma decidió sobreseer dicho expediente, medida contra la que el Defensor del Pueblo manifestó su disconformidad, ya que lo procedente hubiese sido sancionar la actuación contraria a la legalidad y proceder, en su caso, a la demolición de lo indebidamente construido, puesto que se había constatado la existencia de infracciones a la normativa protectora del patrimonio histórico español, al tiempo que no se había investigado la actitud del Servicio Territorial de Ávila de la Consejería de Cultura y Bienestar Social en la demora de más de 18 meses en la tramitación de las denuncias iniciales sobre las infracciones existentes.

¹⁶¹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pag. 755.

2.2.3. El incumplimiento en la delimitación de los entornos protegidos. La discrecionalidad administrativa y la participación ciudadana.

La protección de los bienes integrantes de interés cultural, sea cual sea su categoría de protección, no se limita al bien en sí. Tan importante es su conservación, como garantizar que el entorno de dicho bien no le desmerece. En este punto, la legislación del patrimonio cultural adopta una visión esteticista, promoviendo y exigiendo la protección tanto del entorno urbano inmediato como del circundante.

Es por ello que el Defensor del Pueblo Andaluz ha prestado y sigue prestando especial atención, dentro del conjunto de actuaciones encaminadas a la conservación y protección del Patrimonio Histórico Andaluz, a la protección del entorno de los Bienes que se integran en los Conjuntos Monumentales de las ciudades¹⁶².

Aunque la legislación sobre Patrimonio Histórico no contiene una definición clara del “entorno”, ya que tanto la Ley de Patrimonio Histórico Español en sus artículos 17 y 11.2¹⁶³, como la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía en su artículo 29¹⁶⁴, se limitan a describir enunciativamente los espacios que se integran en tal concepto, lo cierto es que la definición puede intuirse perfectamente de la lectura de estos preceptos.

En este sentido, elegimos la definición-descripción que nos ofrece el propio Tribunal Supremo en una Sentencia de 8 de Marzo de 1991: “*un espacio que sin ser portador de un valor cultural ejerce, sin embargo, una influencia directa sobre la conservación y disfrute de áreas que sí la poseen*”. No es extraño a la vista de esta definición que algunos autores sustituyan el término “entorno” por otras acepciones

¹⁶² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, 1997, 2000.

¹⁶³ Artículo 11.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal: “La resolución del expediente que declare un Bien de Interés Cultural deberá describirlo claramente. En el supuesto de inmuebles, delimitará el entorno afectado por la declaración y, en su caso, se definirán y enumerarán las partes integrantes, las pertenencias y los accesorios comprendidos en la declaración”. Artículo 17 de la Ley citada: “En la tramitación del expediente de declaración como Bien de Interés Cultural de un Conjunto Histórico deberán considerarse sus relaciones con el área territorial a que pertenece así como la protección de los accidentes geográficos y parajes naturales que conforman su entorno”.

¹⁶⁴ Artículo 29 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía: “El entorno de los bienes declarados de interés cultural podrá estar constituido tanto por los inmuebles colindantes inmediatos, como por los no colindantes o alejados, siempre que una alteración de los mismos pudiera afectar a los valores propios del bien que se trate, a su contemplación o estudio”.

como “zona de influencia” o “zona de respeto”, todas ellas sumamente explícitas de la idea que pretendemos transmitir¹⁶⁵.

En estas áreas, la protección legal y la actuación administrativa que sobre ellas se despliegue se fundamenta en la adecuada conservación de esos otros espacios a los que sirven; son el territorio en el que se inserta los conjuntos históricos con los que guardan una estrecha conexión, de forma tal que las actividades que en él se realicen van a repercutir de forma directa en el grado de preservación o disfrute del propio espacio cultural¹⁶⁶.

Aún no existiendo definición expresa del entorno en el régimen jurídico vigente, éste si se muestra absolutamente respetuoso y protector con él, analicemos cómo.

El artículo 11.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal obliga a que uno de los contenidos de la resolución del expediente que declare un Bien de Interés Cultural sea la delimitación del entorno afectado por la declaración. Ello implica dos dependencias, por un lado, del bien con el entorno y, por otro lado, del entorno con el bien. En cuanto al primero es la Ley de Patrimonio Histórico Estatal la que determina no sólo que en la tramitación del expediente de declaración como Bien de Interés Cultural de un Conjunto Histórico deberán considerarse sus relaciones con el área territorial a que pertenece, así como la protección de los accidentes geográficos y parajes naturales que conforman su entorno¹⁶⁷, sino también que un inmueble declarado Bien de Interés Cultural es inseparable de su entorno, por esta razón no se podrá proceder a su desplazamiento o remoción, salvo que resulte imprescindible por causa de fuerza mayor o de interés social¹⁶⁸.

En cuanto a la dependencia del entorno con el bien debemos distinguir dos planos de incidencia y sus correspondientes efectos: uno el relativo a la planificación, y otro el relativo al régimen jurídico de autorizaciones aplicable.

Respecto al planeamiento, tanto la Ley de Patrimonio Histórico Estatal en su artículo 20.1 como la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía en su artículo 32.1 obliga al Municipio en que se encuentra el Bien de Interés Cultural a redactar o un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración, u otro instrumento

¹⁶⁵ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, pág. 301 a 308.

¹⁶⁶ Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, “*La situación del Patrimonio...*” cit. 74.

¹⁶⁷ Artículo 17.

¹⁶⁸ Artículo 18.

de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla, en todo caso, las exigencias legales de protección del área¹⁶⁹. Ello ha de ser completado con el artículo 29.1 de la LPHA que establece que en la inscripción específica de los bienes deberá concretarse, tanto el bien objeto central de la protección, como el espacio que conforme su entorno y como consecuencia de ello, al entorno así concretado en la inscripción le será de aplicación el mismo régimen jurídico que corresponda al inmueble catalogado. Más aún, la mera incoación del expediente motiva la aplicación provisional de ese régimen, con lo que ello supone desde el punto de vista de vista del contenido del derecho de propiedad sobre los territorios que conforman dicho entorno.

Esta cuestión plantea un problema práctico de alcance, que no es otro que la delimitación provisional del entorno. Tratándose de un inmueble, el objeto de protección es claro desde el momento de la incoación; sin embargo si de lo que se trata es de su entorno, la concreción de sus límites es algo que no puede definirse hasta que la declaración de BIC lo determine, atendiendo al resultado del proceso de valoración que conlleva la misma valoración¹⁷⁰.

El tema no es baladí, dado que en ello pueden estar implicados aspectos como la suspensión de licencia de la zona o requerimientos de autorización expresa para ciertas actuaciones, pues el artículo 16 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal

¹⁶⁹ Los instrumentos que cita, a modo ejemplificativo la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía, son: Planes Especiales de Protección o de Reforma Interior; Planes Generales de Ordenación Urbana; Normas Subsidiarias o Complementarias de planeamiento de ámbito municipal; Planes Parciales. La Administración municipal, por tanto, cuenta con una amplia libertad en la elección de la figura de planeamiento que haya de ordenar sus espacios de interés cultural, sin que haya decantación de la ley en favor de algún tipo concreto de Plan. Ahora bien, como señala ALONSO IBAÑEZ, la necesidad de regular los núcleos históricos de tal forma que cumplan dentro de la ciudad un papel integrador capaz de ofrecer soluciones valiosas al fenómeno urbano, exige la planificación global del conjunto de la ciudad que se lleva a cabo a través de la planificación general, sin perjuicio de su posterior desarrollo en planes especiales. Vid. ALONSO IBAÑEZ, M^a del Rosario, "Los espacios culturales en la ordenación urbanística, Ed. Marcial Pons y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Madrid, 1994. La autora denuncia la excesiva sectorialización de la tutela dispensada a los bienes culturales y formula una propuesta de superación abogando por la implantación de fórmulas de racionalización y protección integradora de nuestro patrimonio. Plantea que la regulación de los bienes objeto de la LPHE debe insertarse en el propio contexto al que pertenecen y no ajenos a la consideración global de la ciudad o población donde se encuentran ubicados, sin desconocer por ello la importancia cultural que poseen, en cuya medida son protegibles

¹⁷⁰ Así lo afirma la Sentencia de la Sala 3^a del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2001 al interpretar el artículo 11.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal: "el artículo 11.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal previene que la resolución del expediente, en el supuesto de bienes inmuebles, delimitará el entorno afectado por la declaración, entorno que deberá ser el que resulte de la instrucción del procedimiento, no siendo necesario que coincida con el inicialmente fijado". Ponente: Manuel Goded Miranda. EDJ 2001/30108.

establece que incoado un expediente para la declaración de un BIC, todas la licencias en curso quedan suspendidas a las resultas de su resolución. Ello resulta razonable, ya que ante la potencialidad de que existan valores culturales protegibles en peligro, y dada la irreversibilidad de los efectos de muchas actuaciones sobre ellos, es aconsejable que sean efectivamente objeto de protección preventiva. Estas limitaciones afectan tanto a los bienes objetos de declaración como al entorno ambiental en que se sitúa el inmueble, así el artículo 16 referenciado habla precisamente de “*zonas afectadas*”.

El mismo fundamento mueve al legislador estatal al exigir una autorización expresa de la Administración cultural cuando, una vez declaradas ciertas figuras de protección, se pretende realizar alguna actuación de parcelación, edificación, demolición o cualquier tipo de obra. Algunas de las figuras de protección, como los Monumentos y los Jardines Históricos, exigen en todo caso la citada autorización, lo que afectan por igual a las obras que se pretendan realizar tanto en el inmueble como en el entorno¹⁷¹. Ni siquiera la aprobación preceptiva de un Plan especial de Protección para Conjuntos o Sitios Históricos o zonas arqueológicas, en cuyo ámbito territorial se englobe a alguno de aquellos bienes o sus entornos, exime de esta exigencia. Para el resto de figuras, sin embargo, cesa dicha obligación desde la aprobación definitiva del Plan, residenciándose entonces la competencia autorizatoria en los Ayuntamientos¹⁷². Como la intervención, preceptiva y vinculante, de la Administración cultural se incardina directamente en el procedimiento de licencias, en tanto en cuanto el Plan Protector no sea aprobado definitivamente, ésta es tal vez la razón que más ha de pesar a las Administraciones Locales a la hora de lanzarse a

¹⁷¹ Una excepción del requisito de la autorización la encontramos en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2002, que confirmó, por ser ajustado a derecho, el acuerdo municipal por el que se había concedido al Gobierno de Navarra la licencia solicitada por su Departamento de Educación y Cultura, para la ejecución de obras de desmantelado, desescombros y demolición de determinadas zonas del Palacio Real de San Pedro. La Sala establece que, aun imponiéndose con carácter general en el artículo 16.1 de la Ley 16/1985 la suspensión de las correspondientes licencias municipales de demolición, así como los efectos de las ya otorgadas, respecto de los bienes inmuebles sobre los que exista en trámite un expediente para su declaración como bien de interés cultural, no obstante, se permite con carácter excepcional la ejecución de obras que por razón de fuerza mayor hayan de realizarse con carácter inaplazable, siempre que en este caso se obtenga previa autorización de los organismos competentes. En el presente supuesto, pese a que no se cumplió el requisito formal de la autorización previa antes citado, si fue tenida en cuenta su finalidad: impedir que tales obras se acometan sin conocimiento de quien tiene la función tutelar encomendada por la Ley, al ser la ejecutora de la obra la misma Administración que solicitó la licencia. Ponente: Ricardo Enríquez Sancho. EDJ 2002/42832.

¹⁷² Así se desprende de una interpretación conjunta del artículo 19.1 y 2 en relación con los apartados 3 y 4 del artículo 20 de la LPHE.

la elaboración del planeamiento exigido: el afán de recuperar plenamente sus potestades en este ámbito material¹⁷³.

La Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía juega con un principio de diferente naturaleza al establecido en la Ley de Patrimonio Histórico Estatal: el de la posible delegación en los Ayuntamientos por parte de la Consejería de Cultura de la competencia para autorizar determinadas obras y actuaciones sobre bienes históricos. Así sucede con los inmuebles incluidos en la delimitación del entorno de bienes inmuebles objeto de inscripción específica, o sometidos al régimen de los Bienes de Interés Cultural. De igual modo, se puede delegar la autorización de actuaciones dentro de los Conjuntos Históricos no declarados Bienes de Interés Cultural a excepción de las que afecten a los Monumentos o Jardines Históricos declarados o catalogados o sus respectivos entornos¹⁷⁴.

El entorno ha de quedar expresamente contemplado por el Plan Especial de Protección del área afectada del Bien de Interés Cultural y por las instrucciones particulares que concretan, para cada bien objeto de inscripción específica, la forma en que deben materializarse para los mismos las obligaciones generales previstas en esta Ley para los propietarios o poseedores de bienes catalogados¹⁷⁵. Dichas

¹⁷³ Vid. MORA BONGERA, Fernando, “*La protección de los Conjuntos históricos a través del planeamiento. El caso específico del Conjunto de Santa María del Campo Viveiro*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, número 116, 1990, págs. 47 – 65. Este autor mantiene una postura crítica sobre la doble autorización, pues aunque afirma que si bien la Ley de Patrimonio Histórico Español establece un modelo que tiende a proteger los Conjuntos Históricos, deja a los Municipios a merced de los criterios de la Administración sectorial. A juicio de este autor, en la Ley de Patrimonio Histórico Español la Administración local aparece configurada como agresora a la que hay que controlar y proteger de sí misma. Con esta configuración se ignora el principio de autonomía y se desprecian los criterios adoptados por los representantes directos de la población afectada.

¹⁷⁴ Artículo 38 y 39 de la LPHE.

¹⁷⁵ Artículo 11.1 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía. El contenido de las instrucciones particulares se encuentra configurado en el artículo 16 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía, y habrá de ser el siguiente: a) Condicionantes previos a la intervención en el bien catalogado o en el inmueble de su entorno; b) Intervenciones, actividades, elementos y materiales que pueden ser aceptables y aquellos otros expresamente prohibidos; c) Tipos de obras o actuaciones sobre el bien catalogado o su entorno para los cuales no será necesaria la obtención de autorización previa de la Consejería de Cultura.; d) Tipos de obras y actuaciones sobre el bien catalogado o su entorno en las que no será necesaria la presentación del Proyecto de Conservación; e) Medidas a adoptar para preservar el bien de acciones contaminantes y de variaciones atmosféricas, térmicas o hidrométricas; f) Técnicas de análisis que resulten adecuadas; g) Determinación de las reproducciones o análisis susceptibles de llevar aparejado algún tipo de riesgo para el bien y que, en consecuencia, quedan sujetos al régimen de autorización tanto de la Consejería de Cultura como del titular del bien; h) Definición de aquellos inmuebles incluidos en Conjuntos Históricos inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz cuya demolición podrá autorizarse sin necesidad de declaración de ruina de conformidad con el artículo 37.3 de la LPHA; i) Régimen de investigación aplicable al bien catalogado y a los inmuebles incluidos en el entorno; j)

instrucciones deberán incluirse íntegramente¹⁷⁶ en la resolución que ponga fin al procedimiento de inscripción específica.

Uno de los contenidos de estas instrucciones específicas consiste en la exención de la autorización previa de la Consejería de Cultura para las obras o actuaciones concretadas. Esta exención deberá concretarse expresamente, pues consiste en una excepción ya que la regla general contemplada en el artículo 33.1 es la necesidad de autorización para realizar cualquier cambio o modificación en bienes inmuebles objeto de inscripción específica o su entorno¹⁷⁷. La duplicidad de autorizaciones que se mantiene para la mayoría de actuaciones sobre bienes del Patrimonio Histórico, aún una vez aprobado el correspondiente plan de protección, constituye, no ya una clara desconfianza ante las Administraciones locales, sino una muestra irrefutable de la clara yuxtaposición entre dos órdenes normativos diferentes atribuidos en su ejecución a Administraciones Públicas distintas¹⁷⁸.

Del régimen jurídico expuesto se observa la trascendencia del entorno de los bienes de interés cultural, la necesidad de su conservación y lo imprescindible de su efectiva delimitación y concreción. Ahora bien, conviene llamar la atención también sobre como la delimitación de un entorno y la fijación de su régimen jurídico pueden ser el resultado, no de los propios mandatos del ordenamiento histórico-artístico y de la Administración que lo aplica, sino de la acción procedente de otro sector normativo de extraordinaria trascendencia cuando al Patrimonio inmobiliario se refiere: el ordenamiento urbanístico. Con independencia de lo fijado en los correspondientes Decretos de declaración de bienes culturales, las técnicas al servicio de la ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico, cuentan no ya con la posibilidad, sino con el deber mismo, de proceder desde su propio ámbito a la adopción de cuantas medidas sean necesarias para preservar ese territorio en el que se insertan las áreas históricas, así como los conjuntos mismos¹⁷⁹.

Señalamiento de los inmuebles sitios en Conjuntos Históricos o en el entorno de bienes catalogados a cuyas transmisiones pueda aplicarse el derecho de tanteo y retracto; k) Cualquier otra determinación consecuencia de los deberes de conservación, mantenimiento y custodia que se considere necesario matizar o concretar.

¹⁷⁶ Artículo 13.3 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía.

¹⁷⁷ La ley andaluza entiende por cualquier cambio o modificación la realización de obras de cualquier tipo.

¹⁷⁸ Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, "*Los conjuntos históricos y el planeamiento de protección...*" cit. pag. 51.

¹⁷⁹ Los planes de ordenación urbanística y territorial son los instrumentos más idóneos al

Sin embargo la realidad nos muestra que en ocasiones la Administración, en su vertiente de ejercicio de función urbanística, aprueba sin condiciones un Plan General que incide en parte del entorno propio de un conjunto histórico artístico, sin tener en cuenta la protección no del bien concreto sino de su entorno¹⁸⁰.

La Administración local en su potestad planificadora propia está constreñida a ciertas determinaciones mínimas de conservación cuando existe un B.I.C. Limitaciones que también existen cuando se inicia el expediente de declaración. Por

servicio del tratamiento particular y concreto que cada espacio requiere, pues poseen en su esencia misma, una versatilidad de la que carece el sistema de autorizaciones administrativas propio de la Administración Cultural. Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *“La situación del Patrimonio Histórico en Andalucía...”* cit. pag. 72.

¹⁸⁰ Nos referimos al caso que se estudió en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de septiembre de 2002. En ella el Tribunal anuló la aprobación definitiva del PGOU de un municipio en lo que afectaba al jardín anejo al monasterio de Carmelitas Descalzas. El Monasterio de Carmelitas Descalzas, es un bien cuya catalogación como de interés cultural se inició por resolución publicada el 22 de marzo de 1983, en el Boletín Oficial del Estado del 14 de mayo, por el cual no sólo se prohibieron obras en el edificio, sino también en su “entorno propio”. Ese entorno propio incluía, en palabras del Delegado Provincial de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, el monasterio “como unidad conceptual, y no partes concretas del mismo”. Con ello se contemplaba no solo el edificio en si sino también la huerta y el jardín que las monjas destinaban a esparcimiento y oración al aire libre. Por su parte en Ayuntamiento en el Plan General de Ordenación Urbana pretendía expropiar una franja de la huerta con el objeto de regularizar el espacio público. A juicio del Tribunal esta pretensión del Ayuntamiento se oponía a la integridad del BIC, ya que si el ámbito de la declaración afecta a la totalidad del Inmueble histórico, incluida su huerta no pueden ser objeto de expropiación porque forman parte del entorno propio del conjunto histórico y no son susceptibles de contemplarse de forma separada del resto. La Administración Autonómica en su vertiente de ejercicio de función urbanística no puede aprobar sin condiciones un Plan General que incida en parte del entorno propio del conjunto histórico artístico, aunque no afecte al edificio en sentido estricto, pero que puede implicar en un futuro una demolición de parte o mutación de parte de ese entorno protegido. El Tribunal le recuerda a la Administración que desde que se incoa el expediente para la declaración de un bien de interés cultural, en relación a dicho bien, se han de aplicar provisionalmente el mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural y ello exige no sólo que la Administración local redacte un Plan Especial de Protección del Área afectada u otro instrumento de planeamiento que cumpla las exigencias de la Ley de Patrimonio, sin que la obligatoriedad de dicho Plan se excuse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planeamiento general, sino que, además de la obligatoriedad de un planeamiento específico de protección, el Plan General debe contemplar la singularidad urbanística del BIC. El nuevo plan general que se redacte y se apruebe mientras dure la tramitación del expediente declarativo debe respetar estas cautelas, bien recogéndolas directamente, bien condicionando cualquier operación urbanística a la existencia de un ulterior plan especial. Si el plan general opta por incluir entre sus determinaciones propias las que corresponden al plan especial de protección, debería incluirse, al menos, en su expediente de elaboración la emisión de informe exigido por el artículo 20.1 de la Ley 16/1985. Lo contrario sería hurtar a la Administración competente el desarrollo de la potestad de protección que le viene atribuida “ex lege”. En el caso de autos el Plan general impugnado desconocía totalmente la existencia de un expediente sobre declaración de B.I.C respecto del inmueble de la congregación recurrente, ya que ni contemplaba las cautelas de protección ni se remitía al ulterior plan de protección. Por eso, a juicio del Tribunal, existía un infracción legal en dicho Plan que le llevó a anular dicho Plan General en el extremo referido al jardín anejo al Convento de la Comunidad de Religiosas Carmelitas Descalzas. Ponente: Joaquín García Bernaldo de Quirós. EDJ 2002/74333.

tanto, iniciado un expediente de declaración de un bien como de interés cultural, el planificador general, al menos, debe respetar las limitaciones urbanísticas que la Ley 16/1985 le impone respecto a ese bien. Pues desde la incoación del expediente se aplican provisionalmente las cautelas antes reseñadas respecto de la protección, conservación y prohibición de alineaciones que afecten a ese bien.

En resumidas cuentas, el entorno, como territorio a proteger en su valor medial en orden a la correcta consecución de los fines constitucionales de protección y acrecentamiento de los bienes culturales, puede venir delimitado tanto por la Administración cultural como por la urbanística¹⁸¹. El problema surge cuando dicha delimitación no se lleva a cabo por ninguna de las Administraciones.

Un ejemplo de las graves consecuencias y del perjuicio no sólo para los bienes integrantes del patrimonio histórico sino también para los particulares que se deriva de la falta de delimitación del entorno lo encontramos en la *queja 98/1498*. Esta queja fue presentada por la anciana propietaria de una vivienda ubicada junto a la Muralla de La Alcazaba de Baza en Granada¹⁸². Al parecer, como consecuencia de la aparición de unas grietas en la vivienda, la interesada decidió entregar la misma a una constructora para su demolición y posterior edificación. A tal fin, desalojaron la casa y con la licencia del Ayuntamiento comenzaron su demolición.

No obstante, una vez demolida ésta, y como consecuencia de una denuncia de un tercero, la Delegación Provincial de Cultura junto con el Ayuntamiento de Baza, decidieron paralizar las obras, alegando que podían estar afectando a un Lienzo de Muralla. A raíz de esta denuncia, se giró visita por el Arquitecto municipal, quien emitió informe en el que se hacía constar que la construcción no afectaba a los restos de Muralla. Sin embargo, la Consejería de Cultura insistía en que era necesario, como requisito previo a la concesión de autorización para la continuación de las obras, el que la propiedad se encargara de realizar un proyecto de intervención arqueológica a fin de proceder a la limpieza y consolidación de los restos de la

¹⁸¹ La Sentencia de la Sala 3ª del TS de 1 de octubre de 2001 de la que fue ponente Ramón Trillo Torres, EDJ 2001/34711, deja patente esta cuestión cuando afirma en su fundamento jurídico quinto que *“la circunstancia de que la delimitación del entorno de protección coincida a la postre con el Plan Especial de Protección del Paisaje previsto en el plan General de Ordenación de la Ciudad, no implica confusión de competencias, sino una mera coincidencia de criterio de ambas Administraciones, la municipal y la autonómica, que sin embargo no excluye que sobre esta coincidente delimitación, cada una haya ejercido sus específicas competencias, urbanísticas una y de conservación del patrimonio artístico la otra”*.

¹⁸² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 273 a 275.

Muralla. Trabajos éstos que deberían realizarse por un grupo de arqueólogos expertos.

Manifestaba la interesada que el presupuesto del trabajo descrito ascendía a una cantidad que excedía de sus posibilidades económicas, dada su condición de pensionista. Planteado el problema a la Delegación Provincial y al Ayuntamiento de la localidad, demandando de ambos organismos una solución, había obtenido como única respuesta: “*no tenemos dinero*”.

La interesada se preguntaba en el escrito de queja que le envió al Defensor del Pueblo Andaluz, con toda la razón, por qué no se le informó de la necesidad de realizar el proyecto de intervención arqueológica antes de concederle la licencia, lo que le hubiera posibilitado el posponer la demolición de la casa hasta tanto contara con los medios suficiente para sufragar dicho estudio, y no que, como consecuencia de la situación creada con la orden de paralización de las obras, se encontraba con su vivienda demolida parcialmente, lo que le impedía habitarla, y, dado que no podía iniciar las obras de reconstrucción, se veía obligada a vivir junto con una hija, con los consiguientes perjuicios que ello le ocasionaba.

Interesados por el Defensor del Pueblo Andaluz los oportunos informes a la Delegación Provincial de Cultura en Granada y al Ayuntamiento de Baza, comprobó, tras el examen de los mismos, que el Ayuntamiento había concedido licencia para la ejecución de las obras sin solicitar la preceptiva autorización de la Consejería de Cultura. Dicha actuación, contraria a derecho, se justificaba por el Ayuntamiento aduciendo que existía un informe del Arquitecto Municipal que señalaba que las obras en cuestión no afectaban a la Muralla.

Al parecer, fue tras la presentación de la denuncia ante la Delegación Provincial, cuando ésta decidió enviar a diversos especialistas a la localidad, los cuales, tras examinar las obras, informaron que podría existir una afección para la Muralla. Ante este informe la Delegación Provincial ordenó la paralización de las obras y exigió, como requisito previo a su levantamiento, la realización del mencionado proyecto de intervención arqueológica. Proyecto, cuyo coste, según recalca la Delegación en su informe, debería correr de cuenta de los promotores de la obra, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía.

Planteada así la situación, y dado que la decisión de paralización de las obras era perfectamente ajustada a derecho, el problema parecía centrado en la necesidad de encontrar una forma de financiar la realización de este proyecto de intervención,

habida cuenta la imposibilidad de asumir su coste por parte de la propiedad. Ante esta situación, el Defensor del Pueblo Andaluz puso en práctica sus habilidades medidoras y propició el acuerdo entre las partes, pues el Ayuntamiento acordó hacerse cargo del coste parcial de dicho proyecto, asumiendo la propiedad el resto, por una cantidad que resultaba asumible para la misma. De esta forma se resolvió la problemática que afectaba a la firmante de la queja¹⁸³.

En este caso, el Defensor del Pueblo Andaluz hizo una llamada de atención a la Administración cultural autonómica para que procediera a la delimitación de los entornos¹⁸⁴ y a los Ayuntamientos, para que en lo sucesivo, y en aras de evitar los

¹⁸³ Respecto a la doctrina jurisprudencial, los Tribunales de justicia resuelven de manera diferente cuando existe la descripción del entorno en la resolución de declaración de un BIC o cuando esta descripción no existe. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 de junio de 2000, confirmó la actuación del Ayuntamiento de Cádiz, consistente en obras de reparación y el acondicionamiento de acerado de la calle San Juan de Dios, colindante con la muralla medieval de la época alfonsí, Bien de Interés Cultural. Dichas actuaciones fueron impugnadas por la Administración autonómica, al considerar que necesitaba autorización administrativa del Patrimonio Histórico de Andalucía. El Tribunal desestimó la necesidad de autorización autonómica del artículo 19 de la Ley 16/1985, porque el entorno de la muralla no estaba delimitado. Mientras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1997 desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que inadmitió la pretensión contraria a la resolución por la que se declararon clandestinas las obras de demolición de un inmueble, al considerar la Sala que aunque el edificio no tuviera por sí mismo carácter monumental, el mero hecho de estar situado en un entorno protegido impedía la ejecución de obras de demolición sin la autorización de las autoridades competentes. Vid. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier, “*Patrimonio Histórico: Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia*”, Revista de Derecho Urbanístico y de Medio Ambiente número 1992, marzo, 2002, págs. 41 - 55.

¹⁸⁴ Muy significativa, en cuanto a la positiva reacción de la Administración en la defensa del patrimonio histórico, es la Sentencia de la Sala 3ª del TS, de 7 de julio de 1991. Los hechos fueron los siguientes: Por Real Decreto 1794/1983, de 11 de mayo, fue declarada monumento histórico-artístico la iglesia de San Bernabé en El Escorial, sin haberse delimitado entonces su entorno, ni haberse afectado éste a la protección que tal declaración implica. Una empresa constructora, la parte apelante al Tribunal Supremo, inició las obras de construcción de un edificio en las inmediaciones de esa iglesia previa concesión de la oportuna licencia municipal, pero el 19 de diciembre de 1983 se ordenó la paralización de las obras por la Dirección General de Bellas Artes, al advertirse que las obras impedían ver la iglesia desde la carretera y desde un flanco de la población. La orden de paralización fue recurrida recayendo Sentencia de la Sala 3ª de la Audiencia Nacional anulando la orden de suspensión que fue confirmada por la de esta Sala de 14 de julio de 1988, por estimarse que se trataba de “una suspensión de los efectos de una licencia de obras carente de fundamento legal, pues requisito necesario para el ejercicio por la Administración de la acción protectora sobre el patrimonio histórico-artístico en la hipótesis de inmuebles o conjuntos urbanos es la previa declaración por Decreto de monumentos de tal naturaleza (arts. 14 y 33 de la Ley de 13 de mayo de 1933), sin que tal acción se extienda al entorno del monumento cuando no ha sido comprendido en la referida declaración o cuando el planeamiento urbanístico no lo incluye en sus previsiones, pues ello supondría imponer a la propiedad unas limitaciones carentes de fundamento jurídico y dependientes únicamente del arbitrio de la Administración”. El TS declaraba que esta terminante declaración era compatible, sin embargo, con el acto administrativo de iniciación de un expediente de delimitación del entorno monumental, aunque esta incoación del expediente produjera unas consecuencias de aplicación provisional del régimen de protección que llevara consigo la suspensión de las correspondientes licencias municipales de edificación o demolición, así como de los efectos de las ya

perjuicios expuestos en el caso, se procediera a solicitar el preceptivo informe a la correspondiente Delegación de Cultura. Para ello le sugirió que acometiera un plan de actuaciones orientado a la delimitación de los entornos de los principales BIC de Andalucía, priorizando aquellas actuaciones delimitadoras que afecten a BIC que actualmente se encuentran sujetos a especiales riesgos, como consecuencia de la confluencia de dos elementos como son la ausencia de instrumentos urbanísticos de protección y la existencia de fuertes presiones especulativas sobre los bienes que conforman sus entornos. Hasta tanto se acometieran estos procesos de delimitación legal de entornos, la Consejería de Cultura, a juicio del Defensor del Pueblo Andaluz, debe asumir una postura especialmente activa en la protección de los bienes que los integran, interviniendo cautelarmente en aquellos casos en que tenga conocimiento de la intención de algún Ayuntamiento de conceder licencias que puedan ocasionar la desaparición o el grave deterioro de algún bien cuya inclusión en el entorno de un BIC aparezca como incuestionable e indiscutible, aun cuando el mismo no se encuentre aún formalmente delimitado¹⁸⁵.

No podemos concluir este epígrafe sin tener en cuenta las recientes aportaciones que el Defensor del Pueblo ha hecho en base a la tramitación de ciertas quejas recibidas en materia de planeamiento, que se han presentado, fruto de una creciente sensibilización entre los ciudadanos hacia la conservación y la preservación del entorno. Son cada vez más frecuentes las ocasiones en las que se solicita la intervención del Defensor del Pueblo al objeto de que se exija a las Administraciones la máxima firmeza a la hora de planificar y ejecutar grandes operaciones

acordadas. Para el TS no sólo se trata de actos administrativos distintos, sino que el acto posterior impugnado tiene una cobertura legal de que carecía el primero y ha sido realizado por la Administración competente. Por tanto, no existe ni la ilegalidad del acto que se invoca ni una desviación de poder o actuación fraudulenta para no cumplir las Sentencias judiciales con fuerza de cosa juzgada. Como se ha expuesto, el recurso Contencioso administrativo interpuesto ante el Tribunal Supremo tiene por objeto un acto administrativo distinto del anterior, y aunque tienda a subsanar unos defectos que existían en el primero, al amparo de una legalidad distinta, la actuación de la Comunidad Autónoma de suspender las licencias por haberse incoado un procedimiento de delimitación del entorno, se ha realizado conforme a la nueva ordenación en esta materia más completa, y, por tanto, más protectora de los bienes que constituyen el patrimonio cultural con el objeto de alcanzar su protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras. El hecho de que la orden impugnada venga a complementar el Real Decreto de declaración de monumento al incoar un expediente para delimitar el entorno protegido no implica ilegalidad alguna, sino, al contrario, subsanar una omisión señalada por los Tribunales por un procedimiento establecido en el artículo 11.1 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal para la declaración de los bienes de interés cultural. Ponente: José María Morenilla Rodríguez. EDJ 1991/7399.

¹⁸⁵ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2002, apartado dedicado al Balance del Informe anual.

urbanísticas, remodelaciones de barrios, que pueden afectar a intereses colectivos como al patrimonio histórico, cultural, arquitectónico o simplemente paisajístico...¹⁸⁶

En estos supuestos las Administraciones urbanísticas actuantes suelen ampararse en el principio de autonomía municipal para justificar la decisión planificadora. No obstante, el Defensor del Pueblo les recuerda que la potestad discrecional que constituye la planificación del territorio no debe estar exenta de control y éste no debe limitarse al examen de la legalidad del Plan de Ordenación, sin que quepa margen alguno para no modificarlo si no se constata debidamente que la solución elegida por la Administración dentro de un marco de discrecionalidad ha incurrido en desviación de poder. Para contrarrestar esta argumentación que utilizan los ayuntamientos el Defensor del Pueblo tiene en cuenta en sus resoluciones una moderna línea jurisprudencial que, profundizando en el control judicial de la discrecionalidad administrativa, para el cual se ha revelado insuficiente la institución de la desviación de poder por su fundamento excesivamente subjetivo, enseña que la solución técnica en que se concrete esa discrecionalidad debe venir respaldada y justificada en los datos objetivos sobre los cuales opera, de forma que cuando conste de manera cierta y convincente la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad física a que se aplica, debe sustituirse esa solución por la que resulte más adecuada a dicha realidad, que, sin duda, deberá incorporar la exigencia de conservar aquellos entornos urbanísticos o edificaciones que por su antigüedad o valor histórico o estético constituyen singularidades que dotan a las ciudades o poblaciones donde se encuentran, de personalidad propia, digna del máximo respeto por el interés socio-cultural que entraña su conservación al margen de todo proceso especulativo¹⁸⁷.

El Defensor del Pueblo sostiene el convencimiento de que las Administraciones no deberían ser ajenas a esta incipiente aunque esperanzadora sensibilización hacia la preservación del entorno natural y urbano, siendo necesario que el planeamiento urbanístico dé respuestas a estas nuevas inquietudes de los ciudadanos, por cuanto que en el mundo democrático no existe otro factor de estabilidad de un modelo de ciudad que no sea el consenso de sus habitantes. Para ello, la planificación actual debe adquirir la forma de un proyecto integral, global y participativo que cuente con una visión del futuro deseable y unos objetivos concretos atractivos para generar ilusión entre los ciudadanos y poner en marcha la

¹⁸⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2002, págs. 805-807. *Quejas 0022650, 0026980, 0110864, 0112210, 0112511, 0203992 y 0214254.*

¹⁸⁷ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2002, pag. 806.

ciudad. La participación es un aspecto básico en un plan de ciudad, y en dicha labor deben tenerse en cuenta todos aquellos objetivos y proyectos formulados por los distintos sectores de la sociedad a fin de poder, posteriormente, establecer prioridades de manera clara y rigurosa, partiendo de un amplio conocimiento de las alternativas. Por lo tanto, las Administraciones Públicas deben tener en cuenta, no sólo los deseos de preservación del entorno, sino cualquier otra inquietud manifestada por los ciudadanos, de manera que se incremente la participación pública que es, a juicio del Defensor del Pueblo, clave para obtener el consenso social y la implicación ciudadana en el Plan.

Es preciso que las Administraciones Públicas establezcan o mejoren sus relaciones con las entidades de participación ciudadana, asociaciones y agrupaciones de vecinos, plataformas de afectados, colectivos cívicos, a los efectos de obtener su cooperación para, por un lado, modernizar y mejorar la calidad de vida de la ciudad estableciendo un objetivo común con el conjunto de los agentes económicos y sociales, y por otro, para lograr criterios consensuados sobre la imagen futura de la ciudad o incluso de cada uno de los barrios que la integran, criterios que podrían incorporarse al Plan, en el supuesto de que se promoviese una elaboración o revisión de aquél. En conclusión, es preciso que se comunique públicamente la estrategia de una ciudad para que las entidades, colectivos y las empresas con capacidad de intervención en el territorio hagan suyos los objetivos del plan y para que la población se ilusione con un proyecto que represente un futuro prometedor¹⁸⁸.

2.2.4. El excesivo celo de los Ayuntamientos en su labor conservadora del Patrimonio Histórico

El artículo 7 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal, concretando el artículo 25.1,e) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que los Ayuntamientos cooperarán con los organismos competentes para la ejecución de esa ley en la conservación y la custodia del Patrimonio Histórico y para ello adoptarán las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción. Asimismo, la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía atribuye a los Ayuntamientos la misión de realzar y dar a conocer el valor cultural de los bienes.

Estas funciones implican, en muchas ocasiones realizar actuaciones de conservación y restauración y sobre estas actuaciones el Defensor del Pueblo Andaluz ha recibido quejas donde se pone de manifiesto, no la inactividad del ente

¹⁸⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2002, pag. 807.

local, sino todo lo contrario, el excesivo celo del Ayuntamiento en su actuación restauradora que llega a poner en peligro la integridad del bien que se pretende proteger, no en vano, la restauración de los bienes culturales constituye una de las intervenciones más complejas de la que estos bienes pueden ser objeto.

Un ejemplo de ello lo tenemos en la *queja 94/1764*, presentada por el Presidente de una asociación interesada en la protección del Patrimonio Histórico¹⁸⁹. En ella se denunciaba el grave deterioro del patrimonio histórico de la localidad de Almuñécar (Granada) y, en concreto, del Castillo de San Miguel, como uno de los monumentos más significativos. En el escrito se manifestaba que a los diversos actos vandálicos sufridos por los monumentos de la localidad, había que añadir las actuaciones que llevaba a cabo una Escuela-Taller dependiente del Ayuntamiento. El interesado estimaba que, lejos de suponer una mejora en su conservación y conocimiento científico, varias de las obras ejecutadas por la Escuela-Taller, estaban contribuyendo a la degradación de la imagen del recinto. El ejemplo más palpable que se denunciaba al respecto lo constituía la destrucción del remate de un paño de Muralla, el orientado a Levante, con el fin de realizar una serie de “almenas”, las cuales, en primer lugar, suponían una lectura falseada del Castillo, pues no existía testimonio histórico alguno de su existencia y, en segundo lugar a juicio del denunciante, no parecía ofrecer suficientes garantías técnicas de estabilidad y suponían una ruptura radical con la imagen tradicional del Castillo.

Igualmente, en la queja se indicaba que tampoco se estaban llevando a cabo obras de conservación en otras zonas del recinto, de indudable interés arqueológico, y que sufrían una degradación continuada, como eran el baño y la casa islámica, así como la necrópolis asociada a ésta.

Tras admitir la queja a trámite, el Defensor del Pueblo Andaluz solicitó el preceptivo informe a la Delegación Provincial de Cultura la cual expuso que a los efectos de dar una solución a la situación creada por las intervenciones llevadas a cabo por la Escuela Taller, había acordado recabar del Director de las actuaciones arqueológicas de urgencia que se autorizaron sobre el recinto del Castillo, los informes necesarios que complementasen la documentación obrante en esa Delegación, para, a la vista de los mismos, someterlos a la consideración de la Comisión Provincial del Patrimonio Histórico Artístico, que, como órgano de

¹⁸⁹ Informe del Defensor del Pueblo de Andaluz de 1995, págs. 281 y 282.

asesoramiento de esa Delegación Provincial, habría de emitir el correspondiente informe a fin de adoptar una solución al problema denunciado.

La Delegación Provincial de la Consejería de Cultura remitió al Ayuntamiento una orden de paralización inmediata de las obras de reconstrucción de la muralla y del almenado por no ser acordes con la protección y conservación del Castillo¹⁹⁰. Y el Ayuntamiento en respuesta a ello instó a la Consejería de Cultura a que determinara de forma clara cuál era el alcance de la paralización, a la vez que se instaba a la Administración Autonómica a *”que se arbitren las medidas oportunas para la conservación y rehabilitación del Conjunto Monumental”*. Dicha respuesta tuvo como consecuencia que la Delegación Provincial de Cultura comunicara el alcance de la paralización y además que le recordara al Ayuntamiento que era a esa Administración Local a quien correspondía la adopción, en virtud del artículo 7 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal *“de las medidas que sean necesarias para la conservación, rehabilitación y salvaguarda del Castillo, en su doble condición de propietario del mismo y de Ayuntamiento en cuyo término municipal radica el inmueble en cuestión”*. A nuestro juicio esta puntualización de la Administración Autonómica nos parece oportuna por cuanto, a la vista de la respuesta del Ayuntamiento a la orden de paralización de las obras, pudiera entenderse que la Consejería de Cultura hubiera de supeditar la adopción de medidas de tutela sobre el Patrimonio Histórico a la asunción por la misma de la labor rehabilitadora de bienes que no son de su titularidad. Pretensión ésta que no puede ser aceptada en modo alguno.

En todo caso, y en relación a esta queja, debemos hacer las siguientes valoraciones: En primer lugar hay que cuestionarse la efectividad del régimen jurídico de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía en cuanto a la conservación y a la restauración y la correcta aplicación del mismo¹⁹¹. Nos referimos al trámite de visado del Proyecto de Conservación que ha de realizar la Consejería de Cultura con el fin de garantizar su adecuación a los criterios y normas aplicables en materia de restauración y conservación¹⁹². En el caso de actuaciones sobre bienes inmuebles

¹⁹⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs 296 y 297.

¹⁹¹ La Conservación y restauración se encuentra regulada en los artículos 21 a 25 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía y en el artículo 47 del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico Andaluz en el que se establece la documentación que habrá de contener el proyecto de Conservación. Ver LÓPEZ BRAVO, Carlos, *“Regulación jurídica de los proyectos de conservación y restauración de bienes culturales”*, Revista de Patrimonio Cultural y Derecho, número 5, 2001, págs. 217 – 228.

¹⁹² Entre los autores que han estudiado las cuestiones relativas al artículo 39.2 de la Ley de

sometidas a previa autorización¹⁹³, dicho visado queda subsumido dentro de la autorización. A nuestro juicio, dicho trámite no se realizó de manera adecuada pues, una vez que el Ayuntamiento inicia el procedimiento de autorización para las actuaciones de conservación en el que queda subsumido el visado, la Administración autonómica debía haber supervisado que las actuaciones van a respetar, no sólo los criterios y las normas aplicables en materia de restauración y conservación, sino también el realismo histórico en sí y la autenticidad del bien objeto de la restauración.

Tengamos en cuenta que es el artículo 39.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal el que establece que en el caso de los bienes inmuebles las actuaciones encaminadas a la conservación, a la consolidación y a la rehabilitación evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. En el caso de que se añadan materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento, las adiciones deben ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas. Es interesante en este punto tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios contenidos en el artículo 39 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal. El alcance práctico de estos criterios ha encontrado un relevante testimonio en la Sentencia de 16 de octubre de 2000, dictada con relación a la intervención sufrida por el teatro romano de Sagunto¹⁹⁴ y en la Sentencia de 18 de diciembre de 2002 que define los conceptos de rehabilitación y de reconstrucción¹⁹⁵.

Patrimonio Histórico Español ver MARTÍN-RETORTILLO, L.: *“Los conceptos de consolidación, rehabilitación y restauración en la Ley del Patrimonio Histórico Español”*, en la obra colectiva *“El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al profesor Martín Mateo)”*, Tomo III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 3189 a 3194.

¹⁹³ Recordemos que están sometidas a autorización cualquier cambio o modificación que los particulares o la propia administración deseen llevar a cabo en bienes inmuebles objeto de inscripción específica o su entorno, bien se trate de obras de todo tipo, donde tienen cabida las de restauración, bien de cambios de uso o de modificaciones en los bienes muebles, en la pintura, en las instalaciones o en accesorios recogidos en la inscripción. Artículo 33 de la LPHA.

¹⁹⁴ En la fundamental sentencia de 16 de octubre de 2000, el Tribunal Supremo consagra el denominado como “principio de mínima intervención”, a tenor del cual, cualquier actuación a desarrollar sobre un bien cultural deberá tener por finalidad su conservación, consolidación o mejora, evitando su reconstrucción, salvo que con carácter excepcional se utilicen materiales originales o contemporáneos que sean reconocibles, destinados a asegurar la estabilidad o el mantenimiento de la estructura del bien histórico-artístico. Ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona. Aranzadi 2000\7777. Entre los numerosos autores que se han ocupado del tema de la reconstrucción del Teatro romano de Sagunto destacan MUÑOZ MACHADO, S.: *“La resurrección de las ruinas: el caso del Teatro Romano de Sagunto”*, Revista Urbanismo y Edificación, número 2, 2000, págs. 119 y ss; y Ed. Civitas, Madrid, 2002 y BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, *“La intervención de los bienes inmuebles del Patrimonio Histórico. La interpretación del artículo 39.2 de la Ley del Patrimonio*

Volviendo de nuevo al asunto de la queja presentada ante el Defensor del Pueblo Andaluz, valoramos que la Administración cultural autonómica no hizo uso de la facultad, que le atribuye el artículo 24 de la LPHA, de inspeccionar en todo momento el desarrollo de las labores de conservación. A nuestro juicio dicha facultad debería de ser ejercida con más rotundidad y muy especialmente en aquellos casos en los que la Consejería puede eximir del requisito previo del visado¹⁹⁶, y en aquellas actuaciones que debido a circunstancias de riesgo grave para las personas o los bienes del Patrimonio histórico, las labores de conservación quedas exceptuadas del requisito de Proyecto de Conservación¹⁹⁷.

Junto a la incorrecta ejecución del trámite del visado del Proyecto de Conservación y el incumplimiento de la facultad de inspección que tiene atribuida la Comunidad Autónoma, tenemos que considerar incorrecto la actuación de la Consejería de Cultura en una cuestión más: la orden de paralización, pues, aún habiendo sido oportuna, no es aceptable que se tardara seis meses desde que se inició la investigación hasta que se ejecutó la orden de paralización, por entender que en ese período de tiempo se habían podido acometer actuaciones que hubiesen podido irrogar un perjuicio de difícil o imposible reparación para el Patrimonio Histórico.

Por otro lado, una muestra de las actuaciones que ocasionalmente realizan los Ayuntamientos, directamente a través de su personal obrero o a través de contrataciones, en los bienes que integran su Patrimonio Histórico sin la necesaria

Histórico Español por la Sentencia del TS de 16 de octubre de 2000. La ilegalidad del Proyecto de Restauración y Rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto”, RAAP número 40/2000, págs. 133 – 150. Este artículo es especialmente interesante por cuanto reflexiona sobre la cuestión trascendental de la ejecución de la Sentencia respondiendo a los siguientes interrogantes: ¿es posible jurídica y materialmente dicha ejecución? ¿cómo se puede llevar a puro y debido efecto la anulación del Proyecto de Restauración y Rehabilitación del Teatro de Sagunto?

¹⁹⁵ La sentencia de 18 de diciembre de 2002 define los conceptos de rehabilitación y de reconstrucción aplicados al patrimonio histórico, al señalar en su Fundamento de Derecho Décimo: “El artículo 39.2 de la Ley 16/1985, expresamente autoriza la rehabilitación de los bienes inmuebles y no su reconstrucción. La rehabilitación implica la posibilidad del previo desmontaje o demolición, siempre que esos mismos elementos previamente desmontados sean reintegrados en el mismo lugar de ubicación y sin añadidos o agregados que desnaturalicen el contenido original o primitivo del inmueble, mientras que la reconstrucción supone esa adición de elementos nuevos y distintos como parte integrante del propio bien. Parece indudable que la propia rehabilitación del inmueble en los términos expresados, simplemente supone una técnica de conservación y mejora expresamente autorizada en el artículo 39”.

¹⁹⁶ Artículo 23.2 de la LPHA.

¹⁹⁷ La situación de emergencia debe acreditarse mediante Informe suscrito por profesional competente que será puesto en conocimiento de la Consejería de Cultura antes de iniciarse las actuaciones. Al término de la intervención debe acreditarse Informe descriptivo de su naturaleza, alcance y resultados. Dichas intervenciones han de limitarse a las actuaciones que resulten estrictamente necesarias. Artículo 25 de la LPHA.

supervisión de la Administración Cultural, la encontramos en la *queja 95/3246*¹⁹⁸. En ella, un particular denunciaba las obras que se estaban realizando por parte de un Ayuntamiento con el fin de facilitar el acceso al Castillo mudéjar existente en la localidad de Segura de la Sierra (Jaén).

El interesado denunciaba que dichas obras habían ocasionado la destrucción parcial de la muralla árabe existente, en un tramo de unos 20 m. aproximadamente, estando previsto el derribo de otra parte de la muralla. Asimismo, se denunciaba el sepultamiento de construcciones o posibles pasadizos árabes, sin que éstos hubieran sido declarados a las autoridades culturales.

El reclamante solicitaba la paralización total de las obras, optándose por el abandono del proyecto, o bien por otra solución, que respetase el legado cultural de una Villa declarada conjunto Histórico-Artístico. El Defensor del Pueblo admitió a trámite la queja y solicitó informe a la Delegación Provincial de Cultura. En el informe recibido se comunicaba que a raíz de la denuncia del interesado, se había ordenado al Ayuntamiento la paralización de las obras de la carretera de acceso al Castillo de dicha localidad. Posteriormente, el Ayuntamiento había remitido un nuevo proyecto en el que se recogían diversas modificaciones respecto del original y se incluía un informe de impacto ambiental, solicitando la legalización de las obras. Dicho proyecto fue informado favorablemente por la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico, autorizándose a continuación la ejecución de las obras.

El caso relatado es una muestra de las actuaciones que ocasionalmente realizan los Ayuntamientos en los bienes que integran su Patrimonio sin la necesaria supervisión de la Administración Cultural. Asimismo, el expediente nos permite constatar la importancia y efectividad que tienen las denuncias de los particulares sobre posibles actuaciones contradictorias con la legislación que protege al Patrimonio Histórico, una efectividad que depende de que las denuncias sean atendidas con la celeridad y el rigor necesarios por parte de la Consejería de Cultura.

¹⁹⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1995, págs 280 y 281.

2.2.5. El incumplimiento de los Entes Locales en sus deberes de información y solicitud de previa autorización a la Consejería de Cultura para la ejecución de obras que afecten a bienes culturales o a sus entornos protegidos

El Defensor del Pueblo Andaluz ha reiterado la necesidad de que las Entidades Locales tomen conciencia de las obligaciones que les competen en el ámbito de la protección de los Bienes Culturales que integran nuestro Patrimonio Histórico y radican en sus respectivos territorios.

Asimismo ha reiterado el llamamiento para que se produzca un cambio radical en la posición de los Ayuntamientos andaluces respecto de sus propios Bienes Culturales, caracterizada hasta la fecha por una cierta ambivalencia, ya que, junto a la exhibición orgullosa de su riqueza patrimonial como seña de identidad de la localidad, se detecta una cierta reticencia a asumir como propia la responsabilidad respecto de la conservación, mantenimiento y puesta en valor de dichos Bienes¹⁹⁹.

Son frecuentes las quejas procedentes de responsables políticos de algún Ayuntamiento, denunciando el mal estado de conservación de determinados Monumentos o Bienes Culturales radicados en su territorio, e imputando dicha situación a la desidia de la Administración cultural autonómica. Este tipo de denuncias resulta ciertamente sorprendente por cuanto, aunque es evidente que la Administración cultural autonómica ostenta importantes responsabilidades en orden a velar por la integridad y buen estado de conservación de los Bienes Culturales andaluces, no es menos cierto que los Ayuntamientos son directamente responsables de la conservación y mantenimiento de cuantos Bienes se encuentren dentro de su término municipal. Dándose la circunstancia de que en las quejas recibidas desde las Corporaciones Municipales rara vez se hace referencia a las actuaciones desarrolladas por dichas Administraciones para garantizar el buen estado de conservación de los Bienes en cuestión.

A resultas de ello es imprescindible para una correcta protección del Patrimonio Histórico que los responsables políticos de los Entes Locales tomen clara conciencia de que la responsabilidad principal en aras a que los Bienes Culturales que integran o puedan llegar a integrar su patrimonio presenten unas condiciones dignas de conservación y sean puestos en valor, recaer de forma directa sobre las propias Corporaciones Locales. Todo ello, sin perjuicio de que puedan reclamar la

¹⁹⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 270-273.

colaboración de la Administración cultural autonómica para la realización de aquellas labores de restauración o conservación de Bienes que demanden unas inversiones que excedan de la capacidad económica de las, siempre exhaustas, arcas locales.

Es importante que los Ayuntamientos andaluces cumplan, de forma estricta, con las obligaciones que la vigente normativa cultural les atribuye en relación con los Bienes que integran su Patrimonio. En particular, por lo que se refiere al cumplimiento de los deberes de información y solicitud de previa autorización a la Consejería de Cultura para la ejecución de obras que afecten a Bienes Culturales o a sus entornos protegidos.

A este respecto, debemos señalar que son varias las ocasiones en que del estudio de las quejas presentadas al Defensor del Pueblo Andaluz hemos podido constatar que los Ayuntamientos andaluces obvian estos deberes de información y solicitud de previa autorización en relación con expedientes de obras a acometer en Bienes protegidos o en los entornos de los mismos. Un incumplimiento que, no sólo dificulta la labor de vigilancia y tutela sobre estos Bienes que ostenta la Administración autonómica, sino que además puede ocasionar perjuicios a los derechos e intereses de las propias Entidades Locales y de los terceros implicados, al estipular el ordenamiento jurídico la ilegalidad de las obras realizadas al amparo de licencias concedidas sin respetar el procedimiento legalmente establecido.

Una muestra clara de lo que denunciarnos, lo encontramos analizando el expediente de *queja 97/3918* que se inició tras recibirse un escrito del representante de una Asociación Cultural de una localidad en el que solicitaba el amparo del Defensor del Pueblo Andaluz para que por parte del Ayuntamiento y de una empresa pública, no se modificase de forma importante un espacio público de esa ciudad, constituido por una plaza, que se encontraba en el entorno de una Iglesia cuya declaración como Bien de Interés Cultural se encontraba en tramitación, habiéndose publicado ya el acuerdo de incoación²⁰⁰. Con anterioridad al escrito de queja, la Asociación a la que pertenecía el interesado, había presentado una denuncia ante la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, basada en el incumplimiento del artículo 33.1 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía, que requiere la previa solicitud de autorización a la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico, para la modificación de un Bien de Interés Cultural y su entorno.

²⁰⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 270 a 273.

El Defensor del Pueblo Andaluz solicitó, con la urgencia que demandaba el caso, el oportuno informe a la Delegación Provincial de Cultura del que se pudo comprobar que eran totalmente ciertas las denuncias presentadas por el interesado en la queja. En efecto, en dicho informe se ratificaba que el Ayuntamiento había aprobado el proyecto de obras en la citada plaza, y se proponía acometer las mismas, sin solicitar previamente el preceptivo informe de la Delegación Provincial de Cultura. Conocida esta situación por la Delegación, merced a la denuncia que los interesados y del Defensor, se había procedido, por parte de la misma a solicitar del Ayuntamiento telefónicamente, y obviando el principio de actuación por escrito de las Administraciones públicas que establece el artículo 55 de la Ley 30/1992, la confirmación de su veracidad y, comprobada la misma, se había requerido de la Entidad Local el envío de la documentación oportuna para su examen por la Comisión de Patrimonio. Asimismo, pocos días después se había dirigido un escrito al Ayuntamiento ordenándole la paralización de las obras hasta que la Comisión se hubiera pronunciado al respecto.

Finalmente, tras examinar la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico, con una celeridad realmente inhabitual, el proyecto presentado por el Ayuntamiento, se había emitido un informe favorable al mismo, que posibilitó la autorización por la Delegación Provincial de las obras en cuestión.

Aunque el Defensor del Pueblo, archivó el expediente a la vista de la información recibida, no dejó de indicar a la Delegación Provincial que no se podía obviar que por parte del Ayuntamiento se había incurrido en un claro incumplimiento de lo prevenido en la Ley 1/1991 de 3 de julio de Patrimonio Histórico de Andalucía, por cuanto no se había solicitado a la Administración Cultural de la Junta de Andalucía la preceptiva autorización para la ejecución del proyecto de remodelación de la plaza. En este sentido, hizo una llamada de atención a la Delegación Provincial sobre dicho incumplimiento, a la vez que solicitó del citado organismo que adoptase las medidas que procedieran en aras a exigir el cumplimiento de la legalidad y a evitar que actuaciones como ésta se sucedieran en el futuro.

Un ejemplo de la adopción de las medidas oportunas para exigir la legalidad en la protección del patrimonio histórico por parte de la administración cultural autonómica lo encontramos en la *queja de oficio 95/2476* que se abrió al tener conocimiento el Defensor del Pueblo Andaluz de la denuncia que había formulado una asociación ecologista de que el Ayuntamiento de Alanís (Sevilla) estaba realizando varias obras, consistentes en el refuerzo de los muros, apertura de orificios para acometida de aguas y excavación en el patio de armas, en el Castillo de la

localidad, declarado Bien de Interés Cultural, no contando para ello con ninguna autorización de la Consejería de Cultura²⁰¹.

Tras interesar el preceptivo informe a la Dirección General de Bienes Culturales, ésta dio cuenta de las actuaciones llevadas a cabo ante las obras efectuadas por el Ayuntamiento de Alanís en el citado inmueble, sin contar con la preceptiva autorización de las autoridades culturales. La Dirección General de Bienes Culturales comunicaba que el Arquitecto Municipal había remitido a la Dirección General el reformado del Proyecto de Rehabilitación. Ésta había dictado una Resolución declarando ilegales las obras, ordenando su demolición y el apuntalamiento de la muralla y consolidando la esquina derrumbada para darle estabilidad, incoándose expediente sancionador por el incumplimiento de la ejecución de la orden de paralización de las obras dictadas por la Consejería²⁰². Aunque el Ayuntamiento había recurrido ante la Consejera de Cultura tal resolución, finalmente, la Consejería desestimó el recurso, por lo que la resolución devino firme²⁰³.

Frente a esta actuación correcta de la Consejería de Cultura en la que tras conocer un infracción inicia la oportuna actuación de incoar expediente sancionador, el Defensor del Pueblo Andaluz exigía de la Dirección General de Bienes Culturales

²⁰¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 176 y 177.

²⁰² El artículo 112.2 de la LPHA tipifica como infracción grave la realización de obras o actuaciones de cualquier clase que afecten a inmuebles inscritos en el Catálogo el otorgamiento de licencias, aprobaciones o autorizaciones de cualquier tipo para la realización de actuaciones que afecten a inmuebles inscritos en el Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz o en su entorno, sin que previamente se haya emitido las autorizaciones de la Administración de Cultura exigidas por los artículos 33, 34 y 35 de la Ley para las mismas o en contra de los condicionantes que en su caso se impusiera. Será infracción grave, siempre que la actuación no deba reputarse como muy grave en relación a los bienes culturales de acuerdo con lo previsto en el artículo 111.

²⁰³ En cuanto a la responsabilidad de los Ayuntamientos, es ejemplar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de noviembre de 2002. En esta Sentencia el Tribunal declara conforme a derecho la sanción impuesta a un Ayuntamiento por haber llevado a cabo obras de nueva planta en un lugar situado dentro de la delimitación del Conjunto Histórico-Artístico de la ciudad, sin la preceptiva autorización de la Administración cultural. La Sala, considerando que la resolución sancionadora se adopta en el ejercicio legítimo de la competencia y potestad atribuida a la Administración autonómica, tras el procedimiento adecuado, establece que ha quedado acreditada la conducta sancionada, la realización de obras sin la autorización previa de la autoridad cultural, porque, no habiéndose aprobado en este caso el plan especial de protección del área afectada por la declaración de conjunto histórico, que el artículo 20 Ley de Patrimonio Histórico Estatal obliga a redactar a los municipios, y cuya aprobación exige el informe favorable de la Administración competente, lo cual hubiese permitido prescindir de la autorización administrativa que en este caso no se obtuvo, por lo tanto, se mantenía el sistema de doble autorización, por lo que sea cual fuere la persona, física o jurídica, pública o privada, incluida el Ayuntamiento, debía de obtener la autorización del órgano cultural competente. Ponente: Antonio Moreno Andrade. EDJ 2002/71588.

que efectivamente procediera, apartándose de una actuación omisiva, a ejecutar la resolución para la adecuada protección del citado BIC²⁰⁴.

Ya hemos visto como el Defensor del Pueblo Andaluz, en *queja de oficio* 95/2476 valoraba muy positivamente el inicio de un expediente sancionador de la Consejería de Cultura contra un Ayuntamiento, pues igual valoración positiva hacen

²⁰⁴ Las infracciones y sanciones administrativas junto con el procedimiento sancionador están reguladas en el Título XII de la LPHA y en el Título VIII del Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía. Sobre la obligación de solicitar la preceptiva autorización a la Administración de Cultura en el caso de realizar obras en Bienes integrantes del Patrimonio Histórico y en caso de incumplimiento la respuesta sancionadora, es interesante que traigamos a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1999 y el Voto Particular a dicho fallo que formuló el Magistrado D. Fernando Ledesma Bartet. Un vecino de Santillana del Mar realizó en un edificio de su propiedad obras al amparo de una licencia municipal que autorizaba para sustituir el tejado de un almacén de madera. Aunque Santillana del Mar está declarada Conjunto Histórico Artístico, hallándose el inmueble afectado por esa declaración, las obras han sido ejecutadas sin autorización de los órganos de la Diputación Regional de Cantabria competentes para la defensa del Patrimonio Histórico Español. Denunciándose la falta de tal autorización ante dicho órgano, habiéndose tramitado expediente en el que se formuló el correspondiente pliego de cargos según el cual “las obras presuntamente realizadas podían constituir una infracción de los artículos 19, 20 y 23 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que pudieran dar lugar a la imposición de sanciones administrativas recogidas en el artículo 76 de la citada Ley”, y habiéndose recogido en dicho expediente un informe que fue emitido por la Consejería de Cultura, Educación y Deporte de aquella Diputación Regional de Cantabria, en el cual se afirmaba que “indudablemente dicha construcción afecta al entorno de dicho Palacio” y que “dicha construcción vulnera preceptos del Código Civil; del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978; y los artículos 19 y 20 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal”, el expediente administrativo concluyó con los acuerdos del Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria por los que se acordaba sobreseer el expediente sin adoptar contra el denunciado medida alguna. No obstante se afirmaba en el considerando 3º de la propuesta de resolución que existía desde luego una infracción prevista en el artículo 76 de la Ley; pero que el ejecutor de la obra había obtenido licencia del Municipio, por lo que acaso sería el Ayuntamiento de Santillana del Mar el infractor de la Ley al haber otorgado licencia sin la previa autorización a que se refiere el artículo 22 de tan repetida Norma. Interpuesto recurso Contencioso administrativo contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno, fue desestimado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, frente a la cual se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Supremo que también fue desestimado.

En presencia de los hechos relatados, el Magistrado Ledesma Bartet, discrepando de la resolución del Tribunal Supremo, afirmó en el voto particular que suscribió que el expediente administrativo seguido en virtud de la denuncia debió concluir apreciando la vulneración de los artículos 19.1 y 20.3 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal, determinante de la infracción tipificada en el artículo 76.1.e) de la misma Ley, a cuyo régimen jurídico remite su Disposición Adicional Primera, pues se han ejecutado unas obras sin que el ejecutor de las mismas haya solicitado ni obtenido la preceptiva autorización de los órganos competentes de la Diputación Regional de Cantabria para la protección de un Conjunto Histórico -el de Santillana del Mar- y de otro bien de interés cultural que es, repetimos, el “Palacio A.”, autorización que es distinta y concurrente con la licencia municipal, no pudiendo concederse esta última, la municipal, en tanto no acredite el interesado ante los órganos municipales la obtención de aquella otra autorización. La infracción se consume por el simple hecho de realizar las obras sin la debida autorización, como se desprende del artículo 76.1 e) citado, sin que además sea preciso acreditar un especial y determinado perjuicio al Patrimonio Histórico Artístico. Dicha infracción es imputable al particular que ejecutó las obras sin perjuicio de la concurrente responsabilidad que haya podido incurrir el Ayuntamiento.

los órganos judiciales de esta cuestión. Así, la Sentencia de 26 de diciembre de 2001, dictada por la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía afirma la procedencia de seguir un procedimiento sancionador, puesto que lo que se hace es perseguir una conducta infractora procedente de una persona jurídica pública, que conforme al artículo 130 de la Ley 30/92, puede ser responsable de un ilícito, cuando se separa de los mandatos legales, en concreto los contenidos en la Ley de Patrimonio Histórico Estatal, que como tal obliga y sujeta a todos, incluido claro está los poderes públicos²⁰⁵. Ante ello no procede más que el procedimiento sancionador, y ello porque el Ayuntamiento no obra en el ejercicio de las competencias que le vienen atribuidas, sus actos de ejecución de obras sobre un edificio protegido sin autorización no se incardina en el ejercicio de la actividad o el servicio que le es propio.

Cierto que en las relaciones entre las Administraciones públicas se establece un régimen especial, y así se prevé en el artículo 4 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, que las Administraciones públicas en el desarrollo de su actividad y en sus relaciones recíprocas deberán: respetar el ejercicio legítimo de las demás Administraciones, ponderar la totalidad de los intereses públicos implicados, facilitar información y prestar cooperación y asistencia efectivas. Y que con la promulgación de la Constitución se reconoce plena autonomía a los municipios y provincias para la gestión de sus intereses, tal y como indica el artículo 137 de la Constitución y reitera respecto de los municipios el artículo 140 y en el artículo 1 de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/85, de 2 de abril, consagra el principio de autonomía al expresar que *“los municipios son entidades básicas, de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos, que institucionalizan y gestionan con autonomía los intereses propios de las correspondientes colectividades”*. Con todo, y dado que la autonomía no es soberanía, existe un control de tutela del Estado y de las Comunidades Autónomas

²⁰⁵ La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de diciembre de 2001 confirmó una sanción como consecuencia de las obras realizadas en un convento declarado Bien de Interés Cultural, al estar situado en el casco antiguo declarado Conjunto Histórico. La Sala confirma la sanción impuesta al Ayuntamiento, toda vez que para la realización de obras en los bienes de interés cultural es preciso, no sólo la licencia urbanística de competencia municipal, sino la autorización de la autoridad competente en materia cultural, al no existir un plan especial aplicable a los bienes en cuestión. Además, y en esto el Tribunal intensifica la gravedad del comportamiento del Ayuntamiento, pues para aquél la actuación municipal, con las gravísimas consecuencias constatadas para el edificio y las notables pérdidas que se produjeron, no eran actos para evitar el deterioro, pérdida o destrucción, sino que llevó a cabo actos ajenos a dicha finalidad incluso en contra de la expresa voluntad de la Administración competente, haciendo caso omiso hasta a las órdenes de paralización de las obras, aunque finalmente llegaron a paralizarse. Ponente: José Antonio Montero Fernández. EDJ 2001/74371.

que se manifiesta en la facultad del Estado y CCAA de interponer recurso contencioso administrativo, contra actos de la Administración Local, en los supuestos de infracción del ordenamiento jurídico, cuando menoscaben competencias del Estado o CCAA o cuando adopten acuerdos que atenten al interés general.

Ocurre, sin embargo, que cuando los actos de los Ayuntamientos no son manifestaciones del ejercicio competencial que le viene atribuido, sino actos transgresores del orden jurídico deben ser depurados mediante el procedimiento adecuado, que no es otro que el sancionador.

2.2.6. La falta de conservación de un Bien de Interés Cultural

La *queja 9319783*, tramitada por el Defensor del Pueblo, exponía que el convento de San Antonio el Real de Segovia, declarado monumento histórico-artístico de carácter nacional por Decreto de 3 de junio de 1931, se encontraba en lamentable estado de conservación sin que las autoridades administrativas competentes hubieran adoptado medida alguna en orden a su debida protección y recuperación²⁰⁶. Trasladada la queja al Ayuntamiento de Segovia y al Director General de Patrimonio y Promoción Cultural de la Junta de Castilla y León, este último envió al Defensor del Pueblo los datos, acerca de las últimas inversiones en obras realizadas por la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el citado convento, pero estos datos no permitían contrastar los supuestos que el formulante de la queja denunciaba respecto al hipotético deficiente estado de conservación de este monumento. Es por ello que el Defensor del Pueblo no dio por válido el Informe. Sin embargo, la corporación municipal remitió un informe del que se deducía la necesidad de acometer, con carácter prioritario, diversas actuaciones concretas de recuperación y protección sobre el citado monumento, y en especial sobre el importante artesanado de madera existente en la capilla, donde a causa de las goteras se apreciaba el desprendimiento parcial de sus escudos. Asimismo, era urgente actuar sobre los muros que configuran las edificaciones adosadas al segundo claustro, que debido a las grietas se encontraban en estado crítico, y finalmente también en la espadaña o torre de ladrillo del convento, cuyo avanzado estado de degradación estructural podría provocar su vuelco.

Adoptadas las oportunas medidas precautorias por el Ayuntamiento de Segovia desde la perspectiva del planteamiento urbanístico través de la aprobación

²⁰⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, págs. 852 y 853.

del “Plan Especial de Protección Histórico-Artístico del Paisaje y Reforma Interior de San Antonio El Real”, desde la mencionada Administración local se manifestó la mejor disposición para cooperar con la Junta de Castilla y León, en cumplimiento de lo establecido en la Ley 16/1985, de 25 de junio, en lo que respecta a la adopción de las actuaciones precisas para la adecuada conservación del repetido monumento, para lo cual se había dirigido a la Comisión Territorial del Patrimonio Cultural de la Dirección General de Patrimonio y Promoción Cultural de la Junta de Castilla y León un informe denunciando la situación del convento de San Antonio El Real y ofreciendo la ayuda técnica y administrativa necesaria a la mencionada comunidad autónoma para llevar a cabo las labores precisas de recuperación.

Los datos recabados tras la tramitación de esta queja, así como las obligaciones que a la Junta de Castilla-León le incumben respecto al deber de proteger el monumento de referencia, por ser integrante del patrimonio histórico español, motivaron que el Defensor del Pueblo formulara una sugerencia a la Dirección General de Patrimonio y Promoción Cultural de la Consejería de Cultura y Turismo de la Junta de Castilla y León, en orden a que fueran adoptadas de inmediato las precisas medidas de conservación, consolidación y rehabilitación del convento de San Antonio el Real, siendo ésta aceptada de forma expresa pero advirtiendo que por problemas presupuestarios no podía ser acometida la oportuna intervención, por un importe previsto aproximado a diecisiete millones de las antiguas pesetas, hasta el ejercicio presupuestario de 1995.

Además de ello el organismo autonómico indicaba que si existiera alguna actuación de emergencia inminente en el monumento daría las órdenes oportunas a los propietarios para que acometieran las actuaciones oportunas a su costa. En respuesta a lo anterior el Defensor del Pueblo valoró positivamente la aceptación de la sugerencia, lamentando no obstante que su cumplimiento no pudiera ser inmediato a causa de los límites presupuestarios, sin embargo, respecto a las órdenes de ejecución hizo el recordatorio de deberes en orden a la ejecución subsidiaria de la Administración de las actuaciones exigidas de conservación, mantenimiento y custodia cuando los propietarios o los titulares de derechos reales no las ejecuten.

El Defensor del Pueblo Andaluz tuvo conocimiento del pésimo estado de conservación en que se encontraba el Palacio de Purullena, en El Puerto de Santa María (Cádiz). El Palacio había sido declarado Bien de Interés Cultural por la Junta de Andalucía en 1994 y estaba llegando a una situación de práctica ruina total. Por

esta razón abrió de oficio la *queja 97/3907*²⁰⁷. En la investigación se conoció que existía un compromiso de la Comunidad Autónoma de acometer las necesarias obras de restauración, con objeto de destinarlo a sede de la “Fundación Luis Goytisolo” y que, incluso, existía dotación presupuestaria a estos efectos, lo que habría permitido la adjudicación del proyecto.

Por ello, interesó el preceptivo informe a la Dirección General de Bienes Culturales, de la Consejería de Cultura, para conocer las razones de la falta de aprobación y adjudicación del proyecto de restauración del citado Palacio de Purullena y, en caso de existir disponibilidad presupuestaria para iniciar los trámites conducentes a la restauración, cuál era la razón de que, ante la situación que presentaba el inmueble, no se iniciaran con urgencia los mismos. En su informe, la Dirección General daba cuenta del estado en que se encontraba el palacio y de las actuaciones que había realizado en el mismo. Igualmente, reconocían su preocupación por el estado en que se encontraba el palacio y su disposición a aportar fondos para su arreglo, pero ello a través de la firma de un convenio con los titulares del palacio. El problema radicaba en que el proyecto que habían enviado, incluso ya en dos ocasiones, la Fundación Luis Goytisolo, propietaria del mismo, para su arreglo adolecía de varios fallos, entre ellos que olvidaban zonas que los técnicos de la Dirección General consideraban que las actuaciones de conservación eran urgentes. Por ello, habían trasladado a la Delegación Provincial de Cultura en Cádiz, a los titulares del inmueble y a las Instituciones locales los criterios de actuación para que se reformara el proyecto técnico que permitiera iniciar las obras y su ejecución, con la seguridad técnica y procedimental correcta, así como las condiciones de cooperación institucional para la firma del convenio de cooperación entre todas las partes para asegurar el proyecto de conservación y restauración, así como los usos futuros culturales, del inmueble.

Durante la tramitación del citado expediente de queja de oficio el Defensor del Pueblo Andaluz se dirigió a todas las partes (Dirección General de Bienes Culturales, Ayuntamiento de El Puerto de Santa María y Fundación Luis Goytisolo) para que le informaran del estado de tramitación del proyecto y todas le indicaban una posición claramente contradictoria entre ellas, pues la Fundación señalaba que necesitaba una subvención de Cultura para redactar un proyecto de obras de rehabilitación y la Consejería de Cultura mantenía que para otorgar una subvención se le debía remitir un proyecto de obras. Frente a esta situación, el Defensor del

²⁰⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 141-143.

Pueblo Andaluz optó, desarrollando funciones de mediador, por reunir en su sede a todas las partes implicadas en el conflicto con el objetivo de que se llegara a compromisos concretos entre la Consejería de Cultura, el Ayuntamiento de El Puerto de Santa María y los representantes de la Fundación Luis Goytisolo.

La entrevista se mantuvo con los representantes de las tres partes (el Director General de Bienes Culturales, el Teniente Alcalde Delegado de Cultural del Ayuntamiento de El Puerto de Santa María y el Secretario de la Fundación Luis Goytisolo) y en ella, todos dieron su posición: el Ayuntamiento estaba dispuesto a subvencionar a la Fundación para la redacción del proyecto con 15 millones de pesetas y la posibilidad de nuevas aportaciones en futuros ejercicios; la Fundación dijo que carecía de recursos económicos para afrontar los gastos de redacción del proyecto y las obras posteriores, por lo que aportaban el inmueble, el archivo del palacio, el mobiliario y la biblioteca de Luis Goytisolo. En cuanto al proyecto, consideraban más viable la rehabilitación en tres fases: la primera en la crujía principal, lo que permitiría iniciar las actividades de la fundación y el Director General de Bienes Culturales manifestó que la Junta de Andalucía ya había invertido 35 millones de pesetas en el palacio, que era de titularidad privada. Estaban dispuestos a financiar la redacción del proyecto entre los ejercicios 2000 y 2001.

Finalmente, se decidió que fuera el Ayuntamiento el que financiara la primera parte de los gastos de redacción del proyecto y que la Dirección General centrara su aportación en la gestión conjunta con el arquitecto encargado de redactar el proyecto para garantizar su viabilidad y aprobación.

En cualquier caso, el coste global del proyecto ascendía a 650 millones de pesetas, por lo que la Dirección General dejó muy claro que con su presupuesto le era imposible subvencionar las obras, lo que obligaba a la fundación a que recabara los medios financieros a través de otros cauces. Tras ello, todas las partes estaban de acuerdo en articular nuevos mecanismos para encauzar las actuaciones posteriores que permitieran el comienzo de las obras que el proyecto contemplara.

Finalmente, la Dirección General de Bienes Culturales comunicó que había realizado una propuesta de convenio de colaboración destinada a la redacción de un proyecto de restauración global del Palacio de Purullena, aportando diez millones de pesetas a tales efectos. Estaban pendientes de la respuesta de la Fundación a esta propuesta, puesto que el Ayuntamiento la había acogido favorablemente. Posteriormente, el secretario de la Fundación también informó de la propuesta de convenio que les había remitido la Dirección General de Bienes Culturales y que la Junta del Patronato de la Fundación había aprobado.

Todo ello llevó a la institución a estimar que, en principio, se estaban dando los pasos pertinentes en orden a la restauración de este Bien de Interés Cultural, por lo que, ofreciendo nuevamente su colaboración si se estimaba necesario en el futuro, el Defensor del Pueblo Andaluz dio por concluidas sus actuaciones en la tramitación del expediente de queja.

Este proceder es un buen ejemplo del talante conciliador y de diálogo de la institución del Defensor del Pueblo Andaluz al propiciar lugares de encuentro entre las Administraciones públicas y los agentes sociales. Con ello, los principios de cooperación, eficacia y servicio al interés público que han de inspirar la actuación de las Administraciones Públicas han encontrado un efectivo agente incondicional.

En la tramitación de otras quejas, se pone de manifiesto que la existencia de un convenio o acuerdo entre las Administración públicas no es suficiente si no se llevan a término. Este es el caso de la *queja 9022755* y la *queja 0200932*.

La primera queja se formuló por una asociación cultural que planteaba los problemas de coordinación existente entre las Administraciones estatal, autonómica y municipal en cuanto a la rehabilitación del mercado del Este de Santander²⁰⁸. Tras la investigación llevada a cabo por el Defensor del Pueblo se constató que la actuación tanto del Ministerio de Cultura, en cuanto a la declaración de bien de interés cultural del Mercado del Este, como de la Consejería de Cultura, Educación y Deporte de la Diputación Regional de Cantabria y del Ayuntamiento de Santander había sido correcta en cuanto a la rehabilitación y conservación y que estos dos últimos organismos, tras la negociación correspondiente, habían procedido al cierre y limpieza del edificio consignando un crédito aproximado a cuarenta millones de pesetas en los presupuestos de la comunidad autónoma para el proyecto de rehabilitación. Sin embargo, con posteriormente se constató que las obras de rehabilitación del mercado habían sido abandonadas, no aplicándose el presupuesto y que por ello se estaba produciendo un enorme deterioro.

La segunda queja citada se presentó a instancias de la Asociación de Amigos de la Casa de la Moneda de Segovia, denunciando la situación de abandono a que estaba sometido el Real Ingenio de la Moneda o Casa de la Moneda de Segovia, fundado en 1583 por Felipe II y obra de Juan de Herrera, a consecuencia del cual se estaban produciendo deterioros que pudieran ser irreparables en un inmueble

²⁰⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, pag. 686 e Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pag. 755.

declarado Bien de Interés Cultural, y todo ello a pesar de la existencia desde 1998 de un protocolo de colaboración entre el Ayuntamiento de Segovia, la Junta de Castilla y León, el Ministerio de Fomento y el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para llevar a cabo las actuaciones precisas para su conservación y restauración²⁰⁹.

Con el fin de conocer las actuaciones llevadas a cabo en el marco del protocolo de colaboración de todas las Administraciones implicadas, para abordar de forma definitiva la rehabilitación y reparación del inmueble citado, el Defensor del Pueblo solicitó los oportunos informes, de los que resultó que por el Ayuntamiento de Segovia se había aprobado en junio de 2002 una memoria valorada de actuaciones urgentes de la que se derivaban una serie de actuaciones, entre las que destacaban las que le correspondían a la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León para paliar el deficiente estado de conservación del inmueble, en tanto en cuanto no se abordaran las obras de la definitiva rehabilitación, competencia éstas del Ministerio de Fomento.

Del informe remitido por la Subsecretaría de Fomento, el Defensor del Pueblo interpretó que la restauración definitiva de la Casa de la Moneda de Segovia se encontraba pendiente de la redacción del proyecto de ejecución que fue adjudicado por concurso en octubre de 2002, por un plazo de realización de seis meses, posteriormente prorrogado por otros seis meses más, a instancias de los arquitectos que alegaban la ausencia de los estudios patológico y arqueológico precisos para ello, cuya realización le correspondería a la Dirección General de la Vivienda, Arquitectura y Urbanismo del propio Ministerio. La necesidad de estos estudios fue puesta de manifiesto a finales de 1999 por los arquitectos, determinando esta circunstancia, a juicio del Defensor del Pueblo, que la demora era achacable al Ministerio de Fomento, y así se lo puso de manifiesto, toda vez que ya sabía desde hace cuatro años de la necesidad de contar con los repetidos estudios para cuya ejecución ha habido que instrumentar ahora una prórroga de seis meses del plazo del proyecto de ejecución de las obras.

²⁰⁹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs. 1343-1345.

2.2.7. La Descoordinación Administrativa, la falta de resolución expresa y la infracción urbanística en la Protección de un Bien de Interés Cultural

La *queja 98/1092* y la *queja 98/1093*, se iniciaron como consecuencia de escrito que remitieron al Defensor del Pueblo Andaluz dos propietarios de un inmueble en la zona denominada El Cantal Bajo del municipio malagueño de Rincón de la Victoria²¹⁰. Los interesados afirmaban que, desde el pasado mes de Octubre de 1997, venían remitiendo escritos a diversos Organismos, entre otros a la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura de Málaga, por lo que consideraban una posible infracción urbanística y contra la debida protección patrimonial de un BIC, como consecuencia de la construcción de un chalé junto a la Torre Vigía declarada bien de Interés Cultural, dado que, a su juicio, la citada construcción residencial distorsionaba y afeaba notablemente la visión de este monumento.

Como respuesta a sus denuncias, la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de Málaga les comunicó que la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo aprobó la licencia de obras por cumplir el proyecto de obras los parámetros urbanísticos legalmente establecidos; de todas formas, en aquellos momentos el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria había interpuesto recurso extraordinario de revisión contra esta resolución aprobatoria.

El Defensor del Pueblo interesó el preceptivo informe a la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes para conocer si ya se había resuelto el recurso extraordinario de revisión y, en todo caso, si a la hora de dictar la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo la resolución recurrida, se tuvo en consideración el contenido de lo dispuesto en el artículo 138 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que establecía lo siguiente: *“Las construcciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto: a) Las construcciones en lugares inmediatos o que formen parte de un grupo de edificios de carácter artístico, histórico, arqueológico, típico o tradicional habrán de armonizar con el mismo, o cuando, sin existir conjunto de edificios, hubiera alguno de gran importancia o calidad de los caracteres indicados; b) En los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación,*

²¹⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 146 – 149.

masa, altura de los edificios, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo”.

En su respuesta, el Delegado Provincial de Obras Públicas y Transportes remitió la resolución adoptada por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo por la que se desestimaba el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria.

En su investigación el Defensor del Pueblo Andaluz comprobó que la licencia autorizada por la Consejería de Obras Públicas y Transportes lo fue el 27 de Mayo de 1997, pero, sin embargo, el 21 de Mayo de 1997, la Delegación Provincial de la Consejería de Cultura en Málaga dictó resolución, por la que se acordaba “*no autorizar el proyecto de edificación en la parcela 1 de la Urbanización El Cantal del Rincón de la Victoria*”. Por ello, la institución se dirigió a la Consejera de Cultura para comunicarle que, con fecha 27 de Mayo, fue adoptada resolución por el Vicepresidente de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Málaga, autorizando la edificación que la Delegación de Cultura, ambas representantes de la Administración periférica de la Junta de Andalucía, había considerado no autorizable. Siendo así que pese a tener, en principio, la competencia específica Cultura para valorar la incidencia de la construcción en el entorno del BIC, no se había llegado a plantear por ésta conflicto de atribuciones.

Ante los hechos que motivaron la presentación de la queja y las actuaciones administrativas que se estaban produciendo el Defensor del Pueblo interesó de la Delegación Provincial de Cultura que le informara sobre las actuaciones que tenían previsto realizar para recuperar y preservar el entorno de la Torre Vigía, habida cuenta de las competencias que en este ámbito posee la Consejería y de que el ejercicio de las mismas es irrenunciable²¹¹.

La respuesta dada por la Consejería de Cultura fue en todo caso contradictoria, pues si en un principio la resolución de la Delegación de Cultura que denegaba la autorización establecía que “*el solar afectado presenta continuidad física con la Torre Vigía, por lo que queda directamente afectado por la declaración como BIC de la misma y, en definitiva, disfruta de la aplicación de igual régimen de protección al previsto para el bien declarado*”, en un segundo momento, la

²¹¹ Artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Consejera de Cultura dijo que, como paso previo, era necesario proceder a la delimitación del entorno de la Torre Vigía. Por tanto, no sólo parecía que había cambiado drásticamente el criterio y se considera que, en aquel momento, era requisito previo para actuar la delimitación formal del entorno, sino que tal cambio de actitud se realizaba sin dejar sin efecto, por el procedimiento legalmente previsto, el acto por el que se declaraba la improcedencia de la edificación, sin que, por lo demás, se dijera nada sobre las medidas adicionales que se iban, o se podían adoptar en orden a proteger el BIC. Medidas cuya adopción, en principio, de acuerdo con el propio criterio de la Delegación Provincial expuesto en la Resolución citada anteriormente se deberían haber adoptado urgentemente.

A la vista de todo ello el Defensor del Pueblo Andaluz formuló una Recomendación para que, a la mayor urgencia, la Consejera diera las instrucciones oportunas para que se adoptaran las medidas procedentes y suficientes con el fin de evitar que se consolidara la obra que se estaba ejecutando si, tal y como se desprendía de la resolución de la Delegación Provincial de Cultura de Málaga, afectaban tan negativamente al entorno de la Torre Vigía declarada BIC. Ello, sin perjuicio de continuar tramitando con mayor celeridad el expediente de delimitación del entorno²¹².

Dado que también la institución pudo comprobar que el Ayuntamiento no llegó, en ningún momento, a otorgar ni a denegar la licencia, a pesar de que se había hecho expresa denuncia de mora y a que el artículo 42 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece, de forma inequívoca, la obligación de resolver de forma expresa sobre cuantas solicitudes formen los interesados, trasladó al Ayuntamiento una serie de

²¹² Un ejemplo de tramitación de un procedimiento de delimitación del entorno posterior a la Declaración de Bien de Interés cultural lo encontramos en la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 1 de octubre de 2001 de la que fue ponente Ramón Trillo Torres, EDJ 2001/34711. En ésta se impugnaba la aprobación de la delimitación del entorno de protección del Castillo de Odena (Anoia). El Decreto de 22 de abril de 1949, sobre protección de los castillos españoles, dispuso en su artículo 1 que *“todos los castillos de España, cualquiera que sea su estado de ruina, quedan bajo la protección del Estado, que impedirá toda intervención que altere su carácter o pueda provocar su derrumbamiento”*. Posteriormente, la Disposición adicional 2ª de la Ley del Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985 estableció que se consideran bienes de interés cultural y quedan sometidos al régimen previsto en dicha Ley los bienes a que se contrae -entre otros- el Decreto de 22 de abril de 1949. De conformidad con estas previsiones normativas, por resolución del Ministerio de Cultura de 8 de noviembre de 1988 se acordó la inscripción en el registro de Bienes de Interés Cultural de una serie de castillos y edificios de arquitectura militar existentes en Cataluña, entre los que figuraba el “Castillo O. “, estableciéndose en dicha resolución que por la Comunidad de Cataluña, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11, apartado 2º, de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, deberá limitarse el entorno afectado en cada caso concreto.

consideraciones formulando Recomendación para que: a la mayor urgencia se procediera a impugnar la licencia otorgada por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo por vulneración de la normativa sobre patrimonio histórico-artístico y, en su caso, de la legislación urbanística que ha sido mencionada en este escrito y en lo sucesivo se cumpliera con la obligación legal de resolver expresamente, y en el plazo legalmente establecido, los procedimientos administrativos que se sigan en esa Corporación. Lo que, además de ser un deber de los órganos administrativos, y un derecho de los ciudadanos, puede evitar nefastas consecuencias para los intereses públicos que siempre han de estar presentes en la actuación administrativa, evitando, al mismo tiempo, la situación de riesgo para la seguridad jurídica, que se genera siempre que se produce una ausencia de resolución expresa por parte de la administración.

A la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, también trasladó una valoración sobre la forma en que habían tramitado el expediente y terminó formulando Recomendación para que, a la mayor urgencia, se adoptaran las medidas procedentes con el fin de evitar que se consolidara la obra que se estaba ejecutando si, tal y como se desprendía de la Resolución de la Delegación Provincial de Cultura en Málaga, afecta tan negativamente al entorno de la Torre Vigía declarada BIC y con este fin, se procediera a la revisión de oficio de la licencia que, en principio, había sido indebidamente otorgada al haberse vulnerado las normas urbanísticas.

Como respuesta a esas recomendaciones, ya a finales de 1998, tanto la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de Málaga, como el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria, comunicaron que se había interpuesto, por este último, recurso contencioso administrativo contra las resoluciones de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo. Por su parte el Ayuntamiento de Rincón de la Victoria comunicó que en cuanto a la falta de resolución expresa por parte del mismo, mediante el oficio del Delegado Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, se le había comunicado la subrogación en el asunto de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo, órgano igualmente administrativo, y se le había advertido, expresamente, que tenía que abstenerse de resolver el asunto desde el recibo del mismo. En el momento de recibir el mencionado oficio el expediente municipal se encontraba a la espera, entre otros, de recibir el informe solicitado sobre el asunto a la Delegación de Cultura. Finalmente, también la Consejería de Cultura indicó que la dilación en la tramitación de la respuesta vino motivada por la necesaria elaboración de estudios complementarios, la

revisión del acto formal y la preparación del expediente de incoación del Bien de Interés Cultural y su delimitación.

Una vez llegados a este punto y tras haber hecho las oportunas sugerencias, el Defensor del Pueblo Andaluz, siguiendo el dictado del artículo 17.2 de su Ley reguladora dio por concluidas las actuaciones al entender que el problema estaba sub-iudice.

La *queja 0022946*, tramitada por el Defensor del Pueblo pone de manifiesto la falta de coordinación entre Administraciones públicas y la elusión de responsabilidad por una de ellas²¹³. El escrito de queja fue presentado por un grupo municipal del Ayuntamiento de La Unión, en Murcia, debido al mal estado de conservación de la denominada “Casa del Piñón”, declarada bien de interés cultural. En el primer informe de la Consejería de Educación y Cultura de la Región de Murcia se afirmaba que desde hacía años el estado físico del inmueble era motivo de preocupación permanente, que se remontaba a 1987 cuando el inmueble fue declarado bien de interés cultural, con categoría de monumento. A pesar de esta preocupación, no se habían adoptado medidas concretas de actuación para solucionar el problema planteado y evitar la degradación paulatina y constante del inmueble.

El Defensor examinada la información que recibió valoró que se estaba produciendo una elusión de responsabilidades por parte de la Consejería de Cultura que desviaba éstas hacia otras Administraciones, como el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, del cual se decía que se estaba intentando conseguir su colaboración para la redacción del proyecto de restauración y posterior rehabilitación del inmueble, o el propio ayuntamiento unionense a quien se señalaba como responsable de acometer las obras de restauración y reparación del inmueble aun cuando con la financiación posterior de la Comunidad, y todo ello en contradicción con lo dispuesto por la Ley del Patrimonio Histórico que, en su artículo 36 establece la obligación de la Administración competente de fijar las obras de rehabilitación de un bien de interés cultural si el dueño hace dejación de sus obligaciones al respecto, lo que significa que tal actuación le corresponde a la Comunidad Autónoma que tiene atribuida la competencia exclusiva sobre el patrimonio cultural de la Región.

Durante los cuatro años de tramitación de la queja, la Consejería pretendió justificar la situación en reiteradas ocasiones a causa de las dificultades derivadas de los sucesivos cambios en la propiedad del inmueble, hasta que en un informe de

²¹³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs. 1336-1339.

mayo de 2002 se concluía que tras los involuntarios atrasos motivados por el hecho de que la Administración Regional Murciana no haya podido tener interlocutor válido ante quién plantear con la debida firmeza la restauración del edificio, se procedía finalmente por los técnicos del Servicio de Patrimonio Histórico de la Dirección General de Cultura, a valorar el costo económico real y actualizado de las actuaciones más urgentes que resultaba necesario acometer en el inmueble, para requerir su ejecución al propietario, de acuerdo con el artículo 36.1 de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español, anunciándose la voluntad de la Dirección General de Cultura de que si el propietario no procedía a la ejecución de las obras de restauración necesarias en tiempo y forma, se llevarían a cabo subsidiariamente en uso de las facultades que previene dicha Ley en su artículo 36.3, planteándose, incluso, las posibilidades legales que confiere a la Administración el artículo 36.4 respecto a la expropiación forzosa por incumplimiento de obligaciones. A pesar del tiempo transcurrido, el Defensor del Pueblo Denunció que nada de ello se había hecho y, más de un año después, se volvía a justificar la nueva dilación en el hecho de que, tras la muerte del último propietario del inmueble, se desconocía quién era el interlocutor válido entre sus herederos a la hora de seguir el trámite relacionado con la conservación del inmueble, actuación ésta para la que, además, se indicaba por la Consejería que no existía presupuesto que permitiera hacer frente a la restauración del edificio.

En consecuencia, ante la constancia de que a pesar de los años transcurridos, no se había avanzado en la solución del problema, el Defensor del Pueblo concluyó la tramitación de la queja e incluyó el asunto en su informe a las Cortes Generales dejando constancia de que siendo posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido²¹⁴.

2.3. Actuaciones de oficio sobre cuestiones de interés general

2.3.1. La falta de financiación cultural

Nuestro ordenamiento jurídico realiza un reparto competencial en materia de cultura que comporta la distribución de estas atribuciones entre la Administración Autonómica y los Entes que conforman la Administración Local, que se constituyen en los principales agentes públicos en materia de cultura. El reparto competencial

²¹⁴ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, pag. 1339.

asigna a la Administración Autonómica las funciones de ente tutelador de la Cultura, a la vez que le atribuye el papel de promotor y fomentador de las actividades culturales. Por su parte los Entes Locales se constituyen en los verdaderos protagonistas de la gestión cultural ordinaria, llevando a efecto las determinaciones básicas que fija la Consejería de Cultura.

El desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las distintas Administraciones en materia de cultura exige necesariamente de la disposición por las mismas de un importante volumen de recursos económicos, que ha de ser acorde con la importancia en cantidad y calidad de nuestro Patrimonio cultural.

No sólo las instituciones de los Comisionados Parlamentarios, sino también la doctrina, afirman que muchas de las carencias que hoy se detectan en el tratamiento y conservación del Patrimonio histórico no deriva tanto de la regulación normativa cuanto de los problemas que en su aplicación se generan por la falta de disposición de los imprescindibles recursos económicos²¹⁵.

Por ello, cuesta entender la actitud de la Consejería de Cultura en relación al expediente iniciado de oficio por el Defensor del Pueblo Andaluz a través de la *queja* 94/2186 que pretendía únicamente comprobar en que medida se estaba dando cumplimiento al mandato del artículo 68 de la Ley 16/85, de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español²¹⁶, en orden a destinar un uno por ciento de los presupuestos de cada obra pública a financiar los gastos culturales²¹⁷.

²¹⁵ Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, “*La situación del Patrimonio Histórico en Andalucía...*” cit. pag. 64; de la misma autora “*Algunas consideraciones generales sobre la legislación estatal del patrimonio histórico*”, Ciudades Patrimonio de la Humanidad Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación Cultura y Deportes, 2001, págs. 23 – 34.

²¹⁶ En España se había venido hablando como una utopía deseable, de la introducción de una norma que garantizara el destino de una parte del presupuesto de las obras públicas a inversión artística o cultural. La creación del Ministerio de Cultura, en 1977, propició que se dictara el R.D. 2832/78, de 28 de Octubre, donde se consagraba esa aspiración: la dedicación de un uno por ciento del presupuesto de las obras públicas a fines de carácter artístico o cultural, figura que ya contaba con años de experiencia en otros países de nuestra misma área cultural. La norma citada anteriormente ha sido derogada expresamente por la Ley 16/85, de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español, sin que ello suponga que haya desaparecido ese llamado "uno por ciento cultural", sino más bien al contrario, ya que ha sido elevado al rango legal al ser acogido en el artículo 68 de la citada Ley

²¹⁷ Artículo 68 de la LPHE: “1. En el presupuesto de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el Estado, se incluirá una partida equivalente al menos al 1 por 100 de los fondos que sean de aportación estatal con destino a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno. 2. Si la obra pública hubiera de construirse y explotarse por particulares en virtud de concesión administrativa, y sin la participación financiera del Estado, el 1 por 100 se aplicará sobre el presupuesto total para su ejecución. 3. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en

El empleo en la Ley estatal de términos como “financiación por el Estado” o “aportación estatal”, planteaba muchas dudas, entre otras, ¿cómo había que interpretar el término Estado, como equivalente a Administración del Estado, o como comprensivo de todas las Administraciones Públicas? Sin entrar en un mayor análisis de tal interrogación, en base al principio de autonomía para la gestión de los respectivos intereses, y al reparto competencial constitucional, ya que todas las Administraciones Públicas territoriales tienen reconocidos intereses en la materia Patrimonio Histórico, debemos pronunciarnos en principio acerca de que las previsiones de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal se limitaban a la Administración del Estado.

Así parece que fue entendido, igualmente, por determinadas Comunidades Autónomas, que acogieron la misma fórmula del porcentaje cultural en las Leyes emanadas de sus Parlamentos²¹⁸. En la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Ley 1/91, de 3 de Julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía, recoge expresamente el llamado “porcentaje cultural”²¹⁹.

los anteriores apartados las siguientes obras públicas: a) Aquellas cuyo presupuesto total no exceda de cien millones de pesetas. b) Las que afecten a la seguridad y defensa del Estado, así como a la seguridad de los servicios públicos. 4. Por vía reglamentaria se determinará el sistema de aplicación concreto de los fondos resultantes de la consignación del 1 por 100 a que se refiera este artículo.” Este artículo ha sido objeto de desarrollo reglamentario en los artículos 58 a 60 del RD 111/86, de 10 de enero.

²¹⁸ Como ejemplo de ello: el Decreto 204/1998, de 28 de julio, por el que se establecen las normas reguladoras de la reserva de una partida del presupuesto de las obras públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de sus Territorios Históricos al objeto de su inversión en la defensa, enriquecimiento, protección, difusión y fomento del Patrimonio Cultural Vasco; el Decreto 127/2001, de 25 de julio, por el que se regula el porcentaje cultural destinado a obras de conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico y Cultural de Extremadura; la Ley 1/1987, de 13 de febrero, por la que se aprueban los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para 1987. Artículo 5. Uno por 100 cultural; El Decreto 31/1987, de 1 de abril, por el que se desarrolla el artículo 5º de la Ley 1/1987, de 13 de febrero, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia del 1 por 100 cultural; el Decreto 98/1989, de 22 de septiembre, por el que se regula la aplicación del 1 por 100 cultural a la financiación de trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico de Interés para el Principado de Asturias o de Fomento a la Creatividad Artística; la Ley de 11 de diciembre, de Galicia; la Ley 3/1987, de 18 de Marzo, de las Islas Baleares; la Ley 4/90, de 11 de abril de Murcia. En la Exposición de Motivos de esta última se justifica expresamente la necesidad de acoger la fórmula del porcentaje cultural, al entender que el porcentaje cultural consagrado en la LPHE era de obligado cumplimiento a nivel de las inversiones efectuadas por la Administración Central, pero no a nivel de las Administraciones Autonómicas.

²¹⁹ Artículo 87: “1. En toda obra pública que se realice con fondos de la Junta de Andalucía o de sus concesionarios, cuyo presupuesto exceda de cien millones de pesetas se incluirá una partida de al menos el uno por ciento de la aportación de la Comunidad Autónoma de Andalucía a dicho presupuesto destinada a obras de conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico Andaluz. 2. No podrá fraccionarse la contratación a los efectos de eludir la partida señalada en el apartado anterior. 3. Quedan exceptuadas de esta obligación las obras que se realicen en cumplimiento de los

El Defensor del Pueblo Andaluz realizó una investigación de oficio para determinar el grado de cumplimiento de esta obligación legal en nuestra Comunidad Autónoma. En efecto, con ocasión de la tramitación de diversos expedientes de queja atinentes a problemas culturales cuya resolución implicaba la necesidad de aportar una determinada financiación por parte de la Administración Cultural andaluza, el Defensor del Pueblo Andaluz había recibido como respuesta a sus Sugerencias y Recomendaciones la contestación de que, pese a la existencia de una indudable voluntad por parte de la Consejería de Cultura, no existían fondos suficientes para afrontar y solucionar el problema denunciado.

Ello llevaba, inevitablemente, a cuestionarse cómo era posible que existiera esa penuria de fondos en la Consejería de Cultura, cuando un somero examen de las inversiones efectuadas por la Consejería de Obras Públicas en obras de infraestructuras durante los últimos años llevaba necesariamente a concluir que, calculando un 1 % del presupuesto de dichas obras, los fondos que deberían haberse allegado a la Administración Cultural serían de tal cuantía que, posiblemente, superarían la capacidad de gasto de la misma²²⁰.

La valoración de la idoneidad y oportunidad que el Defensor del Pueblo Andaluz hace del llamado “porcentaje cultural”, no es muy positiva. Desde un punto de vista de la racionalidad económica y presupuestaria considera que carece de sentido que el presupuesto de una determinada Consejería, en este caso Cultura, se haga depender del importe consignado en unas determinadas partidas presupuestarias por parte de otra Consejería distinta, Obras Públicas.

Ello se debe a que es comúnmente aceptado que los presupuestos de los organismos administrativos se elaboran en base a las previsiones de gastos que éstos hacen, teniendo en cuenta las necesidades que han de atender y que, una vez

objetivos de la presente Ley. 4. Las inversiones a que se hace referencia en el apartado 1 de este artículo deberán desarrollarse preferentemente en la propia obra o su entorno. 5. Los encargados de realizar las inversiones previstas en este artículo podrán optar por transferir a la Consejería de Cultura y Medio Ambiente las cantidades correspondientes a dicho uno por ciento para que sea dicha Consejería quien se ocupe de llevar a cabo las actuaciones de conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico”.

Artículo 88: “En el trámite de aprobación del proyecto, se requerirá Informe favorable de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente sobre la idoneidad de la aplicación concreta del uno por ciento cultural que se proyecte. La emisión de dicho Informe deberá producirse en el plazo de un mes y no suspenderá la tramitación del proyecto de que se trate. En el caso de que el Informe de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente fuese negativo, deberán realizarse en el proyecto las modificaciones que en el mismo se señalen.”

²²⁰ Tómese como ejemplo al efecto los gastos de infraestructuras derivados de la Expo 92.

aprobados los mismos, el citado organismo planifica su actividad en ese ejercicio económico en función de los fondos que le son asignados. Por ello, no se alcanza a entender cómo puede planificar su actividad una Consejería cuando desconoce cuál va a ser el importe real de los fondos de que puede disponer en un determinado ejercicio económico. Máxime cuando, a la vista del montante de las cantidades presupuestadas habitualmente para inversiones en Obras Públicas, cabe prever que los fondos que deban recibirse por el concepto “porcentaje cultural” puedan suponer un porcentaje muy elevado del presupuesto global de la citada Consejería.

Parece lógico pensar que si el problema a que trata de atender el llamado “uno por ciento cultural” es el de la falta de fondos para cubrir las necesidades de conservación y protección de nuestro Patrimonio Cultural, lo racional podría ser incrementar las dotaciones presupuestarias de la Consejería de Cultura y no detracer los fondos para la misma de los presupuestos de otros órganos administrativos.

Por otra parte, la aplicación práctica del precepto legal analizado puede traer otros problemas que conviene mencionar.

Así, la posibilidad existente de poder decidir el destino del porcentaje cultural el propio organismo responsable de la obra, unido a la exigencia legal, de que las actividades de conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico se realicen, preferentemente, “en la propia obra o su entorno”, puede significar que se lleven a cabo actividades de fomento del patrimonio no prioritarias; mientras que otras, prioritarias éstas, no pudiesen realizarse por la Administración Cultural por falta de fondos. Esta valoración sigue teniendo virtualidad, a pesar de la exigencia legal de informe preceptivo y vinculante de la Administración Cultural, siempre que no se respete el mandato legal de preferencia del destino del porcentaje cultural.

Si se diera el caso contrario, esto es, si el porcentaje cultural es transferido a la Administración Cultural para su gestión directa, por los encargados de realizar las inversiones públicas, mal podrá conocer la indicada Administración Cultural la cuantía global de los fondos con los que cuenta, o al menos lo conocerá tardíamente, para efectuar una correcta planificación de sus actividades de conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico andaluz.

Por todo lo expuesto podría plantearse la conveniencia de que la distribución del presupuesto de la Comunidad Autónoma, entre las distintas Consejerías, se llevase a cabo con criterios más globalizados de las prioridades de inversión en general y, por tanto, se dotase a la Administración Cultural de los fondos que se estimasen convenientes, sin necesidad de que se le desvíen partidas concretas desde

otros organismos, para cumplir las funciones que le son propias. En respuesta a estas consideraciones, el Defensor del Pueblo Andaluz se interesó en conocer la opinión de la Administración cultural, acerca del asunto en cuestión, así como la de los demás organismos afectados por el mandato legal, con el fin de evaluar la necesidad de, en su caso, iniciar las modificaciones legales oportunas.

En cualquier caso, y con independencia de estas reflexiones, la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz entiende que, mientras continúe la vigencia del mandato legal del “porcentaje cultural”, debe velarse por el cumplimiento efectivo del mismo por parte de todos los organismos afectados.

Consecuentemente, en la investigación que se llevó a cabo se profundizó en el conocimiento de los siguientes extremos: si se estaba efectivamente detrayendo el porcentaje de toda obra pública sufragada con fondos de la Junta de Andalucía o de sus concesionarios, cuando el presupuesto de la misma excedía de cien millones de pesetas²²¹; cuáles eran las cantidades recaudadas, por este concepto, en los ejercicios económicos posteriores a la entrada en vigor de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía; qué cantidades, con indicación de porcentajes sobre el total, habían sido transferidas a la Administración Cultural para que ésta se ocupase de llevar a cabo las actuaciones de conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico²²²; qué

²²¹ Artículo 87.1 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía y artículo 88 del Decreto 19/1995, de 7 de febrero. También debemos tener en cuenta el artículo 89 de la Ley andaluza el cual establece que en los proyectos de excavaciones arqueológicas se incluirá un porcentaje de hasta el veinte por ciento destinado a la conservación y restauración de los yacimientos arqueológicos y los materiales procedentes de los mismos. Sobre las obras que se encuentren afectadas por esta reserva, la Ley mencionada no hace ninguna concreción, en cambio, el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía, en el artículo 97.1, utiliza un criterio muy extenso al establecer que afecta los proyectos de excavaciones arqueológicas, cualquiera que sea su cuantía e independientemente de quien deba financiarlos y ejecutarlos.

²²² En el artículo 87.5 de la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía y el artículo 94 del Decreto 19/1995, de 7 de febrero, se contempla esta posibilidad. La legislación autonómica diseña que en el supuesto de que se opte por la transferencia, se ha de comunicar a la Consejería de Cultura para que emita una Certificación acreditativa de dicha opción. Para la realización de la transferencia se consignará en el ejercicio siguiente una aplicación económica diferenciada en cada uno de los programas presupuestarios afectados, cuyo importe será equivalente a la cuantía global del 1% cultural que el organismo inverso hubiese optado por transferir. El importe de estas aplicaciones presupuestarias se ha de transferir a la Consejería en el primer trimestre del ejercicio económico. Para ello la Consejería de Cultura tiene en su presupuesto, dentro del programa correspondiente, una aplicación económica destinada a la conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico Andaluz mediante estas transferencias. El inconveniente de esta opción radica en que la Administración Cultural puede tener un conocimiento tardío de los fondos con los que cuenta, en detrimento de la elaboración de una correcta planificación de sus actividades de conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico Español. Además de ello el legislador andaluz muestra una deficiencia respecto al legislador estatal. Esta deficiencia radica en que no se contempla la obligación de la Consejería de redactar un Plan anual de conservación y enriquecimiento a semejanza de la

cantidades, por el contrario, habían sido destinadas a obras de conservación y acrecentamiento del patrimonio histórico, directamente, por los organismos públicos responsables de las obras o por sus concesionarios²²³ y si el destino que se habían dado a las inversiones empleadas en la conservación del patrimonio histórico se había llevado a cabo, preferentemente, en la propia obra o su entorno²²⁴.

Lamentablemente, las reiteradas peticiones de información no fueron en ningún momento atendidas por la Consejería de Cultura, por lo que el Defensor del Pueblo Andaluz se vio obligado a declarar la actitud entorpecedora de esa Consejería con respecto a las labores de esta Institución²²⁵, anunciándole a la misma que se procedería a incluir el expediente en el Informe anual correspondiente, a fin de dar publicidad a dicha falta de colaboración. Dicho informe anual correspondiente fue el de la gestión realizada durante 1993 y hasta el informe de 1997 el Defensor del

previsión del artículo 58.4 del RD 111/1986, de 10 de enero.

²²³ La legislación andaluza contempla que cuando los titulares o concesionarios de la obra pública realicen directamente la inversión de los fondos del uno por ciento cultural, han de remitir a la Consejería de Cultura el proyecto correspondiente a dichas inversiones, acompañado de una memoria descriptiva de la obra en su conjunto, con expresa mención de su localización exacta, presupuesto y fases. Una vez remitido el proyecto, la Consejería emite una Certificación acreditativa de la recepción del proyecto, en la que consta la fecha de presentación y la obra pública que origina la obligación. Además de ello, la Consejería dispone de un plazo de un mes para emitir un Informe relativo a la idoneidad de la utilización prevista para el 1% cultural. Mientras la Ley andaluza guarda silencio respecto al transcurso del tiempo y la ausencia de emisión del Informe (artículo 88 de la LPHA). El Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía se pronuncia en los términos de entender emitido el Informe en sentido favorable cuando ha transcurrido el plazo para su emisión sin haberse, de hecho, remitido. Solo se prevé la interrupción del plazo de un mes cuando resulte preciso solicitar documentación adicional en relación con la inversión cultural o el proyecto en su conjunto, pudiendo prolongarse dicha interrupción hasta tanto no haya sido facilitada toda la documentación (Artículo 93 del Decreto 19/1995, de 7 de febrero). En el caso de que el Informe de la Consejería de Cultura fuese negativo, ésta impondrá unas modificaciones o unos condicionantes que tienen carácter vinculante y por ello obligaran a los titulares y concesionarios de la obra a realizar las modificaciones oportunas en el proyecto (artículo 88.2).

La finalidad del Informe que emite la Consejería de Cultura es exclusivamente proceder a la realización de un control previo de idoneidad del destino de la inversión y en ningún caso supone la exención de obtener las autorizaciones previstas en la LPHA que se ha examinado con anterioridad. En todo caso, la inclusión en la normativa de este Informe preceptivo y vinculante de la Consejería de Cultura ha de ser valorado muy positivamente puesto que de no haberse previsto, la posibilidad existente para el organismo responsable de la obra de poder decidir el destino del porcentaje cultural, unido a la exigencia legal de que las actividades de conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico se realicen, preferentemente, “*en la propia obra o su entorno*”, podría significar que se llevaran a cabo actividades de fomento del patrimonio no prioritarias; mientras que otras con carácter prioritario no pueden ser llevadas a cabo por la Administración Cultural como consecuencia de la falta de fondos.

²²⁴ Artículo 87.4 de la LPHA y artículo 91.2 del Decreto 19/1995, de 7 de febrero.

²²⁵ En virtud del artículo 23 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz.

Pueblo Andaluz no pudo dar publicidad a algunas de las respuestas dadas por la Consejería de Cultura a las cuestiones planteadas.

En el informe remitido por la Consejería se aseguraba la firma, el 28 de noviembre de 1995, de un Acuerdo de Colaboración entre la Consejería de Cultura y la Consejería de Obras Públicas y Transportes para la actuación conjunta en el Patrimonio Histórico de Andalucía. En dicho acuerdo esta última Consejería optó con carácter general por la transferencia a la Consejería de Cultural de la reserva del 1% del presupuesto de la obras, sin perjuicio de que por su naturaleza y características, determinadas obras requiriesen una inversión directa de la mencionada reserva, en cuyo caso se procedería a la inversión directa. En aquellos casos en que se siguiese el trámite de la transferencia a la Consejería de Cultura, el Acuerdo preveía su aplicación a un programa de actuaciones de interés común integrado por cinco subprogramas, correspondiendo a la Comisión de Seguimiento del mismo, la determinación de su contenido, las prioridades y la asignación porcentual del presupuesto del programa que correspondiera a cada uno de ellos.

No obstante la Consejería precisaba que la ejecución de dicho Acuerdo se había visto retrasada por la complejidad de la elaboración de una programación conjunta de actuaciones concretas. En relación al resto de las Consejerías afectadas, la respuesta de la Consejería de Cultura consistió en que el grado de cumplimiento de la obligación legal cuestionada sólo era posible tras un estudio de todos los contratos formalizados por las mismas y de sus respectivos expedientes administrativos, correspondiendo dicha tarea a la Consejería de Economía y Hacienda a través del registro de Contratos.

El informe del Defensor del Pueblo Andaluz concluye apreciando que la información aportada era insuficiente para conocer el grado de cumplimiento de la obligación de reserva del uno por ciento en nuestra Comunidad Autónoma. También consideró que el Acuerdo firmado con la Consejería de Obras públicas y Transportes era muy acertado, pero no quedaba claro si dicho acuerdo estaba produciendo los efectos pretendidos. Por último, respecto a la idoneidad de la Consejería de Economía y Hacienda como órgano para fiscalizar el cumplimiento de la obligación de reserva por parte de las diferentes Consejerías, el Defensor mostró su conformidad, pero indicó al Director General de Bienes Culturales que, al ser la Consejería de Cultura la auténtica beneficiaria de los fondos a transferir, y dada la penuria de los medios económicos de la misma, dicha Consejería debería tomar la

iniciativa de requerir a la Consejería de Economía y Hacienda el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras ante el aparente incumplimiento legal por parte de las restantes Consejerías²²⁶.

A nuestro modo de ver, la respuesta dada por la Consejería de Cultura nos lleva a valorar su actitud como pasiva ya que desde 1991, año en que se aprobó la Ley de Patrimonio Histórico Andaluz, y 1995, año en que se aprobó el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía, la única medida adoptada había sido la firma de un Acuerdo con la Consejería de Obras Públicas y Transportes cuya efectividad es más que cuestionable al existir constancia de que la ejecución del mismo se había retrasado al no procederse a la elaboración de una planificación conjunta entre ambas Consejerías. Ello pone de relieve la necesidad imperiosa de una actividad planificadora y la conveniencia de que la Consejería de Cultura exija el cumplimiento de la reserva del uno por ciento cultural.

2.3.2. La falta de racionalidad de los gastos en materia cultural

La obligación que el artículo 46 de la Constitución impone a los poderes públicos de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del Patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, se ve afianzado en Andalucía por la consideración en su Estatuto de Autonomía de que el deber de proteger y realzar el Patrimonio histórico-artístico de Andalucía es un objetivo básico para el ejercicio de los poderes públicos²²⁷.

Esta obligación de la Administración Cultural andaluza respecto de su Patrimonio Histórico implica la asunción por las autoridades culturales de un compromiso específico para la conservación y la protección del conjunto de bienes que lo integran. Un compromiso, cuya efectividad se va a ver necesariamente condicionada y limitada por la gran variedad y la enorme riqueza que este Patrimonio alcanza.

La conjunción de la riqueza cultural y la carencia de medios económicos, definen la realidad del Patrimonio Histórico de Andalucía y nos permite entender la importante encrucijada en que actualmente se encuentra la política cultural andaluza. En efecto, como consecuencia del desarrollo demográfico y urbanístico se está produciendo un incremento de las actividades de expolio y agresión de los Bienes del

²²⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 301.

²²⁷ Artículo 12.3.6 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

Patrimonio Histórico. Esto, unido a la insuficiencia de los medios económicos puestos a disposición de la Administración Cultural, que le impiden realizar una adecuada política de conservación y protección de estos Bienes, pueden estar creando una situación que, de no afrontarse decididamente, puede llegar a poner en peligro la integridad de muchos Bienes de nuestro Patrimonio, cuestionando así la pervivencia de parcelas esenciales de nuestra propia cultura y por tanto de nuestra propia historia.

El Defensor del Pueblo ha manifestado su preocupación en relación a que los presupuestos destinados a la conservación y la protección de los Bienes del Patrimonio Histórico por las distintas Administraciones con competencias en materia de cultura se mantienen en unos porcentajes, respecto del total del gasto público andaluz, que difícilmente se comparan con la dimensión y la importancia que alcanza el Patrimonio Cultural. Son unos presupuestos tan exigüos que no parecen tomar en consideración la creciente relevancia que los Bienes que integran el Patrimonio Histórico están adquiriendo como fuente de riquezas para numerosas zonas del territorio, y también como fuente de ingresos para los propios erarios de las Administraciones Públicas²²⁸.

En efecto, parece no existe una percepción clara del importante papel que el Patrimonio Histórico puede llegar a representar, si se gestiona adecuadamente, como generador de ingresos. Existe una concepción bastante generalizada entre los gestores públicos que les lleva a contemplar la cultura como una fuente exclusivamente de gastos y dispendios para las arcas públicas, cuya existencia únicamente se justifica por los beneficios de tipo intelectual que reportan a los ciudadanos que la disfrutan. Esta concepción es la que explica la renuencia con que muchos gobernantes contemplan la posibilidad de dedicar un porcentaje significativo de sus fondos a la financiación de las actividades de conservación y protección de sus bienes culturales. Esta concepción de la cultura como fuente únicamente de gastos para el erario público es sustancialmente errónea y únicamente nos demuestra el grado tan importante de desconocimiento que generalmente existe acerca de los rendimientos que de forma directa o indirecta se derivan del Patrimonio Histórico.

Resulta frecuente que cuando se habla de las fuentes de riqueza de un pueblo se incluyan entre las mismas, y con un papel muy destacado, a los ingresos provenientes del turismo. Unos ingresos que no sólo benefician a los empresarios y

²²⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 286-289.

trabajadores del ramo de la hostelería, sino que también constituyen una de las principales fuentes de riqueza para el erario local, al nutrirse éste abundantemente con los impuestos y tasas cobrados a turistas y profesionales de la hostelería. Como consecuencia de ello, resulta normal que en los presupuestos de estos municipios se incluyan abundantes partidas destinadas a sufragar todo tipo de actuaciones para el desarrollo del sector turístico, como puedan ser: ayudas para la remodelación de hoteles, obras de mejora en playas, construcción de paseos marítimos, etc., pero a pocos se le ocurre cuestionar la oportunidad de este tipo de gastos. Y es que a todo el mundo le parece muy lógico que se invierta el dinero público en aquello que a su vez reporta mayores ingresos para los vecinos y para las arcas municipales.

Por el contrario, cuando en ese mismo municipio se aprueban gastos para conservar o restaurar un Bien de Interés Cultural, resulta frecuente ver como se alzan numerosas voces de vecinos que cuestionan la oportunidad y la conveniencia de realizar unos dispendios para fines cuya rentabilidad para los vecinos y para la Entidad Local no alcanzan a ver. Estas voces discrepantes, que al fin y al cabo provienen de los electores del municipio, suelen determinar a las autoridades municipales a efectuar un recorte cuando no una drástica supresión en los fondos inicialmente previstos para financiar actividades de conservación y protección del Patrimonio Histórico.

Este diferente tratamiento de los gastos para fines turísticos y para fines culturales, se modificaría si se lograra hacer entender a los ciudadanos, y especialmente a los gobernantes, que en muchas zonas la principal razón por la que el turismo existe y proporciona ingresos a sus habitantes es, precisamente, por la riqueza de su Patrimonio Histórico y por la calidad y la belleza de sus Bienes Culturales. Si esto se comprendiese en su justa medida, posiblemente los fondos para conservación y protección del Patrimonio Histórico de las Administraciones Públicas se incrementarían sustancialmente sin que nadie se atreviera a discutir la oportunidad y conveniencia de los mismos. Desgraciadamente esta percepción de la íntima conexión que existe entre una adecuada política de conservación y protección del Patrimonio Histórico y los ingresos derivados de las actividades turísticas no ha calado suficientemente todavía entre quienes, al asumir las responsabilidades de gobierno en la Comunidad, tienen en sus manos la decisión sobre el destino de los fondos públicos²²⁹.

²²⁹ Vid. MELGOSA ARCOS, Francisco Javier, "Turismo y sostenibilidad en las Ciudades Patrimonio de la Humanidad. Principios, Marco e Instrumentos de Actuación", Ciudades Patrimonio

El Defensor del Pueblo Andaluz ha reiterado a los ciudadanos y a los gobernantes que el llamado “turismo cultural” es una de las variantes turísticas que mayor auge está experimentando en los últimos años, hasta el punto de que constituye ya la principal fuente de riqueza para bastantes pueblos de la Andalucía interior, que hasta ahora no contaban con más ingresos que las exiguas rentas que les deparaba su producción agrícola y ganadera. El futuro de la Andalucía pobre del interior, de la Andalucía rural, está en potenciar el turismo cultural y ecológico, y para ello es premisa esencial que se fomente la inversión en conservación y protección del Patrimonio Histórico y Cultural. Si no se invierte en el Patrimonio, difícilmente se podrá rentabilizar el mismo²³⁰.

En ocasiones la raíz de este problema se encuentra en la incapacidad de la Administración para poner en valor sus bienes culturales. En efecto, la Administración del Patrimonio Histórico no puede limitarse a garantizar la conservación y la protección de los Bienes que lo integran, sino que implica también la realización de las actuaciones necesarias para que dichos Bienes sean accesibles y puedan ser disfrutados por los ciudadanos.

Ambos aspectos están interrelacionados. Es decir, únicamente en la medida en que los Bienes del Patrimonio Histórico se encuentren debidamente conservados y protegidos los ciudadanos podrán acceder a los mismos y disfrutarlos. Pero asimismo, sólo en la medida en que los ciudadanos puedan acceder y disfrutar de los Bienes del Patrimonio, éstos podrán beneficiarse de los fondos necesarios para una adecuada conservación y protección.

Reiteradamente el Defensor del Pueblo Andaluz ha denunciado en los Informes Anuales al Parlamento de Andalucía, la carencia de fondos con que se pretende acometer la ingente tarea de conservar y proteger nuestro Patrimonio Histórico. Denuncia la carencia de medios económicos que padece la Administración Cultural andaluza y solicita un incremento sustancial en los presupuestos destinados a la realización de las actuaciones indispensables para garantizar la necesaria preservación de nuestra memoria histórica²³¹.

de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, 2001, págs. 197 – 220.

²³⁰ Informe del Defensor del Pueblo de 1996, pag. 288; de 1997, pag. 293 y de 2000, págs. 39-42.

²³¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 301.

Uno de los argumentos que utilizan los Ayuntamientos ante el Defensor del Pueblo Andaluz para excusar su pasividad e incumplimiento de los deberes legales en materia de protección y conservación del Patrimonio Histórico radica en la falta de recursos económicos. A este respecto existe conciencia de las dificultades económicas que atraviesan, casi con carácter crónico, los Ayuntamientos, incapaces de satisfacer las cargas económicas que les supone la prestación de una amplia gama de servicios a sus vecinos que en muchas ocasiones exceden incluso de los servicios de prestación mínima y obligatoria que estipula la normativa de régimen local. Por esta razón, no es mucho el dinero disponible en los Ayuntamientos para realizar actuaciones de tipo cultural sabiendo que en muchos de ellos el Patrimonio Histórico es ciertamente muy grande y costoso de mantener.

Frente a esta realidad, el Defensor del Pueblo Andaluz ha constatado que las posturas de los Ayuntamientos son principalmente dos: aquellos Ayuntamientos que son plenamente conscientes de sus responsabilidades en materia cultural y destinan un volumen muy considerable de sus fondos propios a sufragar actuaciones encaminadas a conservar, restaurar y mejorar la situación de su Patrimonio Histórico y aquellos Ayuntamientos cuyo presupuesto de cultura se destina exclusivamente a financiar, con el mayor lujo posible, las distintas ferias, carnavales y demás festividades locales, mientras su Patrimonio Histórico se degrada sin que nadie le preste atención²³².

Respecto a estos últimos Ayuntamientos consideramos imprescindible la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz que contribuye a través de sus recordatorios legales a crear conciencia de la necesidad de conservar el Patrimonio Histórico como valor en sí, como factor imprescindible de la calidad de vida y como factor económico en cuanto elemento de promoción turística. A nuestro juicio, esta concienciación ha de llevarles a una racionalización de los gastos de sus fondos económicos y a la priorización de su destino conforme a las exigencias legales. Así mismo, el Defensor del Pueblo Andaluz informa a estos Ayuntamientos de que la Consejería de Cultura tiene encomendadas por Ley funciones de tutela y salvaguardia en relación con el cumplimiento por las Entidades Locales de sus obligaciones en el ámbito de la protección y conservación de los bienes que conforman el Patrimonio Histórico Andaluz. Estas funciones de tutela comprenden, entre otras, la obligación de cooperar y colaborar con las entidades locales en el

²³² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, pag. 40.

cumplimiento de su función, particularmente cuando se compruebe la imposibilidad de estas para hacer frente a sus responsabilidades.

De igual modo el Defensor del Pueblo Andaluz manifiesta la necesidad de concretar y definir los objetivos comunes entre las Administraciones Públicas, pues la puesta en valor de Bienes del Patrimonio Histórico requiere, además de una profunda investigación y documentación del Bien, y una adecuada restauración y conservación de los restos, que se ejecuten obras en su entorno para posibilitar su contemplación y disfrute por los visitantes. Aparte de esto, resulta siempre necesario realizar una labor complementaria de información y atención al visitante. Requisitos todos ellos que demandan de una fuerte inversión inicial. Una inversión, cuya rentabilidad solo puede medirse a medio y largo plazo, y tomando en consideración no sólo los ingresos directos devengados por las visitas al Bien, sino también los ingresos indirectos que estas visitas reportan a otros sectores de la economía local como la hostelería o el comercio.

Como la determinación y cuantificación de estas rentabilidades futuras son importantes, y las inversiones iniciales que es preciso realizar exceden con frecuencia de la capacidad financiera normal de los Ayuntamientos que deben realizarlas, y pueden encontrarse con la decidida oposición de los regidores municipales y los propios vecinos, resulta imprescindible que en la financiación de estas inversiones iniciales, y en la ejecución de las labores de investigación, restauración y adecuación de entornos, que posibilitarán una futura puesta en valor del Bien, no sea exclusivamente cultural, sino que es necesario que participen y colaboren otras Administraciones como la turística²³³.

2.3.3. La puesta en valor de los bienes y el acceso ciudadano a los bienes culturales

La conservación del Patrimonio no es un fin en sí mismo, aún cuando sea importante, sino sobre todo un medio para un fin más trascendente, cual es la puesta en valor de los bienes que lo integran para disfrute de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos. Sólo en la medida de que los ciudadanos pueden acceder a los Bienes de su Patrimonio, éstos se convierten en auténticos instrumentos de promoción cultural, en vehículos para el desarrollo cultural de un pueblo.

²³³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 293.

En este sentido, la acción cultural de los poderes públicos con competencias en la materia no puede, en modo alguno, limitarse a la mera conservación o protección del Patrimonio, sino que ha de orientarse fundamentalmente a la puesta en valor de los Bienes culturales para disfrute de los ciudadanos, éste es el objetivo último.

La puesta en valor del Patrimonio Histórico se nos revela como un elemento esencial para conseguir que los gastos que su conservación y protección originan para las arcas públicas, sean contemplados por la ciudadanía como una inversión rentable en el desarrollo de su localidad. En este sentido, la puesta en valor de unos restos arqueológicos o de unos monumentos, no sólo tiene por finalidad posibilitar la contemplación y el disfrute de los mismos por los vecinos de la localidad, haciendo así efectivo el derecho de todos los ciudadanos al acceso a la cultura que preconiza el artículo 44 de la Constitución, sino que además es un instrumento esencial para el desarrollo turístico de aquellas localidades que no cuentan con otros atractivos de tipo natural.

Esta obligación de la Administración de realizar actuaciones para la, tantas veces citada, puesta en valor de los Bienes del Patrimonio, ha de contemplarse además desde una doble vertiente: de un lado, se dirigirá al establecimiento de un régimen jurídico que facilite el acceso de los ciudadanos a los Bienes Culturales, sea cual sea su titularidad, y, de otro lado, se orientará a fomentar y promocionar el conocimiento de los Bienes Culturales por la ciudadanía.

Así nos encontramos con la asunción por la Administración de una doble obligación que se concreta en la necesidad de abordar dos tareas primordiales: la regulación jurídica del acceso a los bienes culturales y la promoción y fomento del Patrimonio cultural. El incremento de las medidas de fomento se hace necesario como medida alternativa válida a las medidas puramente policiales. Para ello, se exige de las Administraciones Públicas, no sólo el aumento del importe y alcance de las subvenciones, sino también la formalización de los correspondientes convenios, y de los medios plausibles que faciliten a los particulares la posibilidad de afrontar los gastos y problemas de la Conservación del Patrimonio histórico en manos privadas.

En este apartado nos vamos a centrar en la primera de las tareas, es decir, al régimen legal de las visitas públicas a los Bienes de Interés Cultural. La puesta en práctica de la visita pública es una concreción del cumplimiento del mandato del artículo 44, en relación con el artículo 46, del texto constitucional, que consagra el derecho de los ciudadanos de acceder al disfrute de la cultura. El derecho de visita pública se constituye como un verdadero derecho subjetivo de los ciudadanos, de

carácter constitucional, y que puede hacerse valer ante la negativa de los propietarios de Bienes Culturales obligados a ello, ante la jurisdicción ordinaria, sin necesidad, por tanto de previa intermediación de la Administración pública competente. Sin embargo, esta intermediación administrativa es inexcusable cuando pretenda hacerse efectiva, por cualquier persona, el cumplimiento de las prescripciones de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal, entre ellas el derecho del ciudadano a la visita pública, en virtud del mecanismo procesal ideado por el citado artículo 8.2 de la Ley de Patrimonio Histórico Estatal, que consagra en el ámbito del Patrimonio Histórico Español una verdadera acción pública o popular para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-administrativos el cumplimiento de la Ley de 25 de junio de 1985 en defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico²³⁴.

El artículo 13.2 de la Ley 16/1985, de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español, impone a los propietarios, titulares de derechos reales o poseedores por cualquier título, de los Bienes de Interés Cultural, la obligación de permitir y facilitar su visita pública. En cualquier caso, como la legislación de Patrimonio Histórico no contiene norma alguna que regule lo que la propiedad de un Bien de Interés Cultural puede exigir como contraprestación por el hecho de permitir la visita pública, ya que ello se encuadra dentro del ámbito de libre disposición que, sobre el bien de su propiedad, le confiere el ordenamiento jurídico, los propietarios pueden cobrar una determinada cantidad por la visita que se realice. No obstante, y con el fin de evitar que las circunstancias económicas de los ciudadanos puedan impedir o dificultar el acceso a la cultura en condiciones de igualdad, el citado precepto legal no sólo impone la obligación ya comentada, sino que además añade que la visita será gratuita en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Esas condiciones han quedado determinadas en la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 111/1986, de 10 de Enero, de desarrollo parcial de la Ley estatal anteriormente mencionada. Así pues, los propietarios deberán permitir la visita pública gratuita de sus bienes, con exclusión, en el caso de los inmuebles, de los lugares o dependencias que no afecten a su condición de Bien de Interés Cultural, al menos cuatro días al mes, y cuatro horas cada día, ambos extremos previamente señalados, siendo necesario que el horario sea aprobado por el órgano competente

²³⁴ Vid. ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, “*El ordenamiento estatal del Patrimonio Histórico Español: Principios y bases de su Régimen Jurídicos*” REALA número 255-256, julio – diciembre, 1992, págs. 599 – 641.

para la protección del bien y expuesto en un lugar visible que sea compatible con los valores artísticos de éstos²³⁵.

Esta obligación de permitir la visita gratuita, que establece la Ley del Patrimonio Histórico Español, no tiene su correlato en la Ley 1/1991, de 3 de Julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía. Pero, en cualquier caso, la ausencia de una referencia expresa a esta obligación no implica, de ningún modo que la misma no sea de aplicación a los propietarios de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Andaluz. Por el contrario, la pervivencia de la obligación se pone de manifiesto al analizar el Decreto 4/1993, de 26 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización Administrativa del Patrimonio Histórico de Andalucía que, al regular las competencias de la Dirección General de Bienes Culturales, incluye entre las mismas la facultad de dispensar, total o parcialmente, del cumplimiento de la referida obligación, en tanto que dicha dispensa se reconoce en la Ley estatal.

En este sentido, el Defensor del Pueblo Andaluz ha puesto de manifiesto que, en la práctica, la repetida obligación de permitir la visita pública no parece ser de general cumplimiento en nuestra Comunidad Autónoma, ya que la mayoría de los Bienes declarados de Interés Cultural, en particular aquéllos que están abiertos al público previo pago de la correspondiente entrada, no permiten la visita gratuita a los mismos en los cuatro días al mes, cuatro horas cada día que estipula la legislación vigente o, en todo caso, tal posibilidad no es anunciada en el lugar visible en que debería serlo. Preocupado porque pudiera estar dificultándose el ejercicio del derecho constitucional de todos al acceso a la cultura, el Defensor del Pueblo Andaluz procedió a tramitar la queja de Oficio 93/1390²³⁶.

En la tramitación de la citada queja de oficio se dirigió a la Dirección General de Bienes Culturales, de la Consejería de Cultura solicitándole información acerca del cumplimiento en la Comunidad Autónoma de Andalucía, de la obligación legal contemplada en el artículo 13.2 de la Ley 16/1985, de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español, en relación con la Disposición Adicional 4ª del R.D. 111/1986, de 10 de Enero, de desarrollo parcial de aquélla y acerca de los supuestos en que se hubiera hecho uso de la posibilidad de dispensa, contemplada en el artículo

²³⁵ El Real Decreto 64/1994, de 21 de enero ha modificado la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero en el sentido de suprimir la referencia a los cuatro días del mes y a las cuatro horas cada día.

²³⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 349-352.

5.11 del Decreto 4/1993, de 26 de Enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización Administrativa del Patrimonio Histórico de Andalucía.

Tras reiterar varias veces la petición, se recibió la información solicitada, manifestando la Administración cultural que el grado de cumplimiento en Andalucía de la obligación legal de permitir la visita pública gratuita era bastante alto. El informe establecía y diferenciaba, según la titularidad de los Bienes de Interés Cultural aclarando que en el caso de los Bienes de titularidad pública, se cumplía ampliamente la citada obligación legal; los Bienes de la Iglesia Católica dedicados al culto eran visitables, al menos, durante las horas de culto y, en cuanto a los Bienes de titularidad privada, por regla general, se daba cumplimiento a la obligación legal, y en aquellos casos en que sus titulares no cumplían, se realizaban por parte de la Administración cultural los requerimientos oportunos.

En el mencionado informe también se daba cuenta de la problemática existente respecto de determinados bienes de la Iglesia Católica, como son algunos Conventos de Ordenes Religiosas de Clausura, cuyo acceso resulta prácticamente infranqueable; o de aquellos otros, como la Cartuja de Jerez, en los que la entrada de mujeres está taxativamente prohibida y, se informaba de las dispensas parciales que se habían concedido a determinados bienes, resultando ser escasas.

A la vista de estos datos, el Defensor del Pueblo se dirigió de nuevo a la Administración cultural solicitándole una ampliación de información sobre: si existían en la Administración cultural criterios concretos y objetivos, que se tuvieran en cuenta para ser considerados causas justificativas de la concesión de la dispensa, total o parcial, a que faculta el art. 13.2 de la Ley 16/1985, ya citada; cuáles han sido las causas que han justificado las dispensas parciales concedidas; indicación de si los expedientes de dispensas concedidas se iniciaron de oficio o a instancia de parte y, dados los problemas apuntados respecto de determinados bienes de la Iglesia Católica (Conventos de Clausura de Ordenes Religiosas, etc.), si no existen razones justificativas que aconsejen el inicio de expedientes de dispensa, incluso de oficio, para así evitar los conflictos que pudieran surgir, en caso de que algún ciudadano pretendiese ejercitar su derecho a visita gratuita, y le fuera denegado.

En el referido informe se comunicaba que no existían criterios concretos y objetivos que se tuvieran en cuenta para conceder dispensas y que de hecho, las dispensas concedidas habían sido solicitadas a instancia de parte, y del análisis de la documentación remitida por la Administración a título ejemplificativo se desprendía que existieron causas justificadas para su concesión, por ejemplo: dispensa para conventos de clausura.

Por lo que se refiere al inicio de expedientes de dispensa, de oficio por la propia Administración, para determinados bienes de la Iglesia Católica, se informaba que era un tema de preocupación para la Dirección General, y que iban a trasladar dicho asunto a la Secretaría de la Comisión Mixta Junta de Andalucía-Iglesia Católica de Andalucía para el Patrimonio Cultural, para su estudio.

Analizada la información el Defensor del Pueblo Andaluz acordó archivar el expediente de queja, por entender que no existía irregularidad en la actuación de la Administración. No obstante, comunicó al centro directivo que se iniciarían actuaciones concretas, bien de oficio o a instancia de parte, en los casos en que tuviera conocimiento de incumplimientos de la obligación legal de facilitar visitas públicas gratuitas.

A este respecto, el Defensor del Pueblo Andaluz tuvo, conocimiento de que un determinado inmueble declarado Monumento Histórico, sito en la ciudad de Sevilla, no cumplía, al menos aparentemente, las prescripciones legales sobre visitas públicas gratuitas. Y ello, por cuanto no existía en el mismo cartel alguno indicando los horarios de visita al público, ni referencia acerca de los días en que la visita fuese gratuita. Por el contrario, sí existía un cartel en el que se señalaban los precios de las visitas, que se fijaban en 500 pesetas para la Planta Baja, y otras 500 pesetas para la Planta Alta²³⁷. La persona que custodiaba la entrada del inmueble y cobraba el precio del acceso, había manifestado a los asesores del la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz la inexistencia de días en que la visita fuese gratuita, justificando dicha circunstancia por tratarse de propiedad privada.

Tras comprobar que el citado inmueble no se encontraba incluido en la relación de “Bienes de Interés Cultural que tenían reconocida dispensa”, el Comisionado Parlamentario Andaluz decidió iniciar una nueva actuación de oficio, que quedó registrada como *queja de oficio 94/1355*. Este expediente se inició el 5 de agosto de 1994 y se refería al Bien de Interés Cultural denominado “Casa de Pilatos”, sito en Sevilla Capital. Con motivo de la tramitación de dicho expediente, se realizaron diversas gestiones ante la Dirección General de Bienes Culturales con la finalidad de interesar la realización de las actuaciones necesarias para garantizar el cumplimiento por parte de la titularidad del Bien en cuestión, del derecho de visita libre y gratuita al mismo, al menos cuatro días al mes y cuatro horas cada día,

²³⁷ Informe del Defensor del Pueblo de 1994, págs. 310-315.

reconocido en el artículo 13.2 de la Ley 16/1985, de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Español.

Dichas gestiones se extendieron durante un año y siete meses, período en el que fueron numerosas las ocasiones en que el Defensor del Pueblo Andaluz se vio obligado a requerir la intervención de la citada Dirección General, ante los reiterados incumplimientos de dicha normativa por parte de la Fundación Casa Ducal Medinaceli, pese a los compromisos adquiridos por la misma con la Administración Cultural. Finalmente, y ante lo infructuoso de las gestiones del Comisionado Parlamentario Andaluz, puesto que la Casa Ducal de Medinaceli se obstinaba en incumplir la citada normativa, optó por poner los hechos en conocimiento de la Consejería, interesando del mismo su intervención para solucionar un asunto que se dilataba innecesariamente²³⁸.

A resultas de esta actuación, se recibió una comunicación de la Dirección General de Bienes Culturales en la que se constataba la veracidad de las denuncias del incumplimiento de la normativa²³⁹. La Dirección General de Bienes Culturales dio traslado del contenido de la Resolución de 9 de mayo de 1996 por la que se autorizaba el horario de visita gratuita solicitado por la titularidad de bien, a la vez que se fijaban las condiciones para el cumplimiento efectivo de la obligación de permitir la visita gratuita al inmueble. La institución del Defensor del Pueblo Andaluz a la vista de esta comunicación, y tras examinar el contenido de la Resolución, que consideró sumamente satisfactorio, acordó el archivo del expediente de oficio, por considerar que el asunto podía darse por solucionado²⁴⁰.

Ello no obstante, cinco meses después de dictarse la mencionada Resolución, y con objeto de comprobar el efectivo cumplimiento de la misma, se personó en el inmueble conocido como “Casa de Pilatos”, el Asesor del Área de Cultura del Defensor del Pueblo Andaluz, a las 14 horas, es decir dentro del horario de visita gratuita autorizado en la Resolución de 9 de Mayo, pretendiendo hacer uso de su derecho a visitar gratuitamente el Monumento. Una vez en la puerta del edificio se pudo comprobar que en el mismo existía un cartel que indicaba el horario de visitas, especificando que las visitas serían "*públicas, colectivas y guiadas, los jueves de cada mes, de 13 a 17 horas*". El Asesor trató de entrar en el inmueble sin satisfacer el coste de entrada, pero no le fue posible por cuanto la persona que ejercía las

²³⁸ La puesta en conocimiento se hizo a través de un escrito fechado el 15 de Abril de 1996.

²³⁹ Se recibió el 21 de Mayo de 1996.

²⁴⁰ Esta decisión le fue comunicada a la Dirección General con fecha 17 de Junio de 1996.

funciones de portero se lo impidió aduciendo que no existía ningún horario de visita gratuita.

Ante la insistencia del Asesor sobre la existencia de este derecho, se le argumentó que puesto que el Bien pertenecía a un particular y no a una Administración Pública no estaba sujeto a obligación alguna en tal sentido. Indicándosele que únicamente en determinadas ocasiones se permitía la visita gratuita a los Colegios, siempre que éstos lo solicitaran previamente. Ante esta situación el Asesor hubo de renunciar a ejercer su derecho de visita gratuita al inmueble.

En consecuencia, el Defensor del Pueblo Andaluz consideró oportuno proceder a la reapertura del expediente de queja y remitir un nuevo escrito a la Dirección General de Bienes Culturales dándole cuenta de la situación existente²⁴¹. En dicho escrito se incluía un relato de la visita del Sr. Asesor al Bien en cuestión y se denunciaba el incumplimiento absoluto de la Resolución dictada por la Dirección General con fecha 9 de mayo de 1996 y el hecho de que el expediente se inició con fecha 5 de agosto de 1994, es decir, hace 2 años desde que se puso en conocimiento de la Consejería de Cultura que el artículo 13.2 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, estaba siendo incumplido por la titularidad del Bien de Interés Cultural denominado “Casa de Pilatos”, y la realidad era que dicho incumplimiento se mantenía en todos sus términos. Además de esta denuncia, el Defensor del Pueblo Andaluz dejó constancia en el escrito de la total disconformidad y profunda insatisfacción por la forma en que esa Administración, y muy concretamente esa Dirección General, estaban actuando en el asunto. Su disconformidad e insatisfacción se basaba en la inexplicable pasividad mostrada por esa Administración ante la denuncia formulada reiteradamente por el Comisionado Parlamentario Andaluz.

Es inadmisibles que desde la formulación de la denuncia hasta el momento en que se decide enviar un inspector para comprobar la veracidad de la misma transcurriera un año y ocho meses. Es aun más inaceptable que 4 meses después de haberse dictado una Resolución obligando a la Fundación Casa Ducal de Medinaceli a respetar el derecho de visita gratuita, dicho derecho continuara siendo impedido, sin que al parecer por la Administración se adoptaran las medidas oportunas de índole sancionadora para obligar a su cumplimiento.

²⁴¹ Informe del Defensor del Pueblo de 1996, págs. 279 a 286.

Por todo ello, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, por la que se rige el Defensor del Pueblo Andaluz se formuló la Recomendación de que se comprobara el cumplimiento por la Casa Ducal de Medinaceli del contenido de la Resolución aprobada por la Dirección General de fecha 9 de mayo de 1996, y, en caso de ser necesario, que se adoptaran las medidas necesarias para el debido cumplimiento de la misma.

De lo hasta aquí analizado valoramos que no deja de ser preocupante que la Administración de Cultura mostrara una total falta de iniciativa a la hora de investigar la denuncia presentada, pese a que en la misma se aportaban datos suficientes para acreditar la existencia de un flagrante incumplimiento de la normativa vigente en materia de cultura. Frente a esta atención prestada a la institución del Defensor del Pueblo Andaluz a la que la Administración debe auxiliar con carácter preferente y sumario, no queda más remedio que preguntarnos con preocupación cuál será la atención que merecen las denuncias de los ciudadanos, cuando las remitidas por esta Institución suscitan tan poco interés.

De la infructuosidad de las actuaciones del Defensor del Pueblo Andaluz y de la pasividad de la Consejería de Cultura ante las reiteradas denuncias, es buena prueba el resultado de la visita girada al Monumento el día 18 de Diciembre de 1997²⁴². La visita tuvo lugar a las 14.30h, concurriendo a la misma el personal del Área de Cultura de la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz. Personada en el lugar en cuestión, la funcionaria indicada pudo observar que en la entrada del citado inmueble, declarado Monumento Histórico por Decreto de 3 de Junio de 1931, existía un cartel en el que textualmente se indicaba lo siguiente: “*Visita pública, colectiva y guiada, de acuerdo con el RD 111/1986, los jueves de 13 a 17 h*”.. Asimismo, existía un cartel en el que se señalaban los precios de las visitas, que se fijaban en 500 pesetas para la Planta Baja, y otras 500 pesetas para la Planta Alta. Interrogada la persona que custodiaba la entrada y cobraba el acceso, acerca de la posibilidad de visitar gratuitamente el monumento, se le contestó negativamente argumentando las mismas razones que la vez anterior. Como puede comprobarse, en tal fecha continuaba existiendo un flagrante incumplimiento por la titularidad de la “Casa de Pilatos” de la normativa vigente relativa a las visitas gratuitas a Bienes de Interés Cultural.

²⁴² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 271.

Éste no es sino un claro ejemplo de desidia y absoluta falta de interés de la Administración Cultural en relación con el incumplimiento de la normativa de patrimonio histórico vigente. Ya no se trata solo del hecho de que la situación denunciada se haya prolongado en el tiempo, tres años y cuatro meses desde que se hizo por primera vez la denuncia, sin que por esa Administración se adoptara medida alguna para impedirlo, sino que además ni siquiera la Dirección General había tenido la cortesía de ofrecer al Defensor alguna información al respecto. De este modo, a la absoluta inoperancia demostrada por la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones legales, hay que sumarle la patente falta de respeto y consideración que pareció merecerle el Defensor del Pueblo Andaluz. En estos casos, la actuación del Parlamento Andaluz debía ser más contundente y exigir explicaciones al responsable de la Consejería de Cultura y en su caso al responsable del Gobierno Andaluz.

2.3.4. La contaminación visual en el Patrimonio Histórico Cultural

En el Informe Anual correspondiente a 1996, el Defensor del Pueblo Andaluz dio cuenta del inicio de una investigación en relación con el problema de la contaminación visual de los Bienes que conforman nuestro Patrimonio Histórico y de su entorno. Esta investigación culminó finalmente y el resultado fue un Informe Especial cuyo título es "*La contaminación visual del Patrimonio Histórico Andaluz*".²⁴³

El objetivo del Informe Especial sobre Contaminación Visual del Patrimonio Histórico ha sido investigar el grado de cumplimiento en la Comunidad Autónoma de las normas, culturales y urbanísticas, que velan por la protección estética de los Bienes que conforman nuestro Patrimonio Histórico y sus entornos.

La razón de ser del Defensor del Pueblo Andaluz en su interés por esta cuestión obedece, por un lado, a la recepción de varias quejas en las que se denunciaban las agresiones visuales que sufrían algunos Monumentos o Bienes protegidos como consecuencia de la colocación junto a los mismos de antenas de televisión o torres del tendido eléctrico²⁴⁴, y, por otro lado, a la constatación por los

²⁴³ Publicado en BOPA número 224, de 18, de junio de 1998, V Legislatura Debate en Diario de Sesiones de la Comisión de Cultura número 218 serie A, sesión celebrada el 26 de noviembre de 1998, V Legislatura.

²⁴⁴ Un Ejemplo lo encontramos en el Informe de 1996, págs 172 y 173, en relación a la *queja de oficio 96/1226* que se abrió al tener conocimiento esta Institución, a través de los medios de comunicación, de la denuncia de una asociación cultural granadina contra la instalación de un repetidor de telefonía móvil, que causaba un gran impacto visual, en el Barrio del Albaicín de Granada, dado que, por su altura, sobresalía de la de varias iglesias de la zona; además, al parecer, se

Asesores de esta Institución de la absoluta falta de conciencia existente en nuestra sociedad hacia el problema de la contaminación visual, como lo demuestra la indiscriminada proliferación en nuestros cascos históricos y zonas monumentales de todo tipo de cableados, rótulos publicitarios, mobiliario urbano inadecuado, etc., que se produce entre la indiferencia de los ciudadanos y los poderes públicos.

El Informe pretendía conseguir que se produjera una toma de conciencia entre los ciudadanos y las Administraciones responsables en materia de Cultura hacia el problema de la contaminación visual²⁴⁵.

En la investigación de campo el Defensor del Pueblo Andaluz comprobó la existencia de una fuerte contaminación visual que afecta a la práctica totalidad de las zonas monumentales de las ciudades andaluzas. Por esta razón en el informe especial se marcaron dos objetivos: evitar nuevas agresiones estéticas mediante la elaboración de unas normas de protección más claras y precisas, y reforzando la vigilancia por parte de la Administración del cumplimiento de estos preceptos por parte de los particulares y las empresas suministradoras y eliminar la contaminación visual ya existente mediante la elaboración de un plan de actuaciones en el que colaboren todas las Administraciones implicadas y las empresas suministradoras.

El Defensor del Pueblo Andaluz era plenamente consciente de que dentro de los problemas que afectan a nuestro patrimonio histórico, no es el más grave el de la instalación de elementos que contaminan visualmente su estética, realce y perspectiva en general, provocando un deterioro ambiental en la contemplación de los inmuebles, así como en su entorno. También valoraba que, desde la perspectiva urbanística, aun siendo importante la cuestión que trataba en este Informe, hay otras de más trascendencia para los intereses públicos protegidos en este ámbito, que la debida protección del paisaje rural y urbano.

No obstante, afrontar esta cuestión en un Informe Especial era oportuno por diversas razones. En primer lugar, para evitar un mayor deterioro de nuestro patrimonio histórico, resulta imprescindible elevar el nivel de concienciación de los responsables públicos, singularmente de los Ayuntamientos, sobre los efectos que generan esas instalaciones. En este sentido, la propia difusión del Informe, al ser

había efectuado sin contar con las licencias y autorizaciones necesarias.

²⁴⁵ En el curso del Informe se evaluó la situación existente en 66 municipios, repartidos por toda la geografía andaluza, que cuentan con un importante Patrimonio Histórico-Artístico. Asimismo, se solicitó y se obtuvo información de todas las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Cultura y de la propia Dirección General de Bienes Culturales.

presentado en el Parlamento y, posteriormente, en los medios de comunicación, así como el envío de un ejemplar del mismo a todos los municipios coadyuva a que se cree una mayor sensibilidad hacia este problema. Un segundo motivo de haber optado por afrontar esta cuestión, ha sido el que, a diferencia de lo que ocurre con otros problemas que afectan a nuestro patrimonio cultural, como son los de su conservación y restauración, se trata de un deterioro que se puede frenar, sin que exija un gran desembolso financiero. Basta con que se adopte una actitud más activa por parte de los responsables públicos en el cumplimiento de la norma dirigida a impedir este tipo de actuaciones. No se trata tanto de crear costes adicionales, como de hacer las cosas de otra forma. Es verdad que a corto plazo, en no pocas ocasiones, esa forma distinta de actuar tiene implicaciones económicas, pero el hecho de que esos costes sean asumidos por la sociedad y las empresas suministradoras en la medida en que necesitan de estas instalaciones para la prestación de servicios públicos y privados, y sin perjuicio de la contribución, en algunos casos obligada de la Administración, pensamos que hace posible asumir la exigencia de la normativa existente.

Cuestión distinta es el problema de la eliminación del impacto creado, pues paliar sus efectos sí implica un importante coste financiero. Por ello, asumir el compromiso de supresión exige una programación seria, temporal y financiera, apoyada en convenios de colaboración fundamentalmente con las empresas suministradoras, y el que, en todo caso, se consideren las instalaciones y construcciones ya existentes en una situación similar a lo que urbanísticamente se denomina fuera de ordenación, que exige que cualquier reforma de entidad sobre los elementos existentes no deba ser autorizada si no es desde el compromiso de su adaptación a la normativa reguladora.

Una segunda valoración, con carácter general, se fundamenta en que los causantes del deterioro ambiental de nuestro patrimonio histórico, tanto por construcciones inadecuadas, como por la instalación de elementos de distinta naturaleza, son, por acción, las empresas suministradoras y los propios particulares, que han mostrado un desinterés enorme por estas normas, al mismo tiempo que una nula sensibilidad hacia este problema. Creemos que aunque no existiera una norma que contemplara esta cuestión, una mínima sensibilidad estética que hubiera prevalecido sobre los intereses particulares y económicos de estos agentes, hubiera disuadido de realizar estas actuaciones.

De hecho, la evidencia de las nefastas consecuencias de ese impacto sobre el patrimonio llevó a que en 1932, la Dirección General de Bellas Artes dictara una circular alertando sobre el modo en el que determinados soportes de servicios

públicos “*afean extraordinariamente los edificios y a veces, por su abundancia, dificultan la contemplación*”.²⁴⁶

Ahora bien, el hecho de que los causantes de este deterioro sean, por acción, los agentes citados, no puede en modo alguno eludir la importantísima responsabilidad que, por omisión, poseen los responsables públicos que, teniendo los medios normativos y las competencias para impedir estos desmanes, no han realizado intervenciones, salvo algunas excepciones, para evitarlos. La pasividad, sin duda, como consecuencia de la nula sensibilidad hacia estos hechos, cuando no motivada por la tolerancia hacia la prevalencia de intereses especulativos sobre los públicos, como ha ocurrido con construcciones autorizadas en nuestros municipios de edificios que suponían, entonces y ahora, un “atentado” contra bienes relevantes de nuestro patrimonio histórico, hace corresponsable del daño causado y, por tanto, de la financiación para repararlo a los poderes públicos. La normativa de patrimonio histórico y la legislación urbanística contemplaba hace décadas, por más que ahora exista una normativa más completa, la necesidad de impedir este tipo de actuaciones.

Además, la realidad ha demostrado que son los propios Ayuntamientos los verdaderos protagonistas de un número muy significativo de las actuaciones que han ocasionado contaminación visual en su patrimonio histórico. Así, basta con recorrer los cascos históricos de nuestras ciudades para comprobar con qué indiferencia los Ayuntamientos extienden sus redes de cableado para el alumbrado público por fachadas y cubiertas de monumentos, iglesias y palacios; o cómo sitúan las señales de tráfico o los postes de señalización viaria en los inmuebles objeto de especial protección; o con qué desprecio, hacía las mínimas exigencias de la estética o el buen gusto, colocaban, y colocan, en los entornos de bienes protegidos elementos del mobiliario urbano cuyo diseño y materiales contrastaban absolutamente con las características de la zona en que se ubicaban.

El Defensor del Pueblo Andaluz resalta que la situación creada no es fruto de una desidia del legislador, que no se ha hecho eco de este mal que afecta a nuestro

²⁴⁶ El 1 de Febrero de 1932, el Director General de Bellas Artes, redactaba una Circular de su departamento: “*Son reiteradas las quejas de artistas y amantes de las artes, recibidas en esta Dirección General con motivo de que en los muros de los monumentos nacionales se clavan soportes para sostener los cables de la luz eléctrica y teléfonos, los cuales afean extraordinariamente los edificios y a veces, por su abundancia, dificultan la contemplación; y estimando muy fundamentadas dichas quejas. Esta Dirección General ha acordado dirigirse a V.E. Para que a su vez lo haga saber a los Señores Alcaldes, que en lo sucesivo queda prohibida terminantemente la colocación de tales soportes en los monumentos histórico-artísticos, y asimismo para que interese de dichas Autoridades que procuren conseguir la desaparición de los ya colocados (En Madrid, a 1 de Febrero de 1932)*”.

patrimonio, sino de los agentes privados y públicos que han dado la espalda a la observancia de sus mandatos normativos.

Como solución son preferibles actuaciones integradas para la supresión de elementos distorsionantes de la visión de estos inmuebles, de forma tal que se cree un espacio, o un paisaje, coherente con el inmueble o ámbito protegible, pero no hacer lo factible, lo cercano, lo inmediatamente posible en términos económicos, y esperar a planes integrales es posponer, en la práctica “*sine die*” la solución del problema. Creemos que hay espacios, inmuebles emblemáticos e instalaciones, cuyas características hacen exigible su eliminación inmediata, una actuación decidida, sin un gran coste económico, que palie los nocivos efectos que causan en el bien protegido, ello con independencia de que, cuando sea posible, se dé un tratamiento global y más integrado al inmueble y su entorno.

Utilizar el argumento de que es preferible eliminar todos los elementos distorsionantes y ejecutar las infraestructuras necesarias para que quede resuelto el problema definitivamente, sin que sea aconsejable realizar actuaciones puntuales, es el mejor argumento para, con base a las limitaciones presupuestarias que impiden realizar actuaciones integradas, no hacer nada.

Se necesitan actuaciones de choque que faciliten reformas parciales. Hay que exigir el cumplimiento de la norma con todo su rigor y, paralelamente, cuando se planteen intervenciones de cierta entidad en ejecución de planeamiento, o bien con motivo de la mejora y reforma de infraestructuras, hay que ejecutar actuaciones integrales. Entonces, lo que ya se haya hecho en la dirección correcta, en la mayoría de los casos, se podrá conjugar con el resultado final de esta actuación integrada.

Es necesario mirar a los pueblos y ciudades desde la óptica ambiental que debe amparar sus valores patrimoniales singulares y, en coherencia con esa actitud, es necesario eliminar con cuantas intervenciones sean factibles, los elementos que distorsionen la calidad ambiental que, no sólo en el espacio rural, sino también en el urbano, quiere garantizar en sus artículos 45 y 46 nuestra Norma Suprema.

Por todo lo visto, cabe afirmar que existe un marco jurídico suficiente, aunque mejorable, para impedir el impacto visual que, con las distintos tipos de instalaciones, se genera en los inmuebles que conforman el patrimonio histórico-artístico español y andaluz, así como en su entorno y en los espacios rurales y urbanos de interés estético, artístico, etnológico, de arquitectura tradicional etc.

La previsión contenida en la Disposición Transitoria 7ª de la Ley 16/1985, de 25 de Junio, del Patrimonio Histórico Artístico Español por la que se establece la exigencia de adaptar las instalaciones existentes a sus contenidos normativos en el plazo de cinco años, ha sido incumplida por la práctica totalidad de los municipios de Andalucía y por los agentes públicos y privados responsables, siendo así que esa obligación la establecía la citada disposición respecto de los responsables de su instalación -cualesquiera que fueran éstos-, estableciendo que deberían retirar, en el mencionado plazo, la publicidad comercial, los cables y las conducciones a que se refiere el artículo 19.3 de la citada Ley.

Por tanto, y en conclusión, hay que decir que respecto de la situación ya creada, es sin duda el gran problema a resolver, toda vez que se ha avanzado muy poco en la dirección marcada por dicha Disposición Transitoria. Es suficiente dar un paseo por calles y plazas de la inmensa mayoría de los municipios con un importante patrimonio de esta naturaleza, o en los que existen perspectivas y paisajes de singular belleza, para apreciar hasta qué punto no se ha llevado a cabo la obligación de adaptar la realidad existente a los preceptos de esta Ley.

Sin perjuicio de lo manifestado anteriormente, es preciso destacar que, en no pocas ocasiones, tampoco se está exigiendo, con todo su rigor, la observancia de estas normas -estatales y andaluzas- respecto de la ejecución de nuevas instalaciones. Ello, por cuanto, aun existiendo una cierta dificultad para determinar el tiempo que llevan colocadas determinadas instalaciones, y por tanto si éstas son anteriores o posteriores a la entrada en vigor de las legislaciones de protección del patrimonio histórico-artístico, resulta evidente, por su aspecto, que continúan instalándose nuevos rótulos, marquesinas, antenas, acondicionadores de aire, que rompen la armonía, cuando no dañan, edificios representativos de arquitectura tradicional, cascos antiguos e históricos de nuestros pueblos y ciudades etc.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la *queja 03/1280* que denunciaba la situación en que se encuentra el entorno de la Mezquita, debido a la profusión de rótulos, carteles y anuncios publicitarios en la zona, con un gran despliegue de colorido y una dimensiones que desvirtuaban el sentido histórico y paisajístico del lugar. Debiendo señalar que la profusión de tales elementos contaminantes en el entorno de un Monumento tan señalado, parece indicar la inexistencia de un control y una regulación de la materia por parte del Ayuntamiento de Córdoba²⁴⁷.

²⁴⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2003. “Derechos relativos a la Cultura”,

Esta situación pone de manifiesto la necesidad, de recordar a todos los Ayuntamientos y a las principales empresas instaladoras, la necesidad de que se observe, con todo su rigor, la normativa de patrimonio histórico-artístico. Y con esta finalidad el Defensor del Pueblo Andaluz propone que como los Ayuntamientos, por sus características y sus propias competencias, pueden detectar con mayor facilidad que otras Administraciones Territoriales, las vulneraciones que se produzcan en su término municipal de la normativa de patrimonio histórico-artístico, con carácter previo al otorgamiento de autorizaciones de colocación de instalaciones, licencias de apertura de locales y licencias de primera ocupación de edificios, sean éstos los que verifiquen con todo rigor la adecuación de todos los elementos publicitarios, cables o antenas, a las exigencias de la normativa antes mencionada.

Dicho de otra forma, el Defensor del Pueblo Andaluz ha constatado que no basta, para la aplicabilidad y observancia de normativas sectoriales innovadoras, con su publicación en los boletines oficiales, sino que también resulta imprescindible el que, por las Administraciones que, de una forma singular, han de tutelar el ámbito material que es objeto de la nueva regulación, se realice una eficaz labor de seguimiento sobre el cumplimiento de sus preceptos²⁴⁸, al mismo tiempo que una labor divulgativa ante los distintos sectores públicos y privados que resulten singularmente afectados por la entrada en vigor de nuevas normas.

Dado el gran número de agresiones que, por estas causas, recibe el patrimonio histórico-artístico sería más que conveniente que, sin que constituyera un catálogo cerrado, se reflejaran en las ordenanzas municipales los supuestos o tipos de instalaciones susceptibles de vulnerar las normas de patrimonio los preceptos de aplicación directa de la legislación del Suelo, con objeto de facilitar la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en estas normativas. Es imprescindible el que en las ordenanzas urbanísticas se establezcan condiciones y límites a la ubicación de estas instalaciones y que, así mismo, se disponga un período para la eliminación de las existentes en el marco de un plan de actuaciones. Normativa que, desde luego, debe ser exigida con todo su rigor por la Corporación.

<http://www.defensor-and.es>.

²⁴⁸ En el Informe no se produjo ninguna respuesta municipal que fuera contraria, que considerara innecesaria o cuestionara la conveniencia de estas exigencias, hasta el punto de que prácticamente todos justificaron su incumplimiento en distintas causas. Un gran número de municipios que no contaban con previsiones normativas sobre estas cuestiones se comprometieron en sus respuestas a incluir las consideraciones hechas por el Defensor en los planes especiales de reforma interior y protección de cascos antiguos e históricos; en otros casos, se incluirían en las normas subsidiarias que habían redactado o estaban confeccionando. En realidad, esa concienciación del problema y su reflejo en los compromisos municipales, era el objetivo primordial del Informe.

Si bien hemos indicado, anteriormente, que existe un marco legal suficiente, no obstante hay que destacar que la inexistencia de planes especiales de protección de nuestros conjuntos histórico-artísticos, así como el hecho de que no se hayan efectuado las preceptivas delimitaciones de entorno en los BIC, no ha facilitado, en modo alguno, la protección ambiental frente a la contaminación visual de estos bienes. El impulso de la redacción de estas figuras de planeamiento y una determinación de los entornos de estos bienes es la mejor garantía, siquiera formalmente, para su protección integral.

Sin perjuicio de la normativa general sobre protección de estos bienes, parece más que conveniente que por la Consejería de Cultura se redacte, si es necesario en colaboración con las Consejerías de Obras Públicas y Transportes y de Trabajo e Industria, actualmente Empleo y Desarrollo Tecnológico, unas normas de carácter técnico que permitan facilitar el cumplimiento de las normas del patrimonio histórico-artístico por los Ayuntamientos, así como por los agentes privados. En estas normas se incluirían previsiones sobre normalización técnica de los materiales que se deben emplear en los bienes y espacios de esta naturaleza, sus dimensiones y características básicas, empleo y colocación, distancias, etc. Todo ello, con el fin de que se dé, al problema que supone la distorsión, pero al mismo tiempo la necesidad de ubicar estas instalaciones en los mencionados espacios, un tratamiento relativamente homogeneizado y, en todo caso, coherente con las exigencias de la norma de paliar el impacto visual; sin perjuicio de que, a medio plazo, la normalización de materiales y su aplicación, supondrá un abaratamiento de costes para quienes hayan de asumir financieramente su instalación.

Aportar este tipo de soluciones técnicas es de singular interés como orientación para facilitar la actuación de los medianos y pequeños municipios que padecen una insuficiencia de medios crónica, a fin de abaratar costes a los agentes públicos y privados al tratarse de técnicas y materiales relativamente homologados y para evitar que soluciones no idóneas vengán a agravar el problema en lugar de paliar sus efectos. Para ello se hace estrictamente necesario que se proceda a aprobar, formalmente, un plan de actuaciones destinado a abordar la eliminación el impacto visual sobre los bienes históricos, en el que quede definido el marco de financiación en el que los distintos responsables, públicos y privados, han de asumir las obligaciones hasta ahora incumplidas, la prioridad de las distintas actuaciones y los plazos en los que, escalonadamente, se llevarán a efecto las actuaciones precisas. Complementando este plan de actuaciones se debería establecer anualmente un programa de ayudas destinado a financiar parcialmente las actuaciones que realicen los Ayuntamientos y particulares para adaptar las mencionadas instalaciones.

La insuficiencia de medios personales y materiales en la Consejería de Cultura para ejercer las facultades inherentes a su potestad sancionadora hace que el sistema disciplinario de la normativa cultural, que debe ser el mecanismo de cierre que proteja, en última instancia, nuestro patrimonio histórico frente a posibles agresiones, sea una mera declaración de intenciones del legislador. Por esta razón el Defensor del Pueblo Andaluz propone que se estudie, en una próxima reforma de la legislación de patrimonio histórico de Andalucía, la posibilidad de, sin perjuicio de las competencias de los distintos órganos de la Consejería de Cultura en la materia, otorgar facultades sancionadoras a los Ayuntamientos ante determinadas infracciones de la citada normativa²⁴⁹.

No podemos olvidar que todos los municipios y, en particular los medianos y pequeños, sufren una auténtica sobrecarga competencial, recibida por vía de legislación sectorial de distinta índole, en cuya redacción poco o nada han intervenido y que hacen muy difícil la sunción de sus obligaciones por su crónica insuficiencia financiera, que se manifiesta en la debilidad de sus medios técnicos, materiales y personales. De ahí que sea vital la firma de convenios de colaboración interadministrativos, y acuerdos con las empresas instaladoras con el fin de adaptar la realidad a las exigencias de las normas sobre protección del patrimonio histórico artístico. Sin embargo, en la práctica, la inmensa mayoría de estos municipios no tiene firmado convenio alguno con este fin.

A la vista de ello, creemos necesario el que por la Consejería de Cultura, en colaboración con las más importantes empresas instaladoras, se elabore un convenio modelo que pudiera ser utilizado por todos los municipios de Andalucía que decidieran acogerse al mismo, para establecer la financiación y modo de gestión de la adaptación de las instalaciones existentes a la normativa de Patrimonio Histórico. La firma de acuerdos de esta naturaleza es considerada como un paso previo, casi imprescindible, para abordar el objetivo de la adaptación de estas instalaciones a las exigencias legales.

La exigencia de observancia de estas normas no tiene que, necesariamente, suponer nuevos costes sino otra forma de hacer las cosas, es incuestionable que, ante su reiterado incumplimiento, se ha creado una situación que exige un esfuerzo económico importante que muchos municipios no pueden asumir, sin que, por otro lado, por prescripción de acciones, dificultad de determinar el sujeto responsable etc.,

²⁴⁹ Informe del Defensor del Pueblo de 1997, pag. 301.

sea posible imputar y/o exigir la asunción de la necesidad de adaptar la realidad a las previsiones de la norma a los particulares que, en su día, procedieron a colocar tales instalaciones.

Esta situación en que existe una obligación legal que ni los particulares, ni, en muchos casos, los Ayuntamientos, por sí mismos pueden asumir, determina la necesidad de que se establezca un marco de responsabilidad compartida, fundamentalmente entre los Ayuntamientos y las empresas suministradoras y que, al mismo tiempo, se creen formulas de cofinanciación entre éstas y la Consejería y el Ministerio de Cultura. Ello no sólo por sus importantísimas competencias en materia de tutela y protección del patrimonio inmobiliario y paisajístico, sino también por la importante responsabilidad por omisión, que han contraído estas Administraciones al no haber utilizado, con motivo de estas agresiones a nuestro patrimonio, las medidas correctoras y sancionadoras previstas en las normas.

2.3.4.1. Las consecuencias del Informe especial sobre contaminación visual

El contenido de dicho Informe fue debatido en la Comisión de Cultura, Turismo y Deportes de fecha 26 de Noviembre de 1998. Con posterioridad, el 17 de Diciembre de 1998, en la Comisión de Cultura, Turismo y Deportes se produjo la comparecencia de la Sra. Consejera de Cultura para evaluar, valorar y exponer las medidas adoptadas por su Consejería tras conocer el citado Informe.

En el curso de dicha comparecencia, la Sra. Consejera anunció que se habían delimitado varios elementos de trabajo con vistas a ir haciendo efectivas las Recomendaciones y Sugerencias que se contenían en el Informe evacuado por el Defensor del Pueblo Andaluz. Dichos elementos de trabajo consistían básicamente en lo siguiente: diagnóstico de la situación con el fin de conocer los elementos, circunstancias y repercusiones de la contaminación visual sobre el patrimonio histórico se iniciaron tres *experiencias piloto*, en el marco del programa regional de espacios públicos convenido con la Consejería de Obras Públicas para la actuación conjunta en el patrimonio histórico²⁵⁰; redacción de instrucciones internas: tenían por objeto unificar y reforzar los criterios de actuación de las diferentes Comisiones Provinciales de Patrimonio Histórico, especialmente a la hora de emitir los informes vinculantes en relación con actuaciones a realizar en Bienes declarados de Interés

²⁵⁰ Estas tres experiencias piloto se preveía llevarlas a cabo en: Vélez Rubio (Almería); Aracena (Huelva); Guadix (Granada).

Cultural; campaña de recordatorio de la legislación vigente para el sector público y el sector privado. A estos efectos, y de acuerdo con la FAMP, se planteaba la realización en el primer semestre de 1999 de campañas, seminarios y jornadas en todas las provincias andaluzas, con participación de Alcaldes, Concejales, Arquitectos y Técnicos municipales, y Convenio con empresas suministradoras: se había presentado una propuesta de convenio a las grandes compañías suministradoras (Telefónica, Sevillana, etc.) para alcanzar el denominado pacto ético por el patrimonio histórico andaluz.

Estos elementos de trabajo, anunciados en su comparecencia por la Sra. Consejera, resultaban ser prácticamente coincidentes en su planteamiento con las propuestas de actuación que se incluían en el Informe Especial elaborado por el Defensor del Pueblo Andaluz, por lo que, en cierta medida, el anuncio de su puesta en práctica, conllevaba la consideración de que se habían aceptado y se estaban poniendo en práctica dichas propuestas. No obstante, lo cierto es que, de la lectura de los informes del Defensor del Pueblo Andaluz, se extrae que en ningún momento había considerado oportuno la Consejería ponerse en contacto con el Comisionado Parlamentario Autonómico a los efectos de hacerle partícipe del contenido y resultado de las iniciativas emprendidas en esta materia, razón por la cual, éste desconocía el contenido exacto de las iniciativas, así como el resultado final que pudiera haberse seguido de su puesta en práctica a lo largo del año 2000.

En este sentido, es importante reseñar que es costumbre del Defensor del Pueblo Andaluz realizar un seguimiento de los asuntos tratados en Informes Especiales, a fin de conocer la evolución de los problemas en ellos analizados, y poder así evaluar el grado de aceptación y cumplimiento por la Administración de la Resoluciones formuladas con ocasión de los mismos. Por ello procedió a la apertura de oficio de la *queja 00/13*, interesando de la Dirección General de Bienes Culturales que le remitiera un informe a fin de conocer con detalle cuales eran las iniciativas emprendidas por la Consejería de Cultura en relación con la protección del patrimonio histórico frente a las agresiones estéticas y visuales, y cuál era el resultado de la puesta en práctica de dichas iniciativas²⁵¹. Como respuesta a esta comunicación se recibió a finales del año 2000 el informe de la Dirección General de Bienes Culturales.

²⁵¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 272 a 275.

En él se establecía que las experiencias piloto consistían en la ordenación de espacios públicos de diversa índole y complejidad, a través de la redacción del preceptivo proyecto y la ejecución de la propuesta²⁵². Su desarrollo se hacía en el marco del Programa Regional de Espacios Públicos de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, con recursos generados en concepto del 1% Cultural de las obras ejecutadas por dicha Consejería, y en aplicación del Programa Regional de Planeamiento en Centros Históricos aprobado por ambas Consejerías en Mayo de 1994.

Respecto a la campaña de recordatorio de la legislación vigente para el sector público y privado en el informe de la Consejería de Cultura se concretaba que se habían realizado dos actuaciones: la primera, el envío personal de la Consejera de Cultura de escritos a todos los Alcaldes de Ayuntamientos con Conjuntos Históricos manifestándoles el interés de esta Consejería en esta problemática, recordándoles la legalidad vigente y comunicando las actuaciones previstas, que ha tenido un favorable eco en algunos Ayuntamientos y, la segunda, la previsión de unas Jornadas o Encuentros con la participación de las Administraciones y agentes implicados, estando incluidas en el presupuesto de inversiones para esa anualidad²⁵³. Dichas Jornadas debían ser, a juicio de la Consejería, el foro adecuado de elaboración, entre otras conclusiones, de la redacción de las Instrucciones Internas que tienen por objeto unificar y reforzar los criterios para informar en materia de autorizaciones de proyectos y planes que ejercen las Delegaciones Provinciales de la Consejería.

²⁵² Con respecto a Vélez Rubio, la Plaza de la Feria y Carrera del Carmen del Vélez Rubio, se ha desarrollado el proyecto técnico correspondiente por la Oficina Municipal para el Centro Histórico, estando pendiente de reajuste presupuestario. La inversión completa es de 100 millones de pesetas aportando el 70 millones de pesetas la Consejería de Cultura y el resto el Ayuntamiento. El Convenio Marco que posibilita la actuación se firmó en Mayo de 1999. Con respecto a la actuación en Guadix, el Convenio Marco se rubrica en Julio de 1999, habiéndose celebrado un concurso de ideas para la concreción del proyecto. La inversión total prevista es de 50 millones de pesetas, financiando la Consejería de Cultura 35 millones y el Ayuntamiento el resto. El Convenio Marco para la actuación en la Plaza de Santo Domingo de Aracena, se firmó en Octubre de 1999. Tras el correspondiente concurso de ideas se ha concluido el proyecto técnico estando pendiente el inicio de las obras. La inversión total prevista es de 50 millones de pesetas, financiando la Consejería de Cultura 35 millones y el Ayuntamiento el resto. A la fecha de publicación del Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de la gestión realizada en el año 2003, el estado de las experiencias es el siguiente: La Plaza de la Feria y Carrera del Carmen, de Vélez Rubio está en la última fase de ejecución de las obras. En el Cerro en hábitat de Cuevas. Guadix, aún no se ha iniciado ninguna actuación por diversas circunstancias de índole administrativa que han retrasado la puesta en marcha de este proyecto, que está previsto que se contrate en este ejercicio. La Plaza de Santo Domingo en Aracena han concluido. Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2003. "Derechos relativos a la Cultura", <http://www.defensor-and.es>.

²⁵³ En el Informe de la Consejería de Cultura se precisaba además que en relación a las Jornadas, se había remitido un escrito al Presidente de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias solicitando su colaboración para la realización de las mismas, e igualmente, la Consejería aprovechaba el escrito para solicitar igualmente la colaboración del Defensor del Pueblo Andaluz.

En cuanto al Convenio con las empresas suministradoras se dejó constancia de la elaboración de un borrador, el cual se quería utilizar en las Jornadas anteriormente mencionadas para cerrar un compromiso con las compañías formalizando finalmente el mismo.

Uno de los principales acuerdos de las Jornadas mencionadas, a las que asistió el Defensor del Pueblo Andaluz, consistió en la constitución de una mesa o comisión de trabajo que, bajo la dirección de la Consejería de Cultura y con presencia de todas las Administraciones implicadas y de representantes de las principales empresas suministradoras, se encargaría de elaborar las líneas maestras de un plan o programa de intervención contra la contaminación visual en Andalucía.

Habiendo transcurrido ya más de un año desde que dichas Jornadas se celebraran, se inició por la Institución una nueva actuación de oficio, *queja 03/1495*, con el fin de conocer cómo se habían desarrollado los trabajos para la elaboración de este plan o programa, así como el resultado de las experiencias piloto que venían desarrollándose en algunas provincias andaluzas²⁵⁴.

De igual modo, se quería conocer cuáles eran las actuaciones que venía realizando la Consejería en la lucha contra la contaminación visual en Andalucía, en particular, por lo que se refiere a las medidas adoptadas junto con las Entidades Locales para la erradicación de las situaciones de contaminación visual en los cascos históricos de nuestras ciudades y en los entornos de los Bienes declarados de Interés Cultural.

A tal fin se solicitó el oportuno informe a la Dirección General de Bienes Culturales que comunicó que el 18 de Julio de 2001 se constituyó la Mesa para la descontaminación visual del Patrimonio Histórico Andaluz formada por miembros de distintas Consejerías de la Junta de Andalucía, de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias y de las distintas empresas suministradoras que operan en el territorio andaluz.

Con objeto de conseguir la eficacia de esa Mesa y posibilitar la elaboración de conclusiones, se dispuso la constitución de cuatro grupos de trabajo que, a la

²⁵⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2003, “Derechos relativos a la Cultura”, Contaminación visual del patrimonio histórico andaluz. [Http://www.defensor-and.es](http://www.defensor-and.es).

fecha de publicación del informe del Defensor del Pueblo Andaluz de la gestión realizada en el año 2003, aún no han concluido sus trabajos²⁵⁵.

En el plano de la difusión la Consejería de Cultura procedió a la publicación de las Jornadas sobre contaminación Visual, dando traslado de la misma a todos los municipios con un Conjunto Histórico protegido, esperando que esta acción produzca una mayor concienciación de los Ayuntamientos con el Problema.

La Consejería afirmaba que lleva a cabo dos tipos de control uno a través del planeamiento y otro a través de la Inscripción en el Catálogo General. A través del planeamiento que informa en virtud de sus competencias, y especialmente de aquel que subvenciona, vela porque la normativa establezca los instrumentos básicos que posibiliten una acción decidida en contra de los elementos distorsionantes del paisaje urbano. Así se comprueba que el capítulo concerniente a las infraestructuras urbanas contemple tanto la regulación de las nuevas instalaciones tendentes a su mínimo impacto como las propuestas para la ocultación de las ya existentes. En los expedientes de Inscripción en el Catálogo General del Patrimonio Histórico de Andalucía, la Consejería lleva a cabo un diagnóstico tanto del bien como del entorno proponiendo las medias correctoras necesarias en cuanto a contaminación visual, que quedan reflejadas en las Instrucciones Particulares que acompañan al expediente y que tienen una ejecutividad inmediata tras su publicación.

Como resultado de estas informaciones el Defensor del Pueblo Andaluz recomendó a la a la Dirección General la conveniencia de impulsar más decididamente las actuaciones tendentes a hacer realidad los compromisos asumidos a raíz de la presentación del Informe Especial y como consecuencia de las Jornadas realizadas en 2001.

En este sentido, mostró su preocupación por el hecho de que en el 2003 no se habían concluido aún el trabajo de los cuatro grupos creados con las empresas suministradoras para abordar distintos aspectos derivados de la problemática de la contaminación visual originada por el tendido de cables y las instalaciones de apoyo de las redes de suministro.

²⁵⁵ Las mesas que tienen que redactar las conclusiones son las siguientes: 1. Guía de buenas prácticas y cursos de formación para técnicos e instaladores; 2. Elaboración de Directrices para el planeamiento y reglamentos técnicos de distinta naturaleza; 3. Programas de ayudas para ayuntamientos y redacción de convenios con compañías suministradoras; 4. Identificación de experiencias piloto.

Asimismo, el Comisionado Parlamentario mostró su inquietud de que haya podido quedar en el olvido la pretensión última recogida en las Jornadas de elaborar un plan o programa de intervención contra la contaminación visual en Andalucía, partiendo de los resultados obtenidos en las experiencias piloto puestas en marcha en diversas localidades.

Con estas líneas queremos elogiar la tarea de del Defensor del Pueblo que no cesa en seguir insistiendo ante la Consejería de Cultura en la necesidad de acometer con decisión la búsqueda de soluciones para evitar que se produzcan nuevas agresiones visuales al patrimonio histórico así como en la necesidad de eliminar las ya existentes.

La Contaminación Acústica

1. Tratamiento constitucional del Ruido y Bienes jurídicos en conflicto

Entre los diversos sectores que integran la problemática ambiental, tal vez sea la contaminación acústica a la que menos atención se haya dedicado, hasta momentos muy recientes, a pesar de constituir uno de los principales problemas en las ciudades y siendo España el país más ruidoso del mundo después de Japón¹. Parece existir unanimidad en que la contaminación sonora es en la actualidad un factor medioambiental importantísimo y que afecta directamente, no sólo a la salud y a la calidad de vida de los ciudadanos, sino también a los derechos fundamentales de inviolabilidad del domicilio y el derecho a la integridad física y moral, tal y como ha reiterado la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 2004².

La producción de ruidos ha sido considerada siempre por el ser humano una molestia, pero hasta ahora, dado el tipo de clima que disfrutamos y la falta de un desarrollo del urbanismo cuyo diseño no ha tenido una excesiva preocupación por la calidad del medio-ambiente urbano, parece como si aceptáramos, pasivamente, vivir en torno a una alta cota de ruidos soportando, con naturalidad, convivir con una serie de fuentes y focos generadores de ruidos producidos por actividades molestas, insalubres y, en ocasiones, peligrosas. No parece que nuestro entorno nos preocupe y la misma sociedad parece poco sensibilizada a exigir y a cumplir las normas necesarias para evitar tales molestias.

¹ Ver: El Medio Ambiente en España, 2000. Capítulo 3.1: Contaminación atmosférica y ruido. Ministerio de Medio Ambiente, 2002 y Calidad del aire en Europa. Estado y tendencias 1990-1999. Agencia Europea de Medio Ambiente, 2003.

² Ponente don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. En esta sentencia se denegó el amparo al propietario de un local que fue sancionado por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón con una multa de 50.001 pesetas porque sobrepasó los niveles sonoros permitidos por la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la Contaminación Acústica. Es principalmente el Fundamento Jurídico Segundo el que contiene la doctrina de protección de los derechos fundamentales, partiendo de la doctrina expuesta en la STC 119/2001, de 24 de mayo de la que fue ponente también Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Vid. el comentario de esta sentencia en NIETO Alejandro, La balada de la Justicia y la Ley, Editorial Trotta, Madrid, 2002, 298 páginas, págs. 216 – 218.

El profesor SOSA WAGNER, en la lección inaugural del curso académico 1990–1991 en la Universidad de León describió con un ingenioso humor no exento de realismo la situación de la que disfrutamos un elevado porcentaje de españoles³:

“Dicho en otros términos, baste advertir que el ciudadano español se acuesta arrullado por el camión de las basuras y se levanta con el oído regalado por unas máquinas horrisonas que tienen como misión limpiar las aceras. Durante el día, el ciudadano al que me vengo refiriendo puede encontrar otros motivos de deleite. Hay quienes disfrutan de un taller de reparaciones, quienes de una estación de autobuses, quienes de la vía del tren, quienes de una buena discoteca, quienes de un bar, quienes de un establecimiento (que es lo mismo que un bar pero en portátil), quienes de unos vecinos buenos aficionados de la ópera o entusiastas de excitantes ritmos. Hay abusones que logran simultanear varias de estas prebendas aunque, felizmente, a todos nos iguala el placer de oír, ex aequo, las bocinas de los coches, el escape libre de las motos, los acariciadores camiones, y las suaves hormigoneras. Cuando ya se tiene mucha suerte, una obra cercana aporta la apacible musicalidad de una taladradora.

Por último, hay zonas de la ciudad que tienen el privilegio de constituir el nocturno escenario en el que vacilantes ebrios y tratabillantes azumbrados arrastran su pítima, entonando, no siempre de forma lúcida, eufóricos boleros o quejosos tangos e incluso respetados himnos regionales, todo ello antes las barbas (o los bigotes, que el adorno capilar es lo de menos) de la autoridad como pude comprobar yo mismo durante la temporada en que tuve la suerte de vivir frente a la mismísima jefatura de policía de esta ciudad.”

Solo desde hace muy poco tiempo los poderes públicos han prestado atención a este problema. Ello desde el momento en que el ruido se ha convertido en un efectivo y evaluable factor agresivo de la sociedad, siendo una de las mayores fuentes de malestar para la vida moderna y un peligro para la salud pública. El retraso en la regulación de las normas medioambientales precisas, el incumplimiento o pasividad, en muchas ocasiones, de los organismos públicos en su aplicación y la falta de cultura cívica y de respeto a dichas normas, han coadyuvado a que la situación sea cada vez más grave y compleja.

³ Vid. SOSA WAGNER, Francisco, “La lucha contra el ruido” REALA número 249, 1991, págs. 11 – 31.

Así las cosas, los ciudadanos ante el ataque que para su vida supone el ruido, entendido como “el conjunto de sonidos que producen en el hombre un efecto desagradable en razón a su molestia evidente, del cansancio, de la perturbación y, en algunos casos, del dolor producido”⁴, imploran de sus Ayuntamientos de sus Subdelegados del Gobierno, de los políticos a los que pueden acceder, la acción que desde su nacimiento define al Estado moderno, la acción de policía dirigida a contribuir a la felicidad de los ciudadanos y, principalmente, a la conservación del orden y de la disciplina procurando a los súbditos una vida más cómoda y armoniosa.

Pero el Estado ante esta demanda se mueve torpemente. Transcurrido más de un siglo desde las fechas en que el ruido fabril y el de las nuevas ciudades mecanizadas activó la adopción de medidas de policía que de una forma u otra parecían paliarlo, el ruido se ha extendido sin que la acción pública parezca poder evitarlo. El ruido al que principalmente se refieren los ciudadanos en sus quejas ante los Comisionados Parlamentarios, ya no es sólo el de las fábricas o talleres que absorbidos por el crecimiento de las ciudades se ven obligados a adecuar su actividad a normas sobre la contaminación atmosférica, de efluentes líquidos, sónica, paisajística, de residuos tóxicos o no... Tampoco lo es, principalmente, el ruido urbano que provoca el tráfico, ruido que los urbanistas, los expertos en tráfico, los técnicos de la industria y la policía; planificando, controlando, midiendo y castigando parecen contar con los medios necesarios para dirigir o paliar. El ruido que como un mal inevitable invade la vida de los ciudadanos transmitiéndose a través de cualquier medio, sólido, líquido o gaseoso, a cualquiera de las horas de día, siempre a la misma velocidad pero con diferentes tonos e intensidades, no es técnicamente un ruido y ésta es quizá la indignación cuando no descorazonamiento, que genera de los ciudadanos más silenciosos.

Del examen de las quejas que reciben los Comisionados Parlamentarios y del más representativo examen que de la realidad urbana realizan estos cada día al vivir como ciudadanos, se deduce que el ruido más molesto ya no es exactamente un sonido inarticulado y confuso, sino voces, música que acaso a otras horas en otros lugares y a otro volumen agrada, gritos de alegría, risas, algarabía en fin, y el sonido de vehículos que probablemente sin infringir las normas sobre las emisiones resultan dolorosamente molestos. Es decir, éstos ruidos son los que el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO venía a llamar los ruidos evitables cuya desaparición, o

⁴ Ésta es la definición de ruido extraída del Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz que lleva por Título “Contaminación acústica en Andalucía derivado de actividades recreativas y consumo de bebidas en las vías públicas”, mayo 1996. pag. 24.

cuyo amortiguamiento a unos niveles de mucha mayor tolerancia, no es complejo en absoluto, ni tiene los efectos económicos catastróficos de otras operaciones, ni ofrece las dificultades ni empeños que deparan los ruidos que el citado autor denomina de inevitables porque son de muy difícil erradicación súbita o rápida, por lo que implica en costes económicos y en alteración de formas de vida urbanas e industriales, así el ruido del tráfico, el ruido de algunas industrias, el ruido de aeropuertos que si bien son de difícil y compleja eliminación o reducción no deben abandonarse a su propia solución, sino que exigen una compleja atención ⁵.

La institución del Defensor del Pueblo, ya sea Español ya sea Andaluz, está recibiendo cada día mayor número de quejas que permiten observar dos hechos: por un lado, la progresiva generalización del malestar del ruido en todas las ciudades y, por otro lado, el concurso de diversas causas que agravan cualitativamente la situación de las familias afectadas. Las resoluciones judiciales y la tramitación de las quejas que reciben las instituciones de los comisionados parlamentarios, todo ello atemperado por los comentarios y tendencias de la más reconocida doctrina, van a ser el objeto de nuestro estudio por cuanto entendemos que constituyen, citando una expresión del profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, “*un termómetro auténtico del derecho realmente vivido*”⁶.

1.1. Tratamiento Constitucional del Ruido

El ruido no es un Título competencial específico, es decir, la Constitución no contiene mención alguna al mismo, no reconoce expresamente ningún derecho a los ciudadanos que pudiera enunciarse, utilizando una expresión del profesor BEATO ESPEJO⁷, en términos similares a “*disfrutar de un ambiente silencioso y*

⁵ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)*”, RAP 115, 1988, págs. 205 – 231. En este artículo se citaba el amplio tratamiento que Ramón MARTÍN MATEO en su obra Derecho Ambiental daba a los ruidos inevitables, pues no sólo resaltaba las dificultades de su tratamiento sino que también ofrecía ejemplos concretos de actuaciones efectivas. Por ejemplo, daba noticia de como ante la reacción frente a determinados transportes aéreos supersónicos, se llegó en los Estados Unidos de América del Norte a abandonar la construcción de tales aviones, así como a prohibir su vuelo sobre territorio estadounidense.

⁶ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*” RVAP número 40, 1994, págs. 103 – 120.

⁷ Vid. BEATO ESPEJO, Manuel, “*el medio ambiente como bien jurídico colectivo. Ruido callejero como actividad molesta. Derecho a un ambiente silencioso y pacificador*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, número 148, 1996, págs. 115- 146.

pacificador”, y tampoco la protección contra sus consecuencias aparece entre las materias enumeradas en aquella a los efectos de su atribución al Estado o a las Comunidades Autónomas. En palabras del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO⁸, “*de redactarse hoy la Constitución Española no sería de extrañar que, a la vista de la magnitud del problema, se intentara forzar alguna mención expresa*”.

No son necesarias, con todo, esas referencias concretas, pues las normas, y sobre todo las más importantes, las que se quieren que logren una vigencia prolongada, se hacen para trascender coyunturas concretas y para que puedan alcanzar una aplicabilidad amplia y general. No cabe duda que la carencia de Título competencial específico en la Constitución no impide hablar de otros análogos o similares en los que dicha protección puede encajarse, es decir existen previsiones suficientes en nuestra Carta Magna que pueden ser utilizadas para combatir el deterioro que implica el nivel de ruidos.

Así en el Preámbulo de la Constitución, se consigna la finalidad de “*promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida*”. Hoy resulta pacífico que la eliminación o la erradicación de los ruidos constituye parte integrante de esa “*digna calidad de vida*” a la que se refiere a la Constitución.

Un encaje más claro del tema que nos ocupa, aparece en el artículo 45.2 del Texto Constitucional, en el que se vincula a los poderes públicos a la defensa del medio ambiente. Éste es el encaje constitucional más claro y relevante: el derecho a gozar de un medio ambiente implica, entre otras cosas, el derecho a gozar de un medio ambiente acústicamente no contaminado. A este respecto cabe poner de relieve la existencia de una línea jurisprudencia del Tribunal Supremo que reclama la directa conexión de la lucha contra el ruido con la protección constitucional del medio ambiente. En el Auto del TS de 11 de mayo de 1989 encontramos una afirmación tajante que, sin duda, postula un entendimiento sistemático y general de la lucha contra el ruido⁹: “*el sistema jurídico del medio ambiente se integra de*

⁸ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*El ruido en la reciente jurisprudencia*”, RAP, número 125, 1991, págs. 319 – 343.

⁹ El Auto citado otorgó la suspensión de la licencia de una discoteca con fundamento en el derecho a un medio ambiente adecuado: “*El sistema jurídico de medio ambiente se integra de diversos subsistemas, entre ellos el de la lucha contra la contaminación de cualquier tipo, incluida la acústica. Esta Sala que ha de interpretar las normas de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no puede desconocer esa prevalencia de lo medio ambiental sobre lo*

diversos subsistemas, entre ellos el de la lucha contra la contaminación de cualquier tipo, incluida la acústica". En la misma línea la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1990 que confirmó la licencia de apertura de un pub condicionada a la no dotación de altavoces en el exterior: *"la Administración ha concedido lo que se le pedía, licencia de apertura de un pub, pero con los condicionantes consistentes en no sobrepasar un determinado número de decibelios a fin de hacer compatibles los legítimos derechos del recurrente con los no menos legítimos de los vecinos. Con la particularidad de que el de estos a gozar de un medio ambiente adecuado es un derecho constitucional por cuyo respeto han de velar, y a ello les conmina la Constitución, los poderes públicos"*¹⁰.

También se puede conectar la contaminación acústica con la protección a la salud a la que se refiere el artículo 43 de la Constitución, pues parecen suficientemente demostrados los efectos negativos que el rigor de los ruidos provoca en la salud de las personas, siendo causa frecuente de alteraciones fisiológicas según se evidencia desde el campo de la Medicina¹¹. Cuando el artículo 43 de la Constitución afianza la garantía del derecho a la salud bueno es recordar que alude a las medidas preventivas así como a los deberes de todos al respeto. La protección a la salud no consiste sólo en tratar de reparar los males producidos, sino, en gran medida, en anticiparse para evitarlos y prevenirlos. Cuanto más avanzada sea una sociedad, más deberá transitar por esta senda.

Menos patente, o tal vez más escondida, resulta otra previsión constitucional a la que hay que dar toda la importancia que tiene. En el artículo 40.2 se compromete a los poderes públicos a velar *"por la seguridad e higiene en el trabajo"*. En efecto muchos son los ciudadanos que sufren las consecuencias perniciosas del ruido desde su condición de trabajadores¹².

urbanístico... y como poder público que es, este Tribunal está conminado constitucionalmente a velar por ese medio ambiente, lo que supone velar también por la salud, porque la contaminación acústica no sólo es que impida el descanso a los que habitan en las viviendas cercanas sino que perjudican la salud de todos los que se ven sometidos a la incidencia de un número excesivo de decibelios".

¹⁰ Ponente Francisco González Navarro, EDJ 1990/10143.

¹¹ En relación a los efectos negativos del ruido en la salud, ver, aparte de las reflexiones hechas por los Comisionados parlamentarios autonómicos en los Informes anuales, la reflexión de Celso Montero, Vicevaledor Segundo del Valedor del Povo, en *"El ruido ambiental como agresión al derecho de la salud"* ponencia en las IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo; págs 125 – 141. Alicante, 5, 6 y 7 de octubre de 1994.

¹² Ver la Sentencia de la Sala de lo Social de 23 de junio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Sobre la protección de los trabajadores frente al ruido. Ponente D. Francisco José Pérez Navarro, Aranzadi AS 1998\5697.

Estas referencias al articulado de la Constitución nos reconducen a los llamados “*principios rectores de la política económica y social*”, sintetizados en el capítulo tercero del Título I. Su importancia y significado queda resaltado ya con la inclusión en el texto constitucional, pero su funcionalidad exige la intermediación de la ley de desarrollo y concreción para que los ciudadanos puedan llevar sus pretensiones a los Tribunales de Justicia, siendo ya abundantes, las normas de desarrollo, según apreciaremos. Junto a la postura de aquellos que consideran el contenido del artículo 43 y 45 de la Constitución como meros principios de la actuación de los poderes públicos, también hay otra postura que defiende una interpretación más abierta en el sentido de considerar que la defensa frente a los ruidos molestos constituye un verdadero derecho¹³.

Un Título de intervención frente al ruido que está teniendo especial significado y una positiva práctica judicial es la defensa de alguno de los derechos fundamentales, concretamente el derecho fundamental a la integridad física y moral y el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, garantizados en el artículo 15 y en el artículo 18 de la Constitución, respectivamente.

La Sentencia de 29 de mayo de 2001 del Tribunal Constitucional, en su Fundamento Jurídico Sexto argumenta que cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido pone en grave peligro la salud de las personas, esta situación puede implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral. Si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 de la Constitución, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción o una u omisión de los poderes públicos, rebasa el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 de la Carta Magna¹⁴.

¹³ Vid. ACOSTA GALLO, Pablo, “*Ruidos nocturnos por afluencia masiva de público a locales de ocio e intervención municipal (la STSJ de I.B. de 29 de julio de 1999)*” REALA, número 282, 2000, págs. 283 – 298. A juicio de este autor el derecho al medio ambiente constituye un auténtico derecho. La peculiaridad que conlleva su inclusión entre los principios rectores reside en que no puede implicar una obligación de resultados, aunque sin duda sí de medios. Véase en este mismo razonamiento referido al derecho a la salud en Efrén BORRAJO DACRUZ, “Artículo 43” de los comentarios a las Leyes Políticas dirigidos por ALZAGA VILLAALMIL, Edersa, 1996, pag. 154.

¹⁴ La STC de 24 de mayo de 2001, cuyo Ponente fue don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, se dicta con motivo de un recurso de amparo, promovido por una vecina de Valencia. La demandante de amparo consideraba que el Ayuntamiento de Valencia había vulnerado sus derechos reconocidos en los artículos 15 y 18 de la CE, en razón de no desplegar la actividad necesaria para paliar los ruidos que, en el ambiente exterior y en su vivienda, provocaba la excesiva concentración de

A través de Voto Particular, el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera expresó su disenso respecto a que la vulneración del artículo 15 de la CE exigiera un peligro grave e inmediato para la salud de las personas, pues estimó que bastaba la existencia de cualquier efecto nocivo. Igualmente, el citado magistrado que el ruido lesivo de la integridad física en un estado de salud, no es sólo el ruido que invade el ámbito domiciliario: es el ruido ambiental. El ruido como fenómeno unitario, afirmaba el magistrado, tiene efectos nocivos sobre la salud, con independencia de dónde y cómo se produce. Puede ser considerablemente nocivo el ruido que afecta a los escolares o a los ancianos en sus lugares de estudio o de residencia, o a los enfermos en los lugares de sanación. El ruido no entiende de fronteras: es una forma de energía que afecta nocivamente sobre la salud de las personas en muy distintos lugares de exposición más o menos continuada, no sólo en el domicilio. En consecuencia, no debe, a juicio de Jiménez de Parga Cabrera, circunscribirse el libre desarrollo de la personalidad al ámbito domiciliario, cuando tal desarrollo resulte afectado por el ruido circundante.

El derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, es vulnerado desde el momento en que los ruidos que penetran en el domicilio constituyen injerencias, en el sentido que a tal término atribuye el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹⁵;

locales de ocio nocturno y que eran superiores a los que establecía la OMS, las ordenanzas municipales y demás normas de aplicación. El TC aunque desestimó las pretensiones de la demandante en base a la falta de mediciones realizadas en el interior de su vivienda y, por tanto, por falta de acreditación de la lesión real y efectiva de los derechos invocados, aclaró, en los términos que hemos analizado en el texto principal, la problemática de la posible vulneración de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 15 y 18.1 y 2 de la Constitución. Esta sentencia se encuentra brillantemente comentada por PÉREZ MARTOS, José, “*La protección jurisdiccional frente al ruido (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo)*” REALA, número 288, 2002, págs. 215 – 244. En relación a esta Sentencia, la Sentencia de 16 de noviembre de 2004 del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos que ha establecido la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo o, lo que es lo mismo, del derecho fundamental a la intimidad, a consecuencia de los elevados ruidos en el entorno de una vivienda, ocasionados por centenares de locales de ocio autorizados por el Ayuntamiento de Valencia. Esta Sentencia entra en contradicción con la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional antes mencionada que no apreció dicha vulneración. El Tribunal Europeo considera insuficientes las medidas adoptadas por las autoridades administrativas españolas, para atajar el problema de contaminación acústica que afligía a nuestro cliente. La Sentencia se puede considerar hermana de la Sentencia del mismo Tribunal Europeo en el conocido como “Caso Lopez Ostra contra España”. Aquella Sentencia tuvo notable influencia en la jurisprudencia española y cabe prever que esta nueva Sentencia también tenga especial incidencia, sobre todo por llegar a distinta conclusión que el Tribunal Constitucional Español sobre el alcance de la propia doctrina del Tribunal Europeo.

¹⁵ Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950¹⁶ y el artículo 17 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁷.

Aún antes de formularse definitivamente la jurisprudencia del TEDH en el conocido caso López Ostra¹⁸, recuerda el profesor LÓPEZ RAMÓN que en nuestra doctrina se venía proponiendo el establecimiento de una vía de defensa contra el ruido mediante los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales a la

¹⁶ Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Este Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979.

¹⁷ Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹⁸ Los hechos y fundamentos de la Sentencia de 9 de Diciembre de 1994 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en síntesis son los siguientes:

- En mayo de 1990, Gregoria López Ostra interpone una demanda contra España ante el Tribunal Europeo de Estrasburgo. La instalación dos años antes, y a pocos metros de su domicilio en Lorca (Murcia), de una planta de tratamiento de residuos de una industria de curtidos, había sido el origen del conflicto. Las emanaciones de tal instalación provocaban malos olores y contaminación del aire y de las aguas, produciendo un deterioro importante del medio circundante y, por ende, una merma de la calidad de vida de los vecinos de la zona.

- A pesar del cese parcial de las actividades de la planta depuradora, ordenada por el Ayuntamiento de Lorca a los pocos meses de haber comenzado su actividad, la demandante entiende que los problemas de polución persisten. Ello le lleva a presentar sucesivos recursos de protección de los derechos fundamentales ante los órganos jurisdiccionales españoles, alegando la violación de los artículos 15 (derecho a la integridad física), 18 (derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio) y 19 (derecho de elegir libremente la residencia) de la Constitución Española. Todos ellos son desestimados por las autoridades judiciales españolas.

- Tras la emisión del Informe de la Comisión favorable a las pretensiones de la demandante, el 9 de Diciembre de 1994 el Tribunal adopta su resolución, condenando a España por violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, según el cual, "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

El razonamiento de la Comisión en su Informe consiste en estimar que *"las molestias provocadas por la planta de depuración poseen tal grado de gravedad, especialmente para la salud de la demandante y de su familia, que le privan de la posibilidad de disfrutar normalmente de su domicilio, impidiéndole desarrollar una vida privada y familiar en condiciones normales, de forma tal que dicha injerencia comporta un atentado a su derecho al respeto de su vida privada y familiar en el sentido del artículo 8.1 del Convenio"*. El Tribunal en su sentencia se refiere ya directamente a la conexión de este derecho con el derecho al medio ambiente, afirmando que un deterioro ambiental puede afectar al bienestar de los individuos en el sentido del artículo 8.1 del Convenio incluso aunque no esté dañando gravemente su salud.

intimidad¹⁹. Dicha proposición se lideró por el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, pues en 1988, dos años antes que se interpusiera la demanda contra España ante el Tribunal Europeo de Estrasburgo y seis años antes de que éste adoptara su resolución, el profesor conectaba la inviolabilidad del domicilio, en lo que posee de reducto firmísimo de la intimidad, con la interdicción y el consiguiente control de los ruidos ilegítimos²⁰.

Ésta es la construcción jurisprudencial de gran trascendencia que ha tomado carta de naturaleza²¹. Se trata de conectar las nociones de intimidad, en cuanto a protección del domicilio, e intromisiones sonoras, que parecen valores constitucionales desde los que oponerse a las más variadas modalidades de ruidos. Los ruidos ilegítimos constituyen una invasión del ámbito de privacidad que ataca la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, que debe ser protegida, aunque se lleve a cabo sin penetración directa, frente a un buen número de modalidades de insolente actuaciones ruidosas²².

Antes de la Sentencia del TEDH sobre el caso López Ostra, nuestro sistema jurisdiccional en Sede del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, reconoció, por primera vez, en la Sentencia de la Sala 3ª de 9 de abril de 1991, de manera directa y patente que la polución acústica constituye “una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los ciudadanos que se desarrolla en el espacio privativo de su domicilio garantizado por el artículo 18 de la Constitución”²³.

¹⁹ Vid. LOPEZ RAMÓN, Fernando, “La ordenación del ruido”, RAP, número 157, 2002, págs. 27 – 56.

²⁰ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)”, RAP número 115, 1988, págs. 205 – 231.

²¹ Entre las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ver la Sentencia de López Ostra vs el Reino de España, anteriormente referida, la Sentencia Hatton y otros vs el Reino Unido que versa sobre los ruidos del aeropuerto de Heathrow, el derecho al respeto a la vida privada y familiar y la obligación del Estado de minimizar los efectos nocivos de la intromisión molesta y la reciente sentencia Moreno Gómez vs España de 16 de noviembre de 2004.

²² En este sentido ver la STC 22/1984, de 17 de febrero de la que fue ponente Luis Díez-Picazo y Ponce de León, que afirma en su Fundamento Jurídico Quinto que: “el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho, no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio, es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades en las que se comprenden las de velar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.”

²³ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “El Ruido en la reciente

Esta afirmación resulta inequívoca y a ella se llega con apoyo en la tesis del TC en la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero: “*El artículo 18, apartado 2 de la Constitución contiene dos reglas distintas; una tiene carácter genérico o principal, mientras que la otra supone una ampliación concreta de la primera y su contenido es, por ello, más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta frente dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse por quedar precisamente exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho, no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos*”.

Si se lee con detenimiento el párrafo transcrito, si se pondera con profundidad la última frase, queda sólo un salto muy pequeño para llegar a afirmar que los ruidos ilegítimos son también una invasión que ataca la inviolabilidad del domicilio y que hiere por ello a la intimidad, que debe ser protegida aunque se lleve a cabo “*sin penetración directa*”. En resumen, la garantía del derecho fundamental consagrado en el artículo 18 de la Constitución abona directamente el control y vigilancia de las “*intromisiones arbitrarias*” constituidas por los ruidos no legítimos.

En este sentido, la Jurisprudencia reclama el ejercicio de la policía de tranquilidad, es decir, las Administraciones poseen un papel protagonista en el ámbito del control del ruido, pues aunque los atentados más graves contra el medio ambiente no provienen, directamente, de una acción imputable a la Administración, suelen tomar causa de actividades de los particulares autorizadas por aquella, actividades generadoras de ruidos muchas veces perfectamente controlables y

jurisprudencia”, RAP número 125, 1991, págs. 319 – 343. En la Sentencia citada, el punto de partida era una decisión municipal que había impuesto a una bolera una multa de 10.000 pesetas a la par que le requería para que realizara determinadas obras de insonorización como consecuencia de superar el valor máximo de ruidos permitidos por las normas urbanísticas del plan.

evitables y cuya limitación a niveles de tolerancia no ofrece más dificultad que la decidida voluntad de las Administraciones competentes en ejercer sus potestades de policía y una cierta dosis de colaboración de los propietarios de los mismos²⁴.

En función de todo lo señalado anteriormente, la protección contra el ruido encuentra, por un lado, apoyo directo en dos Derechos Fundamentales de aquellos que integran lo que constituye el primer escalón de protección constitucional, incluso con la vía del Recurso de Amparo y dotado de inmediata fuerza vinculante²⁵. Por otro lado, tanto el reconocimiento como el respeto y la protección al derecho al medio ambiente adecuado y el derecho a la salud, en virtud del artículo 53.3, informan a la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. En consecuencia, estos principios rectores de la política económica y social, no son una mera norma programática sino que tienen valor normativo y vincula a los poderes públicos a hacerlos eficazmente operativos mediante: la promulgación de las leyes necesarias para su consecución mediante el despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional así como una interpretación rigurosa de las normas acorde con estos principios por los Tribunales²⁶.

1.2. Los Bienes Jurídicos en conflicto

El Defensor del Pueblo Andaluz, expone que toda la problemática que subyace en torno a la cuestión del ruido no es más, ni menos, que un conflicto entre múltiples derechos constitucionales: el medio ambiente²⁷, la salud²⁸, la intimidad

²⁴ En este sentido ver las STS de la Sala 3ª de 18 de noviembre de 2002, de 10 de abril de 2003 y de 29 de mayo de 2003, primera, segunda y tercera sentencia, respectivamente, en la que se vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio por la pasividad de las Administraciones Públicas. Ya una antigua Sentencia del TS, de 5 de julio de 1976, recaída en el “*caso Oleicos*”, en el que un vecino denunció al Ayuntamiento las molestias que le causaba el sonido del carillón del reloj de la Iglesia, cuidó de advertir acerca de la positiva obligación municipal, de intervenir activamente cuando ruidos de anormal intensidad se producen, sobre la base de lo previsto en la legislación local y en el artículo 1 del Reglamento de Servicios, ya que “*su inactividad significa una abstención que puede contravenir el Ordenamiento*”. Ver el comentario que a esta última sentencia hizo SAINZ MORENO, Fernando, “*Sobre el ruido y la policía de la tranquilidad (sentencia del TS de 5 de julio de 1976, Ponente: don José Gabaldón*”, REDA número 15, 1977, págs. 664 – 668.

²⁵ Vid. LIZÓN GINER, Arturo “*Medio ambiente urbano, ruidos y Actividades Molestas*”, IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo; págs 15 –85. Alicante, 5, 6 y 7 de octubre de 1994.

²⁶ La contaminación acústica en Andalucía derivado de actividades recreativas y consumo de bebidas en las vías públicas, Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz, mayo 1996. Ver páginas 38 a 40.

²⁷ El medio ambiente está integrado por varios subsistemas, entre ellos, el de la lucha contra la contaminación acústica, por cuya protección deben velar los poderes públicos en virtud del

personal y familiar²⁹, el derecho de la propiedad³⁰ y el orden público³¹ frente a la libertad de empresa³² y el derecho al ocio y la diversión³³. Aunque no se puede perder de vista que especialmente el conflicto entre medio ambiente y economía no deja de ser un conflicto ficticio por cuanto a largo plazo la protección de los recursos naturales, en toda su extensión y variedad, es una condición básica del desarrollo económico sostenible, que puede a su vez contribuir a la mejora ambiental³⁴.

En consecuencia, para el Defensor del Pueblo Andaluz, está plenamente justificada la intervención administrativa, para abordar la problemática y proteger una serie de valores jurídicamente relevantes que entran en conflicto. El problema en cuestión, aunque es complejo, cabe centrarlo en un primer momento en conseguir que el derecho al descanso se compagine con el derecho a la diversión, mediante un ejercicio racional y ponderado de este último, y/o con el ejercicio de una actividad comercial o industrial, de forma que el límite de uno se aplique donde empiece el ejercicio de otro.

El profesor BLASCO ESTÉVEZ ha estudiado recientemente, con motivo del análisis que llevó a cabo sobre dos medidas contra la contaminación acústica aprobadas por el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, el conflicto entre el derecho

artículo 45 de la Constitución, conforme se reconoce en la jurisprudencia del TS. Además se trata de un elemento ambiental que no puede quedar exento de protección constitucional.

²⁸ La salud, porque es un bien jurídicamente protegido por el artículo 43 de la Constitución, que resulta perjudicado cuando los ciudadanos que habitan las viviendas cercanas a los focos de ruido se ven sometidas a la incidencia de un número excesivo de decibelios; incluso, desde otra perspectiva, incide negativamente en la salud de los consumidores y usuarios de los establecimientos públicos así como de sus trabajadores. La tarea de proteger el Medio Ambiente, está indisolublemente vinculada a la salud, como procedimiento fundamental de prevención de las enfermedades.

²⁹ La intimidad personal y familiar, protegida por el artículo 18 de la Constitución, que con la existencia de ruidos sufre una intromisión externa no deseada en el espacio privativo que constituye su domicilio; este derecho abarca e impone una serie de garantías frente a toda clase de invasiones de la esfera de la persona.

³⁰ El derecho de propiedad, reconocido en el artículo 33.2 del texto constitucional puede verse afectado por causas externas como los ruidos derivados del ejercicio del derecho de propiedad privada que ostenta el titular del local colindante que perturba.

³¹ El orden público, que en una acepción expansiva integra los conceptos jurídicos clásicos en la actividad de policía municipal, denominado "tranquilidad pública", "convivencia vecinal", etc.; su protección justifica sobradamente la intervención administrativa con sujeción al principio de proporcionalidad. En este punto es acertado convenir que el orden público como parte integrante del bien común, ampara las libertades humanas y contribuye a la paz social.

³² La libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española, que ampara el derecho al ejercicio de actividades económicas; pero que debe modularse con la protección del medio ambiente para procurar la calidad de vida.

³³ El derecho al ocio y la diversión, cuya adecuada utilización debe facilitarse por los poderes públicos, en virtud del artículo 43.3 de la Carta Magna.

³⁴ Libro verde sobre medio Ambiente Urbano, COM 218, de 26 de julio de 1990, pag. 33.

de los empresarios de los establecimientos con actividad musical a ejercer “*la libertad de empresa*” y el derecho de los clientes o usuarios a disfrutar de la amenización musical. Dichas medidas que fueron calificadas por el autor de contradictorias en su filosofía consistían: una, en la modificación de la Ordenanza Municipal para la protección del medio ambiente contra la contaminación por ruidos y vibraciones cuya finalidad consistía en la ampliación de la franja horaria de la música en la terraza de los bares y de restaurantes autorizados de las 24 horas hasta las 3 de la madrugada; la otra, en la Declaración de Zona Acústicamente Contaminada para ciertas zonas de la ciudad en la que la densidad de bares de copas y la afluencia de público provocan un nivel de ruidos notable³⁵.

Es innegable que los empresarios de los establecimientos con actividad musical gozan del derecho a la “*libertad de empresa*” en el marco de la economía de mercado, tal y como reconoce el artículo 38 de la Constitución. Como es sabido, este precepto señala que “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, entre otras en la sentencia 46/1983, de 27 de mayo y la sentencia 118/1983, de 13 de diciembre el contenido del artículo 38 es ciertamente un derecho fundamental, si bien no goza de la protección del recurso de amparo. En efecto, no hay duda de que la libertad de empresa constituye no sólo un principio de ordenación del sistema económico en su conjunto, sino también un auténtico derecho subjetivo de los ciudadanos y, en especial, de los agentes económicos, principio que viene a concretar en el ámbito económico el principio general de libertad del artículo 1.1 de la Constitución. Así entendido, este derecho consiste, en los términos utilizados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, en “*iniciar y sostener de manera libre una actividad empresarial legítima.*”

Lo anterior no significa sin embargo que no existan límites al derecho. Por supuesto, están los límites derivados de otros preceptos constitucionales como los artículos 128 o 131, así como los límites que emanan del propio artículo 38, interpretado en su conjunto. Pero están, sobre todo, los límites que suponen los

³⁵ Para el profesor BLASCO ESTÉVEZ el conjunto de estas medidas supone una falta de congruencia por parte del Ayuntamiento al tratarse de medidas contradictorias, en cuanto que la primera no colabora en la lucha contra el ruido sino todo lo contrario, mientras que la segunda intenta crear un instrumento más a favor de dicha lucha. Vid. BLASCO ESTÉVEZ, Avelino, “*Idas y venidas en la lucha contra el ruido*”, RAP, número 153, págs. 267 – 300.

demás derechos fundamentales que puedan tener otros ciudadanos. Esta idea elemental deriva de los propios cimientos normativos del Estado de Derecho, ya que en el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se decía textualmente que “*la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos*”.

Pues bien, entre los derechos fundamentales que ostentan otros ciudadanos están sin duda aquéllos en los que se basa la lucha contra el ruido y que ya hemos analizado: el derecho a una calidad de vida digna, el derecho a la intimidad personal, el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho a la salud. Algunos de estos derechos son además derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título Primero de la Constitución, es decir, derechos fundamentales reforzados en cuanto están protegidos por el recurso de amparo constitucional. En concreto, eso es lo que ocurre con el derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.

Por tanto, nos encontramos con dos grupos de derechos que chocan entre sí: por una parte, el derecho a la libertad de empresa de los empresarios; por otra, los derechos que fundamentan el control de la contaminación acústica, derechos que tienen los residentes y transeúntes cercanos a los establecimientos con música. Estamos ciertamente ante un conflicto entre derechos de distintos grupos de ciudadanos. Ante la pregunta de cuál es la solución más adecuada a este conflicto, el profesor BLASCO ESTÉVEZ para resolver la cuestión, en secuencia con dos Autos del Tribunal Constitucional de 6 de octubre de 1988 considera que hay que tener en cuenta “*los bienes jurídicos que la actuación administrativa intenta proteger*” así como cuál es el interés jurídico prevalente o más digno de protección³⁶. A juicio del autor, el interés jurídico prevalente, es el derecho de los ciudadanos al descanso y a la no recepción de ruidos molestos, en cuanto expresión de una calidad de vida digna, de preservación de la intimidad personal, de manifestación de un medio

³⁶ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*El ruido en la reciente Jurisprudencia*” RAP, número 125, 1991, págs. 319 – 343. En dicho artículo se aludía a los dos autos mencionados que tenían como punto de partida dos actuaciones del Ayuntamiento Calvia, en Mallorca, que habían incidido, en un caso, sobre el bar “Banana Joes” y, en otro, sobre la cafetería “Cutty Shark”. La importancia que para el profesor MARTÍN-RETORTILLO tienen dichos autos se asienta en que ya no tiene solo una incidencia indirecta sobre la problemática de la defensa jurídica frente al ruido, sino que, de alguna manera, la incorporan a su argumentación.

ambiente adecuado y del derecho a la salud. Y ello por la fuerza y calidad de estos derechos e intereses.

El “*derecho a un medio ambiente adecuado*”, aunque forma parte de los principios rectores de la política social y económica, tiene también una fuerza superior, en base a lo dispuesto en la Ley 4/1989, que determina la prevalencia de lo medioambiental sobre cualquier otro instrumento de planificación³⁷. Especialmente ilustrativos son el Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, que reconoce que “*el derecho a un medio ambiente adecuado cobra en nuestros días un valor preeminente como lo prueba la reciente Ley de 27 de marzo de 1989 de conservación de espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, donde se establece la prevalencia de la planificación medioambiental sobre cualquier otra territorial o física*” y la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1990, citada con anterioridad, en la que se afirmaba que “*la Administración ha concedido lo que se le pedía –licencia para la apertura de un pub- pero con los condicionamientos legales aplicables al caso, condicionamientos consistentes en no sobrepasar un determinado número de decibelios a fin de hacer compatible los derechos del recurrente con los no menos legítimos de los vecinos. Con la particularidad de que el de éstos a gozar de un medio ambiente adecuado es un derecho constitucional por cuyo respeto han de velar los poderes públicos (art. 45). Es claro, por tanto, que el recurrente tenía que saber que si su local es al aire libre en su casi totalidad no podía pretender que ese derecho al medio ambiente adecuado –que implica entre otras cosas medio ambiente acústicamente no contaminado– deba verse abatido en su beneficio. Los vecinos tienen derecho al descanso y a la salud, y uno y otro se ven gravemente conculcados si no se respeta la moderación en la música ambiental*”³⁸. Más adelante, la sentencia añade que en el respeto del medio ambiente, “*todos los poderes públicos tienen que mostrarse particularmente rigurosos*”³⁹.

³⁷ Artículo 5 en el Título II de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres.

³⁸ Ponente Ángel Martín del Brugo Marchán, EDJ 1990/9676.

³⁹ Ambas resoluciones judiciales son comentadas por el profesor MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Ver “*El ruido en la reciente jurisprudencia*”, RAP número 125, 1991, págs. 319-343. Respecto al Auto, éste tiene su punto de partida en las molestias que provocaba una discoteca ruidosa en la localidad de Betanzos en la Coruña. Por su parte la Sentencia, cuyo ponente fue González Navarro, tiene como asunto de fondo una licencia para la apertura de un pub que resulta condicionada con diversas exigencias tendentes a evitar molestias sonoras a los vecinos.

Por tanto, libertad de empresa sí, pero con el límite de los derechos de los demás y, entre ellos, los que fundamentan la lucha contra el ruido. Así entendida, la libertad de empresa no puede amparar conductas molestas o nocivas para los demás ciudadanos y, en caso de conflicto entre ambos derechos, deberá ceder aquella libertad como derecho menos justificado o consistente frente a otros más dignos de protección. Ya veremos como el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios recuerdan con una insistencia, que podríamos calificar de machacona, este mismo criterio jurisprudencial y doctrinal a las Administraciones públicas que supervisa.

Respecto al derecho de los clientes o usuarios a disfrutar de la amenización musical, éste es un derecho de mucha menor consistencia que el de la libertad de empresa. Porque los usuarios de establecimientos abiertos al público están sometidos plenamente a la regulación que en cada momento se haga de las condiciones de uso y utilización de esos establecimientos, sin que puedan alegar en absoluto un derecho subjetivo a que esas condiciones sean de un contenido determinado: por ejemplo, parece claro que estos clientes no gozan de un derecho subjetivo a que los establecimientos se mantengan abiertos hasta una determinada hora, ni tampoco a que tengan o dejen de tener amenización musical; tanto en un aspecto como en otro, estarán sujetos a las condiciones que reglamentariamente se hayan fijado por la Administración competente. Por lo tanto, tampoco este derecho puede oponerse válidamente al bloque de derechos que fundamentan la lucha contra la contaminación acústica.

2. Ámbito normativo: Títulos competenciales de intervención

El ruido, o mejor dicho la protección contra sus efectos, no es un Título competencial específico, es decir, no aparece entre las materias enumeradas en la Constitución a los efectos de su atribución competencial al Estado o a las Comunidades Autónomas como ya hemos dicho. Pero si hacemos una lectura interpretativa del artículo 148 y el artículo 149 de la Carta Magna y lo ponemos en directa relación con los bienes jurídicos implicados en la contaminación, nos encontramos con títulos competenciales en los que la protección contra el ruido puede alojarse sin violencia.

2.1 Protección del medio ambiente

Atendiendo al artículo 149.1,23 y 148.1,9 de la Constitución española corresponde al Estado, como competencia exclusiva, la legislación básica sobre protección del medio ambiente, pudiendo las Comunidades Autónomas asumir su gestión, así como el establecimiento de normas adicionales de protección. Muchas son las normas que en virtud del mencionado Título competencial se han dictado⁴⁰, la más relevante ha sido el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, o como resume en tono jocoso el profesor SOSA WAGNER, el Reglamento de Actividades Asquerosas⁴¹. En ninguna de ellas, ni siquiera en la citada, se ha tratado el ruido de manera unitaria e íntegra, pues los diversos regímenes se han producido conforme a impulsos y objetivos no siempre coincidentes. De ahí que siguiendo precedentes comparados, se reivindicara tanto por la Doctrina como por los Tribunales, así como por el Defensor del Pueblo en sus manifestaciones nacional y autonómica la aprobación de una ley general en la materia.

La preocupación del Defensor del Pueblo de los efectos de la contaminación acústica y la necesidad de una respuesta normativa actual, unitaria e íntegra que diera cumplimiento al mandato constitucional del artículo 45, quedó ya reflejado en el informe del 1995. En él, el Defensor del Pueblo hizo público que diversos Ministerios estaban elaborando un proyecto de ley que contenía una normativa de carácter básico en los términos del artículo 149.1.23 de la Constitución y por el cual se modificaba la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del medio ambiente atmosférico, de tal forma que existiera una norma de carácter general y básico en la

⁴⁰ En este sentido, el Estado sometió al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, de 30 de noviembre de 1961, aquellas que constituyen una incomodidad por los ruidos y vibraciones que producen (artículo 3); prohibió el uso inmotivado o exagerado de las señales acústicas de los vehículos en la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a Motor y Seguridad Vial, de 2 de marzo de 1990 (artículo 44.3); estableció unas normas básicas de la edificación referentes a la insonorización mínima de los edificios a través de la NBE-CA-88; prohibió la publicidad por medios acústicos o audiovisuales en las playas y demás bienes del dominio público marítimo-terrestre (artículos 25.1.f y 32.2 de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988) y tipificó como sanción, en el artículo 38.4.a) de la Ley de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, de 27 de marzo de 1989, la emisión de ruidos que perturben la tranquilidad de las especies protegidas.

⁴¹ Vid. SOSA WAGNER, Francisco, “*La lucha contra el ruido*” REALA número 249, 1991, págs. 11 – 31. no podemos dejar de mencionar la Ley de Evaluación de impacto ambiental, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, cuya finalidad es condicionar la licencia para la realización de las muy cualificadas actividades que se recogen en su Anexo, al cumplimiento de las medidas de reducción, eliminación o compensación de los efectos ambientales negativos definidos en el estudio de impacto ambiental. En el apartado relativo a las quejas que ha recibido el Defensor del Pueblo sobre la construcción de nuevas infraestructuras nos referiremos a dicha normativa y las deficiencias en su aplicación.

que se contemplaran los niveles legalmente permitidos de inmisión acústica, así como los diferentes focos o fuentes de emisión capaces de producir este tipo de contaminación. Debido a la anticipada disolución de las Cortes Generales en 1996, el referido proyecto de ley no tuvo entrada en el Parlamento, pese a que en la proposición no de ley remitida por el Congreso de los Diputados al Gobierno el 28 de junio de 1994 se establecía que el proyecto de ley de modificación de la Ley de 1972 debía ser remitido a esa Cámara antes del 31 de diciembre de 1995⁴².

En 1998, El Defensor del Pueblo, consciente de la incidencia del ruido como problema social en la vida cotidiana y del alcance que ello tiene sobre la salud y sobre la calidad de vida de los ciudadanos, trasladó al Ministerio de Medio Ambiente su preocupación por la ausencia de una ley básica de eliminación de ruidos en el ordenamiento jurídico, a fin de que el citado departamento adoptara cuanto antes las medidas necesarias y, en el ámbito de sus competencias, agilizara la preparación del correspondiente proyecto de norma que contemple todos los extremos a los que se ha hecho referencia. En el mismo sentido, el Defensor del Pueblo valoraba muy positivamente que la Comisión de medio ambiente del Congreso de los Diputados aprobara una Proposición no de Ley sobre la necesidad de regular la protección acústica, de acuerdo con los niveles establecidos por la Organización Mundial de la Salud. Dicha proposición se publicaba en el diario de sesiones de 28 de octubre de 1998 por acuerdo de la Mesa de la Cámara de 5 de mayo⁴³.

Más adelante en el informe de 2001, el Defensor del Pueblo hizo público su malestar puesto que pese a que en un primer momento, en el transcurso de la investigación, el Ministerio de Medio Ambiente facilitó incluso el anteproyecto de ley de protección contra esta variante de contaminación, que estaba siendo estudiado por un grupo de trabajo integrado por técnicos de diversos departamentos ministeriales, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos e instituciones científicas, los posteriores requerimientos de información o, no fueron satisfechos, o, de forma escueta se contestaba alegando que el anteproyecto seguía debatiéndose al tratarse de una norma eminentemente compleja⁴⁴.

Finalmente, tras reiteradas sugerencias del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo andaluz de que se aprobara una normativa estatal en materia de ruidos y vibraciones que tuviera el carácter de básica y a través de la cual se estableciera

⁴² Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1995, pag. 353.

⁴³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1998, pag. 58.

⁴⁴ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2001, pag. 436.

unos estándares mínimos de calidad sonora ambiental, en el 2003 se aprueba la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. Nuestro pronunciamiento sobre la aprobación de la Ley no es muy positivo a efectos prácticos, pues de las quejas que hemos estudiado se observa que la principal causa de la persistencia del ruido radica en la poca eficacia de la Administración en la aplicación de las normas y al respecto en nada varía la situación la aprobación de la nueva Ley. No obstante, desde el punto de vista teórico del entramado normativo de nuestro ordenamiento jurídico se puede valorar positivamente, pues se ha subsanado esa deficiencia de una norma básica sobre la protección del medio ambiente en su variante de protección frente a la Contaminación Acústica, sin perjuicio de que sea necesaria la rápida aprobación de los reglamentos que han de desarrollarla y que se muestran imprescindibles para el establecimiento de los criterios de delimitación de los distintos tipos de área; la definición de los objetivos de calidad acústica aplicables a los distintos tipos de área; la determinación de los valores límite de emisión de los diferentes emisores acústicos, así como los de inmisión; los tipos de mapas de contaminación acústica, su contenido mínimo, su formato y sus formas de presentación al público; el contenido mínimo de los planes de acción, etc. Pero no adelantemos conclusiones, aunque ya lo hemos hecho, y sigamos con nuestro análisis.

Esta competencia sobre el medio ambiente, hoy se encuentra mediatizada por los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país en cuanto que miembro de la Unión Europea. Ello le lleva a asumir la legislación que sobre el medio ambiente y específicamente sobre ruidos existe en forma de directrices y reglamentos comunitarios⁴⁵. Precisamente la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido es el

⁴⁵ La normativa europea de aproximación de las legislaciones estatales sobre niveles de ruido puede ordenarse en los siguientes grupos:

- Máquinas varias: Comprende el conjunto de directivas incorporadas por el RD 245/1989, de 27 de febrero, modificado por RD 71/1992, de 31 de enero: maquinaria y materiales utilizados para la construcción: Directiva 79/113/ CEE, de 19 de diciembre de 1978; Motocompresores: Directiva del Consejo 84/533/CEE, de 17 de septiembre de 1984; Grúas de torre: Directiva del Consejo 84/534/CEE, de 17 de septiembre de 1984; Grupos de Electrógenos de Soldadura: Directiva del Consejo 84/535/CEE, de 17 de septiembre de 1984; Grupos de Electrógenos de Potencia: Directiva del Consejo 84/536/CEE, de 17 de septiembre de 1984; Trituradoras de Hormigón y martillos picadores de mano: Directiva del Consejo 84/537/CEE, de 17 de septiembre de 1984; Cortadoras de césped: Directiva del Consejo 84/538/CEE, de 17 de septiembre de 1984; Palas hidráulicas, palas de cable, topadoras frontales, cargadoras y palas cargadoras: Directiva del Consejo 86/662/CEE, de 22 de diciembre de 1986.

- Vehículos: se incluyen aquí las Directivas incorporadas por RD 2028/1986, de 6 de junio, referidas a los siguientes objetos: Escapes de vehículos a motor: Directiva del Consejo 70/157/CEE, de 6 de febrero de 1970; Tractores agrícolas o forestales de ruedas: Directiva del Consejo 74/151, de 4 de marzo de 1974; Escape de motocicletas: Directiva del Consejo 78/1015/CEE, de 23 de noviembre de 1978.

resultado de la transposición de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental.⁴⁶

Atribuida la legislación básica sobre protección del medio ambiente al Estado, las Comunidades Autónomas asumen el desarrollo y la ejecución en virtud del artículo 148.1,9,a), con lo cual nos encontramos ante un régimen compartido de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁴⁷.

- Aeronaves: Directiva del Consejo 80/51/CEE, de 20 de diciembre de 1979, y 83/206/CEE, de 21 de abril de 1983, incorporadas al Derecho español mediante RD 873/1987, de 29 de mayo; Directiva 89/629/CEE, de 4 de diciembre de 1989, incorporada por el RD 1256/1990, de 11 de octubre; Directiva 92/14/CEE, de 2 de marzo de 1992, incorporada por RD 1422/1992, de 27 de noviembre, modificado por RD 1908/1999, de 17 de diciembre; la reciente Directiva 2002/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de marzo de 2002 sobre el establecimiento de normas y procedimientos para la introducción de restricciones operativas relacionadas con el ruido en los aeropuertos comunitarios y Reglamento (CE) n° 1592/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2002 sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea.

- Otros: Aparatos domésticos: Directiva del Consejo 86/594/CEE, de 1 de diciembre de 1986, incorporada por RD 213/1992, de 6 de marzo; Máquinas de uso al aire libre: Directiva del parlamento y del Consejo 2000/14, de 8 de mayo de 2000.

⁴⁶ La Unión Europea tomó conciencia, a partir del Libro Verde de la Comisión Europea sobre Política Futura de Lucha Contra el Ruido, de la necesidad de aclarar y homogeneizar el entorno normativo del ruido, reconociendo que con anterioridad la escasa prioridad dada al ruido se debe en parte al hecho de que el ruido es fundamentalmente un problema local, que adopta formas muy variadas en diferentes partes de la Comunidad en cuanto a la aceptación del problema. Partiendo de este reconocimiento de la cuestión, sin embargo, el Libro Verde llega a la conclusión de que, además de los esfuerzos de los Estados miembros para homogeneizar e implantar controles adecuados sobre los productos generadores de ruido, la actuación coordinada de los Estados en otros ámbitos servirá también para acometer labores preventivas y reductoras del ruido en el ambiente.

En línea con este principio, los trabajos de la Unión Europea han conducido a la adopción de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental (la Directiva sobre Ruido Ambiental).

Del mismo modo es necesario destacar que el VI Programa Comunitario de Acción en materia de Medio Ambiente se hace eco de la necesidad de reducir la contaminación acústica a niveles aceptables ante la constatación de que este problema afecta de forma creciente a la calidad de vida de al menos el 25% de la población de la Unión Europea, mediante el agravamiento de las situaciones de estrés, perturbaciones del sueño, etc. Este documento directriz de la política ambiental para el período 2001-2010 se marca como objetivo la reducción del número de personas expuestas de manera regular y prolongada a niveles sonoros elevados. Para ello considera necesario avanzar en las iniciativas llevadas a cabo hasta ahora, consistentes en la fijación de valores límite de emisión acústica y adoptar estrategias de reducción del ruido a nivel local.

⁴⁷ Vid. Artículo 11.1,a) del Estatuto del País Vasco; el artículo 10.1,6 del Estatuto de Cataluña; el artículo 27.30 del Estatuto de Galicia; el artículo 57,c) del Estatuto de Navarra; el artículo 32.6 del Estatuto de Valencia; el artículo 33,a) del Estatuto de Canarias; el artículo 12,a) del Estatuto de Asturias; el artículo 24 a) del Estatuto de Cantabria; el artículo 10.1 del Estatuto de La Rioja; el artículo 12.1,a) del Estatuto de Murcia; el artículo 36.1,c) del Estatuto de Aragón; el artículo 33.1 de Castilla la Mancha; el artículo 9.2 de Extremadura; el artículo 28.3 de Castilla-León; el artículo 28.1, en relación con el artículo 27.10, del Estatuto de la Comunidad de Madrid y el

Las Comunidades Autónomas han desarrollado las competencias ambientales. Es el caso de Andalucía, Asturias⁴⁸, Baleares⁴⁹, Castilla La Mancha⁵⁰, Castilla-León⁵¹, Cataluña⁵², Extremadura⁵³, Galicia⁵⁴, Madrid⁵⁵, Murcia⁵⁶, Navarra⁵⁷, Valencia⁵⁸, el País Vasco⁵⁹, y la ciudad autónoma de Melilla⁶⁰ han desarrollado en alguna medida las competencias medioambientales que asumieron en sus Estatutos. Por contra, Canarias, Cantabria y La Rioja siguen aplicando la normativa estatal en defecto de la normativa autonómica propia.

Centrándonos en el caso andaluz, el título competencial de medio ambiente, el artículo 15.7 de su Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el marco de la regulación general del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución. La asunción de competencias en materia de actividades clasificadas, se llevó a cabo por la Comunidad Autónoma de Andalucía a través de un Real Decreto de traspaso de funciones y servicios, concretamente en el artículo 35 del

artículo 11.5 del Estatuto de las Baleares.

⁴⁸ Decreto 99/1985, de 17 de octubre, por el que se aprueban normas sobre contaminaciones técnicas de los proyectos de aislamiento acústico y de vibraciones.

⁴⁹ Decreto 20/1987, de medidas de protección contra la contaminación acústica.

⁵⁰ Resolución de 23/4/2002 que aprueba el Modelo tipo de Ordenanza municipal sobre normas de protección acústica.

⁵¹ Decreto 3/1995, por el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas.

⁵² Ley 16/2002, de protección contra la contaminación acústica; Ley 3/1998 de intervención integral de la Administración ambiental, el Decreto 136/1999 que la desarrolla y la ordenanza municipal tipo reguladora del ruido y las vibraciones.

⁵³ Decreto 19/1997, de Reglamentación de Ruidos y Vibraciones.

⁵⁴ Ley 1/1995 de Protección Ambiental; Ley 7/1997 de Protección contra a Contaminación Acústica; Decreto 150/99 que aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica; Decreto 156/1995 de Inspección Ambiental y Decreto 320/2002 que aprueba la Ordenanzas tipo sobre protección contra la contaminación acústica.

⁵⁵ Decreto 78/1999, de 27 de mayo, por el que se regula el régimen de protección contra la contaminación acústica

⁵⁶ Ley 1/95 de Protección del Medio Ambiente de la Región de Murcia y el Decreto 48/1998 de Protección del Medio Ambiente frente al Ruido.

⁵⁷ Ley Foral 16/1989, de control de actividades clasificadas para la protección del medio ambiente; Decreto Foral 32/1990, por el que se aprueba el Reglamento de control de actividades clasificadas para la protección del medio ambiente y Decreto Foral 135/1989, por el que se establecen las condiciones técnicas que deberán cumplir las actividades emisoras de ruidos o vibraciones.

⁵⁸ Ley 7/2002, de Protección contra la Contaminación Acústica, Decreto 19/2004 por el que se establecen normas para el control del ruido producido por los vehículos a motor y Ley 3/1989 de Industrias Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

⁵⁹ Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente y el Decreto 171/1985, por el que se aprueban las normas técnicas de carácter general de aplicación a las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas a establecer en suelo urbano residencial

⁶⁰ Ordenanza de protección del medio ambiente frente a la contaminación por ruidos y vibraciones, aprobada por decreto de la Presidencia.

RD 698/1979, de 13 de febrero⁶¹: “*Se transfieren a la Junta de Andalucía las competencias de la Administración del Estado que se establecen en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, en orden a la emisión de informe y demás cuestiones relacionadas con la concesión de licencias, inspección, sanción, recursos e informe de ordenanza y Reglamentos Municipales relativo a este tipo de actividades e industrias cuando sean de libre instalación, o sometidas a autorización, excepto las referidas a plantas de producción energética.*”

Como concreción de la competencia medioambiental en su variante de las actividades clasificadas se han aprobado distintas normas jurídicas por la Comunidad Autónoma Andaluza para paliar el problema de la contaminación acústica. Hasta noviembre del año 2003 nos encontrábamos con una regulación un tanto dispersa, con la consecuente dificultad para la aplicación de la misma. Esta normativa estaba compuesta por la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental cuyo objetivo radica en prevenir, minimizar, corregir o, en su caso, impedir los efectos que determinadas actuaciones públicas o privadas pueden tener sobre el medio ambiente y la calidad de vida, a través de las medidas que se establecen en la misma: la evaluación de impacto ambiental, el informe ambiental y la calificación ambiental. Esta Ley se ha ido completando con distintos textos normativos, entre otros el Reglamento de la Calidad del Aire, aprobado por Decreto 74/1996, de 20 de febrero, que dedica el Título III a los ruidos. Igualmente la Orden de 23 de febrero de 1996, que desarrolla el Decreto anterior, en materia de medición, evaluación y valoración de ruidos y vibraciones y la Orden de 3 de septiembre de 1998, por la que se aprueba el modelo tipo de ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones.

Este panorama ha quedado notablemente alterado con la aprobación del Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la Contaminación Acústica de Andalucía que ha venido a derogar específicamente los apartados 2, 3 y 4 del artículo 2 así como el Título III “De los ruidos” del Reglamento de la Calidad del Aire, aprobado por Decreto 74/1996, de 20 de febrero; la Orden de 23 de febrero de 1996 que desarrolla el Decreto 74/1996, en materia de medición, evaluación y valoración de ruidos y vibraciones y la Orden de 3

⁶¹ Boja número 2, de 15 de septiembre de 1979.

de septiembre de 1998, por la que se aprueba el modelo tipo de Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones⁶².

El marco de actuación del poder local, en concreto de la Administración Municipal se ha de vertebrar en función esencialmente de los parámetros contenidos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que ha partido de la autonomía local constitucionalmente consagrada en los artículos 137, 140, 141 y 142. En la citada ley se garantiza a los municipios la intervención en cuantos asuntos afecten directamente al ámbito de sus respectivos intereses y ello se plasma no sólo en la elaboración de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas sino en la atribución de competencias necesarias para la gestión de esos intereses conforme a los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. Entre los títulos competenciales contenidos en el artículo 25 de la citada Ley se encuentra la protección del medio ambiente.

Los Ayuntamientos tienen una importante responsabilidad en el seguimiento, el control y la posterior adopción de medidas contra los ruidos y las vibraciones molestas. La normativa actualmente en vigor asigna a las entidades locales un papel primordial en la lucha contra el ruido, ya que es la Administración más próxima a los ciudadanos y, también, a los diferentes focos de emisión.

Parece claro, por tanto, que preservar a los ciudadanos de las alteraciones y molestias que el ruido ocasiona es una forma más de la lucha por la conservación del ambiente y así lo han entendido tradicionalmente los autores que no han dudado en incluir al ruido entre los agentes de alteración⁶³.

2.2. Protección a la salud

Ya hemos visto como la salud tiene una vertiente preventiva que pivota sobre la protección del medio ambiente; y a su vez, una de las finalidades principales del

⁶² El Decreto 326/2003, de 25 de noviembre se complementa con la Orden de 29/6/2004, por la que se regulan los técnicos acreditados y la actuación subsidiaria de la Consejería en materia de Contaminación Acústica, publicada en el BOJA número 133, de 8 de julio, de 2004.

⁶³ Así se puede comprobar consultando las obras clásicas de las literaturas española, muy singularmente, las de MARTÍN MATEO, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, LÓPEZ RAMÓN, SOSA WAGNER. Respecto a la jurisprudencia, no pueden dejar de mencionarse las clásicas sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 10 de octubre de 1988, la Sentencia de la Audiencia de Burgos de 1980 y la Sentencia del TS de 5 de julio de 1976, ni las muy recientes como la Sentencia del TS de 9 de abril de 2003 y la Sentencia de 2 de febrero de 2002.

Medio Ambiente es la protección de la salud. De este modo hay un punto de confluencia de las dos disciplinas que tiene su coincidencia en lo que se denomina Sanidad Ambiental⁶⁴. Ello tiene su fiel reflejo en la Ley General de Sanidad que se pronuncia expresamente sobre el ruido en su artículo 42.3, b)⁶⁵.

Por consiguiente el Título competencial de la sanidad, previsto en el artículo 149.1,16 que atribuye al Estado la competencia sobre las bases y la coordinación general de la sanidad, y en el artículo 148.1,21 que enuncia que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en sanidad e higiene, puede ser esgrimido por los poderes públicos para imponer reglas de protección contra el ruido. Centrándonos en el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza, el artículo 13,21 de su Estatuto de Autonomía asume en esta Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de sanidad e higiene, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1,16 de la Constitución⁶⁶.

2.3. Orden público

El orden público o la seguridad pública, ha sido objeto de delimitación por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia de 8 de junio de 1982 que lo define como “*la actividad dirigida a la protección de las personas y los bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y del orden ciudadano*”, finalidades que considera ambas “*inseparables y mutuamente condicionadas*”, resulta Título de intervención en cuanto que la producción de ruidos puede afectar a su conservación o mantenimiento, como es el caso de los escándalos nocturnos propiciados por establecimientos abiertos hasta altas horas de la noche. En estos casos, se impone sin más la actuación de las fuerzas de orden público, cuyas atribuciones resultan obvias.

⁶⁴ En relación con esta materia es paradigmática la citada Sentencia de 9 de Diciembre de 1994 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁵ Artículo 42.3, b): “los ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás administraciones publicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: (...) control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones.

⁶⁶ En cuanto al resto de Comunidades Autónomas véanse los siguientes artículos: el artículo 18.1, del Estatuto del País Vasco; el artículo 17.1 del Estatuto de Cataluña; el artículo 33.1 del Estatuto de Galicia; el artículo 53,1 del Estatuto de Navarra; el artículo 38.1 del Estatuto de Valencia; el artículo 32.7 del Estatuto de Canarias; el artículo 11,g) del Estatuto de Asturias; el artículo 23.3 del Estatuto de Cantabria; el artículo 9.5 del Estatuto de La Rioja; el artículo 11,f) del Estatuto de Murcia; el artículo 35.1, 20 del Estatuto de Aragón; el artículo 32.3 de Castilla la Mancha; el artículo 8.6 de Extremadura; el artículo 27.1.1 de Castilla-León; el artículo 27.7 del Estatuto de la Comunidad de Madrid y el artículo 10.12 del Estatuto de las Baleares.

Asimismo, la delimitación constitucional y estatutaria de las competencias en esta materia ha sido objeto de interpretación por este Alto Tribunal, declarando que el Estado es titular de la competencia en materia de seguridad pública de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.29, de la Constitución⁶⁷, sin perjuicio de la facultad de algunas Comunidades Autónomas, como la andaluza en su artículo 14 del Estatuto de Autonomía, de crear o constituir policías autonómicas⁶⁸. A esto hay que añadir las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de coordinación de policías locales y otras materias que se incardinan bajo el Título competencial de la seguridad pública. De estas últimas interesa destacar la competencia en materia de espectáculos públicos, donde todas las Comunidades Autónomas tienen asumidas competencias exclusivas⁶⁹, mientras que las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla tienen competencias en materia de ejecución⁷⁰.

La Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva en materia de espectáculos públicos, en virtud del artículo 13.32, y ha aprobado la siguiente normativa: La Ley 13/1999, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía⁷¹; el Decreto 78/2002 de 26 de febrero, por el que se

⁶⁷ En virtud de esta competencia el Estado ha dictado la siguiente normativa: La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana; el Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, sobre regulación de determinadas actividades inconvenientes o peligrosas para la juventud y la infancia; el Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas; La Orden Ministerial de 23/11/77, sobre horario de cierre de espectáculos; La Orden de 29/6/1981, por la que se modifica el artículo 5 de la de 23/11/1977, que fija el horario de cierre de espectáculos, fiestas y establecimientos públicos.

⁶⁸ Ver el artículo 17, 36, 47.3 y la Disposición Transitoria 4 de Estatuto de Autonomía del País Vasco; el artículo 13, 14 y Disposición Transitoria primera del Estatuto de Autonomía de Cataluña; artículo 27.25 del Estatuto de Autonomía de Galicia; artículo 36 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; artículo 30 del Estatuto de Autonomía de Canarias; artículo 51 de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

⁶⁹ Aragón, en el artículo 35.uno.39 del estatuto; Canarias, en el artículo 30.15 del estatuto; Cantabria, en el artículo 24.27 del estatuto; Castilla - La Mancha, en el artículo 32.1.23 del estatuto; Castilla y León, en el artículo 32.1.25 del estatuto; Cataluña, en el artículo 9.31 del estatuto; Madrid, en el artículo 26.22 del estatuto; Navarra, en el artículo 44.15 de la reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra; Valencia, en el artículo 31. 30 del estatuto; Extremadura, en el artículo 7.uno.24 del estatuto; Galicia, Transferida por Ley Orgánica 16/1995, de 27 de diciembre, artículos 2.b) y 5; Illes Balears, en el artículo 10.27 del estatuto; La Rioja, en el artículo 8.uno.22; País Vasco, en el artículo 10.38 del estatuto; Asturias, en el artículo 10.1.28 del estatuto; Murcia, en el artículo 10.uno.24 del estatuto.

⁷⁰ Artículo 22.1.5 del Estatuto de Autonomía de la Ciudad de Ceuta y artículo 22.1.5 del Estatuto de Autonomía de la Ciudad de Melilla.

⁷¹ Los artículos 10 y 14 de la Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía, así como su Exposición de Motivos hacen expresa referencia a los ruidos y sus molestias. Esta Ley fue el resultado de una sugerencia realizada por el Defensor del Pueblo Andaluz al legislador autonómico para que se aprobara una Ley sobre Actividades Recreativas y Espectáculos públicos que recogiera entre otros aspectos, los horarios de apertura y cierre de los establecimientos, y un régimen

aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁷²; el Decreto 326/2003, de 25 de noviembre que actualmente diseña las condiciones acústicas, generales y particulares de este tipo de establecimientos y la Orden de 13 de abril de 2002, por la que se regulan los horarios de apertura y cierre de los establecimientos públicos en la Comunidad Autónoma de Andalucía⁷³.

En el caso de los entes locales, además de las competencias asignadas en virtud de la Ley reguladora de las bases del Régimen Local, en su artículo 25.2 a) y b), no podemos dejar de citar los artículos 1 y 5 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, que posibilitan que los Ayuntamientos intervengan en la actividad de los administrados cuando existiese perturbación de la tranquilidad con el fin de restablecerla o restaurarla. En este sentido, debe tenerse presente la atribución que el todavía vigente Reglamento de Servicios confiere a los Ayuntamientos para intervenir en la actividad de sus administrados para garantizar, entre otros, la tranquilidad ciudadana con el fin de restablecerla o conservarla utilizando como medios las ordenanzas, los bandos o las órdenes individuales. En este punto no podemos dejar de mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1976 tan brillantemente comentada por el profesor

sancionador adecuado.

⁷² El Decreto 78/2002 de 26 de febrero pretende la catalogación de los diferentes tipos de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos sometidos al ámbito de aplicación de la Ley 13/1999, adecuándolos a la realidad actual. Esta normalización se llevó a cabo con el objeto de facilitar la gestión de las autorizaciones y licencias municipales por parte de los Municipios, mediante la denominación y definición de las diferentes actividades, espectáculos y establecimientos públicos. Al mismo tiempo, con la aprobación del “Nomenclátor” y del “Catálogo” se aspira a erradicar situaciones de confusión o solapamiento de actividades recreativas o de espectáculos públicos, cuyo desarrollo o celebración no se encuentra, de forma integral, amparada por la licencia o autorización específica otorgada al establecimiento.

⁷³ La normativa autonómica al respecto es la siguiente: Canarias: Ley 1/1998, de 8 de enero, de Régimen Jurídico de los Espectáculos Públicos y Actividades Clasificadas, modificada por la Ley 2/2002, de 27 de marzo. Cataluña: Ley del Parlamento de Cataluña 10/1990, de 15 de junio, sobre Policía de Espectáculos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos, modificada por Decreto Legislativo 13/1994, de 26 de julio. Madrid: Ley 17/1997, de 4 de julio, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, modificada por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre, por la Ley 5/2000, de 8 de mayo y por la Ley 5/2002, de 27 de junio. Navarra: Ley Foral 2/1989, de 13 de marzo, Reguladora de los Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, modificada por la Ley Foral 26/2001, de 10 de diciembre. Valencia: Ley de las Cortes Valencianas 4/2003, de 26 de febrero, de los Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos. Illes Balears: Ley 7/1999, de 8 de abril, de Atribución de Competencias a los Consejos Insulares de Menorca y de Eivissa i Formentera en materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. La Rioja: Ley 4/2000, de 25 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. País Vasco, Ley 4/1995, de 10 de noviembre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sobre normas reguladoras de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas. Asturias. Ley 8/2002, de 21 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.

SÁINZ MORENO⁷⁴. En esta Sentencia, que resolvía el conflicto existente entre un ciudadano, propietario de una casa en el pueblo de Oleiros, y el Ayuntamiento de dicha localidad, con motivo de unas molestias causadas por el sonido del carillón del reloj de la iglesia, el Tribunal Supremo admitió de plano la obligación, no la simple facultad, de la Administración municipal de intervenir directamente cuando en la ciudad se produjera un ruido que por su intensidad, modo, tiempo o lugar de producirse, adquiriera el carácter de anormal. Todo ello dentro de la competencia de la policía de la tranquilidad que implica por tanto, no la facultad de intervenir sino la obligación de hacerlo. Recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en sentencia de la Sala 3ª de 1 de febrero de 2002, se ha pronunciado en un caso con bastantes similitudes, así condenaba al Ayuntamiento de Villahoz a que adoptara las medidas pertinentes para la eliminación de los ruidos que producía el funcionamiento de la sonería de un reloj propiedad del Ayuntamiento que estaba situado en la torre de la Iglesia del pueblo, y en caso de no ser posible la eliminación, que se adoptaran las medidas para acomodar su emisión de forma que el ruido emitido y el transmitido no excediera de los límites máximos permitidos por la legislación vigente⁷⁵.

2.4. Ordenación del Territorio y Urbanismo

Cerramos este listado de títulos constitucionales de intervención, con el que a nuestro juicio mayor importancia tiene: El urbanismo. El urbanismo constituye el resumen o crisol de todas las actuaciones públicas que tiene como soporte el territorio, cuya adecuada ordenación constituye el instrumento de mayor calado y, al mismo tiempo el más elemental para una adecuada política de prevención del ruido ya que la distribución racional de los usos urbanos, su acertada zonificación, la creación de parques, jardines y demás espacios públicos, la localización de los servicios públicos y de sus imprescindibles infraestructuras, de las vías urbanas y de las rondas, travesías y autovías, en fin, las mismas reglas de tráfico urbano e interurbano tienen una incidencia sobre la prevención y eliminación de ruidos cuya importancia se han encargado en realzar la doctrina, la jurisprudencia y el Defensor del Pueblo en su manifestación nacional y autonómica. Para el profesor MARTÍN MATEO el ruido es un factor muy destacado en la ordenación del territorio, no en

⁷⁴ Vid. SAINZ MORENO, Fernando, “Sobre el ruido y la policía de la tranquilidad (sentencia del TS de 5 de julio de 1976, Ponente: don José Gabaldón”, REDA número 15, 1977, págs. 664 – 668.

⁷⁵ Ponente: D. José Luis López-Muniz Goñi. RJCA 2000\326.

vano, los planes de urbanización y la ordenación del territorio ha de entenderse como medidas que inciden en la transmisión del ruido y que se materializan en el alejamiento de determinados focos de ruido de difícil o imposible eliminación⁷⁶.

La Ordenación del territorio y el Urbanismo la tienen atribuida de manera exclusiva las Comunidades Autónomas en atención al artículo 148.3 de la Constitución, y en el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el artículo 13.8 de su Estatuto de Autonomía que hace además una mención expresa a la ordenación del litoral y a la vivienda⁷⁷. Ahora bien, no podemos dejar de tener en cuenta que, aunque esta competencia parece ser exclusivamente autonómica, de hecho es una competencia en buena parte compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, dada la complejidad de su contenido material, no en vano, el Estado aprobó la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, invocando su competencia sobre la regulación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad del suelo en todo el territorio nacional y sobre otras materias que inciden en el urbanismo como son la expropiación forzosa, las valoraciones, la responsabilidad de las Administraciones públicas o el procedimiento administrativo común⁷⁸.

⁷⁶ Vid. MARTÍN MATEO, Ramón, Tratado de Derecho Ambiental. Vol. II, pag. 642.

⁷⁷ El reflejo de esta competencia en los Estatutos de Autonomía es la siguiente: País Vasco, artículo 10.31; Cataluña, artículo 9.9; Galicia, artículo 27.3; Asturias, artículo 10.3; Cantabria, artículo 24.3; La Rioja, artículo 8.16; Murcia, artículo 10.2; Valencia, artículo 31.9; Aragón, artículo 35.7; Castilla-La Mancha, artículo 31.2; Canarias, artículo 30.15; Navarra, artículo 44.1; Extremadura, artículo 7.2; Baleares, 10.3; Madrid, artículo 26.1,4; Castilla-León, artículo 32.2. También las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla en su Estatuto de Autonomía ejercen unas peculiares competencias en relación con estas materias así en el caso de la Ciudad de Ceuta, el artículo 22. 1 en su apartado primero y decimocuarto le atribuye las facultades de administración, inspección y sanción y el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria en los términos que establezca la legislación general del Estado sobre la ordenación del territorio, urbanismo. Por su parte el Estatuto de Autonomía de la Ciudad de Melilla se pronuncia en los mismos términos en el artículo 21.1 apartado primero.

⁷⁸ La legislación autonómica de ordenación del territorio y urbanismo es la siguiente: Andalucía: Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía Aragón: Ley 11/1992, de 24 de noviembre, de Ordenación del Territorio, modificada por la Ley 1/2001, de 8 de febrero y la Ley 7/1998, de 16 de julio, por la que se aprueban las Directrices Generales de Ordenación Territorial de Aragón; Asturias: Ley 1/1987, de 30 de marzo, de coordinación y ordenación territorial y la Ley 6/1990, de 20 de diciembre, sobre edificación y usos en el medio rural; Islas Baleares: Ley 6/1999 de 3 de abril de las Directrices de Ordenación Territorial de las Illes Balears y de medidas tributarias, Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial y Ley 8/2003, de 25 de noviembre, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial y urbanismo en las Illes Balears; Islas Canarias; Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, Decreto 127/2001, de 5 de junio, por el que se regulan las Directrices de Ordenación; Ley 6/2001, de 23 de julio, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del turismo en

La ordenación del territorio, en cuanto técnica de asignación y distribución de usos regionales, es un instrumento esencial para la prevención de las actividades generadoras de ruido. La misma Exposición de Motivos de la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía es consciente de ello, así el objetivo definitivo en el que se resume la función pública de la Ordenación es la mejora de las condiciones de bienestar y de la calidad de vida.

Los entes locales tienen mucho que decir, o mejor dicho, mucho que hacer en esta competencia, como vamos a ver cuando analicemos las técnicas que ofrece el ordenamiento jurídico para luchar contra el ruido, pues, no en vano, la Ley 7/1985, de 2 de abril, en su artículo 25.2, d) les atribuye la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística.

3. Técnicas que ofrece el Ordenamiento jurídico en la lucha contra el ruido

En este epígrafe analizaremos las técnicas que ofrece el ordenamiento jurídico para luchar contra el ruido, observando que aunque existen en él respuestas variadas que se alojan en distintas ramas del mismo, el Derecho Civil, el Derecho

Canarias, Ley 6/2002, de 12 de junio, sobre medidas de ordenación territorial de la actividad turística en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma, Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias; Cantabria: Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria; Castilla - La Mancha: Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística; Castilla y León: Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de Ordenación del Territorio de la Comunidad de Castilla y León, Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León; Cataluña: Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial; Ley 12/1990, de 5 de julio, por la que se autoriza la refundición de los textos legales vigentes (L 9/81 y 3/84 y norma urbanística); Extremadura: Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura; Galicia: Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de ordenación del Territorio de Galicia, Ley 1/1997, de 24 de marzo, de medidas reguladoras del suelo y Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia; La Rioja: Ley 10/98, 2 julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo; Madrid: Ley 10/1984, de 30 de mayo, de ordenación territorial de la Comunidad de Madrid y Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid; Murcia: Ley 4/1992, de 30 de julio, de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia y Ley 1/2001, de 24 de abril, del Suelo de la Región de Murcia, modificada por la Ley 2/2002, de 10 de mayo; Navarra: Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de ordenación del territorio y urbanismo, modificada por la Ley Foral 22/2001, de 27 de noviembre; País Vasco: Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco y Ley 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana; Valencia: Ley 6/1989, de 7 de julio, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Valenciana, Ley 4/1992, de 5 de junio, sobre suelo no urbanizable y Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de actividad urbanística.

Penal y el Derecho Laboral, nos vamos a centrar en las respuestas que ofrece el Derecho Administrativo.

Se puede afirmar que las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos son en gran medida las Administraciones responsables de las condiciones del hábitat de los ciudadanos, y como decía el profesor SOSA WAGNER⁷⁹, deben ser sus autoridades las destinatarias del aprobado o el suspenso, valoración que en el sistema político en el que felizmente vivimos, sólo a los ciudadanos corresponde y una vía de realizarla se concreta en las quejas que presentan ante los Comisionados Parlamentarios.

Son los Ayuntamientos quienes tienen una importante responsabilidad en el seguimiento, el control y la posterior adopción de las medidas contra el ruido y las vibraciones molestas. La normativa actualmente en vigor asigna a las entidades locales un papel primordial en la lucha contra el ruido por ser la Administración más cercana, no sólo a los ciudadanos sino también a los diferentes focos de emisión. Ahora bien, este protagonismo no desplaza al resto de las Administraciones públicas en su responsabilidad pues, en gran medida los ayuntamientos comparten sus competencias con la respectiva Comunidad Autónoma de la que se espera la colaboración, el auxilio y el cumplimiento de sus propias competencias⁸⁰, mientras que del Estado se espera que complete dentro de sus límites el marco normativo que encuadra la posibilidad de actuación de la Administración Autonómica y en mayor medida de la Administración local⁸¹.

Sirva de introducción que la actuación de las Administraciones públicas ha de ser muy diversificada, alternándose las previsiones a largo plazo con las medidas concretas efectivas para atajar de súbito actuaciones ilegales y abusivas; desde las previsiones urbanísticas tales como la zonificación, el régimen de distancias, el control de establecimientos para evitar concentraciones inoportunas, a las fórmulas normativas, marcando las condiciones técnicas o el importante aspecto de las previsiones de horarios, a las actuaciones concretas de vigilancia, de exigencia del cumplimiento de las normas y, cuando sea preciso, de represión. De modo que habrá

⁷⁹ Vid. SOSA WAGNER, Francisco, “*La lucha contra el ruido*” REALA número 249, 1991, págs. 11 – 31.

⁸⁰ Nos referimos especialmente a las competencias de vigilancia, control y disciplina en defecto de actuación por parte del Ayuntamiento.

⁸¹ Nos referimos concretamente a la necesidad de desarrollo de algunas cuestiones fundamentales de la Ley 37/2003 de 17 de noviembre.

de conjugar medidas concretas y esporádicas con, medidas a más a largo plazo y con actuaciones de amplia previsión.

3.1. El papel de las ordenanzas

Las ordenanzas son un instrumento que con carácter preventivo juegan un importante papel en la eliminación de la contaminación acústica. Algunas de estas normas reglamentarias municipales han sido concebidas como ordenanzas fiscales, otras han tenido la configuración formal de bandos y otras figuran como parte del Plan General de Ordenación Urbana.

En determinados municipios, la lucha contra las inmisiones molestas o nocivas dentro de la protección del medio ambiente urbano ha llegado a la aprobación de ordenanzas en las que se regulan minuciosamente los diferentes supuestos que pueden afectar negativamente a los vecinos o a su entorno. Así, el Ayuntamiento de Córdoba aprobó una en la que se prohibían los trabajos temporales de obras de construcción públicas o privadas que superaran los límites establecidos entre las 15 y 17 horas en la estación veraniega. No obstante en el informe anual de 1994, el Defensor del Pueblo se lamentaba de que la mayoría de Ayuntamientos de España se regían por las disposiciones contenidas en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, lo que conllevaba que casi la totalidad de los municipios que no tenían ordenanza, carecían de sonómetros y otros medios técnicos para medir las distintas formas de contaminación existentes⁸². Como solución a esta situación el Comisionado de las Cortes Generales proponía que las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias o cualquier otra entidad supramunicipal elaborara una ordenanza tipo que pudiera ser asumida por los municipios con menores recursos. Más adelante, en el Informe anual de 1998, manifestaba que de los más de ocho mil municipios españoles, aproximadamente un tercio ya disponía de Ordenanzas contra el Ruido⁸³.

El Decreto del Consejo de Gobierno de Andalucía 326/2003, de 25 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica⁸⁴ y en cuyo artículo 5 establece el contenido mínimo de la

⁸² Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, pag. 922.

⁸³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1998, págs. 56 - 61

⁸⁴ Este Decreto fue antecedido del Decreto 74/1996, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Aire, en cuyo artículo 2.3 establece la obligación de que todos los municipios andaluces de más de 20.000 habitantes aprueben Ordenanzas Municipales sobre Ruidos y

Ordenanza municipal que ha de ser el siguiente: La emisión de ruidos producida por la circulación de vehículos a motor, especialmente ciclomotores y motocicletas; los sistemas sonoros de alarma; la emisión de ruidos producida por actividades de ocio, espectáculos públicos, recreativas, culturales y de asociacionismo; los criterios para la autorización de licencia para veladores en establecimientos de hostelería y su régimen de control como actividad generadora de ruidos en la vía pública; los trabajos en la vía pública y en las edificaciones; las actividades de carga y descarga de mercancías; las actividades propias de la relación de vecindad, como el funcionamiento de aparatos electrodomésticos de cualquier clase, el uso de instrumentos musicales y el comportamiento de animales domésticos; las instalaciones de aire acondicionado, ventilación o refrigeración; los trabajos de limpieza de la vía pública y de recogida de residuos y los mecanismos de coordinación interna entre los distintos departamentos del Ayuntamiento que tengan competencia sobre una misma actividad generadora de ruidos⁸⁵.

Este precepto sobre el contenido mínimo de la Ordenanza tiene complemento en el artículo 28.5,a) de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, que se refiere a las infracciones. Establece que las ordenanzas locales podrán tipificar infracciones en relación con el ruido procedente de usuarios de la vía pública en determinadas circunstancias. Como se observa en la enumeración de las cuestiones que como mínimo ha de regular la Ordenanza en cuanto que reguladora de los focos de emisión del ruido, es más que oportuna la sugerencia que el Defensor del Pueblo realiza en orden a que los municipios se doten de estas disposiciones.

En relación al papel de las ordenanzas locales y la potestad tipificadora y sancionadora de los entes locales ha sido muy esperada la aprobación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la Modernización del Gobierno Local⁸⁶, en relación con la doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en la

Vibraciones. Dos años después, la Orden de 3 de septiembre de 1998, aprueba el Modelo Tipo de Ordenanza Municipal de protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones que actualmente se encuentra derogada por el Decreto 326/2003, de 25 de noviembre.

⁸⁵ También la reciente Ley básica del Ruido, en su artículo 6 prevé que los Ayuntamientos aprueben ordenanzas que regulen el ruido y que adapten las existentes a lo dispuesto en la ley.

⁸⁶ La Ley 57/2003, de 16 de diciembre ha añadido el Título XI a la Ley 7/1985, de 2 de abril cuyo artículo 139 establece que para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios que establece el artículo 141. Estos criterios permiten clasificar las infracciones en muy graves, graves o leves. Así, serán muy graves las infracciones que supongan: Una perturbación relevante de la convivencia que

Sentencia de 29 de septiembre de 2003⁸⁷, pues hasta primeros de 2004 los Ayuntamientos debían sujetarse estrictamente al principio de que: “*sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas*

afecte de manera grave, inmediata y directa a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas, al normal desarrollo de actividades de toda clase conformes con la normativa aplicable o a la salubridad u ornato públicos, siempre que se trate de conductas no subsumibles en los tipos previstos en el capítulo IV de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana; el impedimento del uso de un servicio público por otra u otras personas con derecho a su utilización; el impedimento o la grave y relevante obstrucción al normal funcionamiento de un servicio público; los actos de deterioro grave y relevante de equipamientos, infraestructuras, instalaciones o elementos de un servicio público; el impedimento del uso de un espacio público por otra u otras personas con derecho a su utilización y los actos de deterioro grave y relevante de espacios públicos o de cualquiera de sus instalaciones y elementos, sean muebles o inmuebles, no derivados de alteraciones de la seguridad ciudadana.

⁸⁷ La Sentencia sentó unas bases doctrinales y un criterio general. La base doctrina se asienta en defender que para que verdaderamente estemos ante una norma jurídica, con su triple contenido de mandato, organización social y disciplina de relaciones jurídicas, es indispensable que exista una garantía de la normativa correspondiente. Esa garantía puede ser de muy distinta naturaleza y una de ellas consiste en la posibilidad de imponer una sanción por conducta ilícita puesto que esto es lo que dota de contenido a una de las más típicas potestades de las autoridades administrativas, como es la potestad reglamentaria. El Tribunal afirmaba que un Reglamento con forma de Ordenanza local que puede, sin ninguna consecuencia, ser incumplido por los ciudadanos a los que todo está permitido en la materia, es una norma reglamentaria sin fundamento ni garantía y por tanto susceptible de quedar sin efectos y por ello es deseable una integración de la normativa actual que dé lugar a una interpretación de la misma en virtud de la cual se dote de sustantividad a la potestad reglamentaria de los entes locales, potestad ésta que reconoce de forma inequívoca nuestro ordenamiento jurídico.

Este planteamiento debe hacerse teniendo en cuenta el principio de autonomía local que se reconoce en la Constitución española vigente, y que de algún modo podría entenderse contravenido o contradicho si uno de los elementos del contenido de esa autonomía, la potestad reglamentaria de los entes locales, se encuentra mermado y disminuido hasta el punto de que el Reglamento resulte infundamentado y en definitiva en ocasiones inaplicable. El Tribunal muestra como base normativa de este nuevo enfoque interpretativo de la autonomía local, los Tratados internacionales validamente celebrados y ratificados en debida forma son parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico: La Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, artículo 3 “*por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes*”.

No puede ocultársenos que ello significa que existe una tensión entre el principio de autonomía local interpretado a la luz de la Carta Europea de 15 de octubre de 1985 y la reserva de ley que establece el artículo 25.1 de la Constitución para la tipificación de infracciones y sanciones. Pero entiendo esta Sala que, no habiéndose planteado el Tribunal Constitucional un supuesto como el presente de competencias nucleares de los entes locales que llevan implícitas potestades de ordenamiento del uso del dominio (o eventualmente de organización de un servicio si es exclusivamente local), con fundamento en los artículos 55 y 59 del texto refundido de régimen local debe culminarse o extenderse a tales supuestos la tendencia de la propia jurisprudencia constitucional a flexibilizar el principio de reserva de ley. Por tanto, la tensión antes indicada debe resolverse en virtud de una interpretación integradora de un modo favorable al principio de autonomía local, admitiendo la posibilidad de esa tipificación por Ordenanza. Una interpretación de este tipo no hace sino cumplir la finalidad que atribuye a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo el Título Preliminar del Código Civil cuando en su artículo 1.6 dispone que completará el ordenamiento jurídico y en el artículo 3.1 que la interpretación a realizar se llevará a cabo de acuerdo con los antecedentes legislativos y la realidad social de los tiempos en que las normas deban aplicarse.

como tales infracciones por una Ley”, mientras que gracias a la Ley citada la situación ha cambiado, puesto que ahora los Ayuntamientos pueden, siempre sin contradecir a las leyes, “legislar” sobre las materias de su propia competencia “nuclear”. Por tanto para la policía de dominio público referido a las vías urbanas las Ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. Al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las Leyes.

Ahora bien, como vamos a ver en el análisis de las quejas, estas previsiones legales de la aprobación de ordenanzas nos conducen a distintas valoraciones. Por un lado es muy positivo que el legislador establezca la obligatoriedad en la aprobación de ordenanzas, pues en muchos casos la contaminación acústica es consentida como consecuencia de un vacío normativo, a pesar de que en el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local se prevé de manera general que las corporaciones locales pueden intervenir en la actividad de los ciudadanos a través de las ordenanzas. Con la aprobación de las mismas se da satisfacción a un primer nivel de protección, se deduce la buena voluntad de las autoridades en la lucha contra el ruido, pero esto no es suficiente. En muchos casos, la calidad técnico-jurídica de la ordenanza aprobada, corre pareja con su inaplicación. Frente a este talante administrativo, reiteradamente denunciado por el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz, que se muestra tolerante y permisivo con los ruidos a pesar de la existencia de Ordenanza al respecto, hay que recordarle que la Ordenanza vincula no sólo a los ciudadanos que han de cumplirla voluntariamente, sino a las autoridades que la han de hacer cumplir. En nada hemos avanzado con la previsión expresa de la aprobación de ordenanzas si una vez aprobadas se incumplen sistemáticamente.

3.2. Las licencias

En la legislación administrativa, la calificación como molesta de las actividades que constituyen una incomodidad por los ruidos o vibraciones que producen, conduce a la aplicación de un conocido sistema de técnicas policiales de intervención. En un principio estas técnicas eran las contempladas en el Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, pero a medida que las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias han aprobado su normativa de Actividades clasificadas y han actualizado y adaptado las técnicas policiales de intervención a la realidad existente. En este epígrafe no haremos sino describir los elementos esenciales del indicado régimen jurídico, aplicándolo

específicamente a las actividades molestas por ruidos y vibraciones conforme a los planteamientos del profesor SOSA WAGNER y LÓPEZ RAMÓN⁸⁸.

Vamos a llevar a cabo la descripción de estos elementos porque lo hemos considerado imprescindible para comprender con posterioridad, cuando analicemos las quejas, la trascendencia de la actuación o de la falta de actuación de las Administraciones públicas, especialmente de la local. Veremos como en muchos casos las instalaciones industriales, los comercios y los bares, los restaurantes, las discotecas, en definitiva los locales de ocio, comienzan su actividad antes de haberles sido otorgada la licencia que no es sino el mecanismo de control previo de que la actividad se va a desarrollar con las debidas garantías de calidad para evitar los ruidos y las vibraciones. Frente al proceder de los titulares que obvian sus obligaciones, el ordenamiento jurídico ofrece a las Administraciones múltiples mecanismos de defensa, pero, en el análisis de las quejas, veremos como una vez más es protagonista, en unos casos, la inactividad de la Administración, en otros casos, la actividad parcial, por ineficaz, al no adoptar medidas contundentes para hacer cumplir el ordenamiento jurídico y las disposiciones que ellas mismas dictan.

Las actividades molestas requieren precisamente de licencia municipal otorgada conforme al procedimiento especial del Reglamento de Actividades Molestas o de la norma autonómica correspondiente. La solicitud de licencia debe ir acompañada de proyecto técnico y una memoria descriptiva de las características de la actividad, su repercusión sobre la sanidad animal y los sistemas correctores previstos. La normativa autonómica sobre ruido ha incidido especialmente en el contenido de los proyectos técnicos que deben presentarse para la obtención de la licencia del Reglamento de Actividades Molestas o de la norma equivalente, un ejemplo de ello es el Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, que añade un requisito más cual es la exigencia de estudios acústicos cuya finalidad es constatar el cumplimiento de las normas de calidad y prevención establecidas en el reglamento citado, y en su caso, en la ordenanzas municipales sobre la materia⁸⁹.

⁸⁸ Vid. SOSA WAGNER, Francisco, “*La lucha contra el ruido*” REALA número 249, 1991, págs. 11 – 31. LOPEZ RAMÓN, Fernando, “*La ordenación del ruido*”, RAP, número 157, 2002, págs. 27 – 56.

⁸⁹ El estudio acústico se acompañará al proyecto de actividad que se remitirá al Ayuntamiento respectivo, para su autorización y la autorización administrativa para cuya obtención sea preciso presentar el correspondiente estudio acústico, determinará las condiciones específicas y medidas correctoras que deberán observarse en cada caso en materia de ruidos y vibraciones, en orden

El Reglamento de Actividades Molestas recoge expresamente que el Alcalde puede denegar directamente la licencia por “razones de competencia municipal”, es decir, por razones que estén basadas en los planes de ordenación urbana o en el incumplimiento de ordenanzas municipales⁹⁰, de ahí la importancia de la aprobación de tales instrumentos.

La solicitud de la licencia se someterá a información pública, audiencia de los interesados, los vecinos inmediatos al lugar del emplazamiento propuesto, e informe de diversos funcionarios locales, incorporándose un informe final de la corporación municipal. De ahí el expediente pasa a la fase de dictamen del órgano autonómico que haya asumido las funciones de las suprimidas Comisiones Provinciales de servicios técnicos y después el expediente es devuelto al alcalde competente para denegar u otorgar la licencia⁹¹. En Andalucía, el Decreto 297/1995, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Calificación Ambiental, ha alterado este procedimiento pues es el Ayuntamiento el que de manera íntegra tramita el expediente, es decir, la calificación ambiental se integra en el procedimiento de otorgamiento de la licencia necesaria para la implantación, ampliación, modificación o traslado de la actividad que se pretende realizar. Ello implica que tras el periodo que abre el Ayuntamiento de información pública y de audiencia a los interesados, es el mismo Ayuntamiento el que formula propuesta de resolución de Calificación Ambiental, en la que se considerará la normativa urbanística y ambiental vigente, y a la luz de esta propuesta el órgano local competente para resolver calificará la actividad de manera favorable o

a la ejecución del proyecto y ejercicio de la actividad de que se trate (artículo 34). Para las actividades o proyectos sujetos a calificación ambiental, así como para los no incluidos en los Anexos de la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental, el estudio acústico comprenderá, como mínimo: a) Descripción del tipo de actividad, zona de ubicación y horario de funcionamiento; b) Descripción de los locales en que se va a desarrollar la actividad, así como, los usos adyacentes y su situación respecto a viviendas u otros usos sensibles; c) Características de los focos de contaminación acústica o vibratoria de la actividad, incluyendo los posibles impactos acústicos asociados a efectos indirectos tales como tráfico inducido, operaciones de carga y descarga o número de personas que las utilizarán; d) Niveles de emisión previsible; e) Descripción de aislamientos acústicos y demás medidas correctoras a adoptar; f) Justificación de que, una vez puesta en marcha, la actividad no producirá unos niveles de inmisión que incumplan los niveles establecidos en el Anexo I del presente Reglamento; g) En aquellos casos de control de vibraciones, se actuará de forma análoga a la descrita anteriormente, definiendo con detalle las condiciones de operatividad del sistema de control; h) Para la implantación de medidas correctoras basadas en silenciadores, rejillas acústicas, pantallas, barreras o encapsulamientos, se justificarán los valores de los aislamientos acústicos proyectados y los niveles de presión sonora resultantes en los receptores afectados; i) Programación de las medidas que deberán ser realizadas “in situ” que permitan comprobar, una vez concluido el proyecto, que las medidas adoptadas han sido las correctas y no se superan los límites establecidos en esta normativa.

⁹⁰ Artículo 30 del Reglamento de Actividades Molestas.

⁹¹ Artículos 31, 32 y 33 del Reglamento de Actividades Molestas.

desfavorable⁹². Las relaciones con la Administración autonómica se reducen a una comunicación del resultado del expediente, indicando la resolución recaída en el procedimiento de Calificación Ambiental, a la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente⁹³. Obtenida la licencia de instalación de la actividad calificada como molesta, no puede comenzar a ejercerse sin previa visita de comprobación técnica que garantiza la observancia de los requisitos establecidos en la propia licencia para el ejercicio de la actividad⁹⁴. Sin embargo, a pesar de esta afirmación categórica, veremos en las quejas que vamos a analizar cómo dicha condición se incumple sistemáticamente.

Las licencias para el ejercicio de las actividades molestas por ruidos deben someterse al cumplimiento de requisitos de emplazamiento y a medidas correctoras. El alejamiento de los núcleos de población es la técnica empleada en el Reglamento de Actividades Molestas, de acuerdo con lo previsto en las ordenanzas municipales o en los planes de urbanismo. En el análisis de las quejas veremos que esta técnica no es aplicada con todo el rigor que se debería y como respuesta veremos la postura coincidente del Defensor del Pueblo Andaluz y el TS de dar un nuevo emplazamiento a determinadas actividades productoras de un nivel considerable de ruidos, tales como ferias, fábricas o talleres. Las medidas correctoras pueden comprender amplios catálogos de soluciones, dado que incluyen cuantas medidas técnicas sean necesarias en cada caso para lograr el objetivo de evitar que las actividades produzcan incomodidades. En estas cuestiones juega un importante papel las ordenanzas pues son el instrumento idóneo para desarrollar las previsiones relativas a los emplazamientos y demás requisitos exigidos.

La Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía es otra norma que ha de ser tenida en cuenta en el procedimiento de concesión de una licencia, pues su artículo 10 establece que entre las condiciones técnicas de los establecimientos no sólo se han de asegurar las relativas a la seguridad, la higiene, las sanitarias, a la accesibilidad y la confortabilidad, sino también las relativas las vibraciones y al nivel de ruidos que reglamentariamente se determinen en las normas específicas de cada actividad y en las Normas Básicas de Edificación. Actualmente, la disposición normativa en la Comunidad Autónoma que diseña las condiciones

⁹² Artículos 13, 14 y 15 del Decreto 297/1995, de 19 de noviembre.

⁹³ Artículo 17 Decreto 297/1995, de 19 de noviembre.

⁹⁴ Artículo 34 del Reglamento de Actividades Molestas y artículo 15.4 del Decreto 297/1995, de 19 de noviembre, que contiene la obligación para la Administración de hacer constar expresamente esta prohibición en la resolución de calificación ambiental.

acústicas, generales y particulares es el Decreto 326/2003, de 25 de noviembre. Las condiciones generales se regulan en el artículo 28, mientras que las particulares se encuentran en el artículo 29 distinguiendo tres tipos según el establecimiento de espectáculos públicos, actividades recreativas y comerciales y su potencial peligro de contaminar acústicamente.

La obligación de adoptar y mantener íntegramente todas las condiciones técnicas de seguridad, higiene, sanitarias y de nivel de ruidos que se establezcan con carácter general o sean fijadas específicamente en las correspondientes autorizaciones municipales y, en su caso, autonómicas, así como la obligación de evitar la producción de ruidos y molestias del establecimiento público con ocasión de la celebración de espectáculos públicos o desarrollo de actividades recreativas, recae, en virtud del artículo 14 de la Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía, en las empresas, los cargos directivos y los empleados.

3.3. La Actividad de policía: El régimen sancionador

La Administración que actúa, regula, controla, autoriza y en última instancia sanciona, es normal que disfrute de amplias facultades de verificación del cumplimiento de los requisitos reglamentarios y que trate de forzar que se ajusten a ellos las respuestas de los particulares, sin necesidad de tener que llegar a la fase mayor de lo sancionador. La amplia libertad que se reconoce a los ciudadanos debe ir acompañada con el respeto de las exigencias jurídicas. Así cuanto más autorreglada sea una sociedad, cuanto más se quiera reducir el intervencionismo administrativo, más habrá que poner el acento en que vaya por delante el autocumplimiento de las reglamentaciones por los interesados. Y si se dan los supuestos más onerosos, la Administración ha de sancionar, de lo contrario, es decir, si, como puso de manifiesto la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 7 de marzo de 1997, un Ayuntamiento autoriza la apertura de establecimientos y no vigila su adecuado nivel de ruidos y vibraciones, ni adopta las medidas adecuadas para ello, se generará responsabilidad patrimonial administrativa⁹⁵.

⁹⁵ En esta Sentencia, comentada por GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, “*El ruido: la Sentencia del TSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997*”, REALA número 276, 1998, págs. 233-234, el Tribunal declaró la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento porque detectó dos comportamientos responsables uno activo, cual era la apertura del establecimiento, y otro pasivo, cual era no adoptar las medidas adecuadas. Para el autor la imputación del daño a la Administración ha de

El sistema sancionador del Reglamento de Actividades Molestas parece excesivamente contemporalizador frente a quienes incumplen las medidas correctoras impuestas en la licencia. En primer lugar, el infractor puede disfrutar de hasta tres plazos para la corrección de las deficiencias advertidas, antes de la imposición de una multa. En segundo lugar, resulta que la clausura y cese de la actividad sólo pueden imponerse después de tres multas consecutivas, cada una de ellas con las correspondientes advertencias seguidas de plazos para la corrección⁹⁶.

Una abundante jurisprudencia ha aclarado algunos aspectos del régimen jurídico de las actividades molestas por ruidos⁹⁷. Así las licencias se caracterizan como autorizaciones de funcionamiento, que permiten intervenir en cualquier momento del desarrollo de la actividad, tanto para exigir el cumplimiento de las medidas establecidas en la licencia como para imponer nuevas medidas correctoras, conforme al progreso técnico de cada época⁹⁸. En otras palabras, las licencias son de tracto sucesivo por tanto, la Administración, una vez concedidas, no se desentiende del modo como se ejercen las actividades amparadas por la misma, pues, por el contrario, compete a la Administración, la vigilancia posterior del respeto a los estrictos términos en que aquella fue concebida así como el ejercicio en su caso, de la correspondiente potestad sancionadora⁹⁹.

La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2002 es significativa respecto a la interpretación de los principios a que debe ajustarse la

interpretarse de forma restringida, ya que la lógica normal es que la responsabilidad de los daños ambiental recaiga sobre el particular causante del daño porque la reparación de daños ambientales no puede hacerse a costa de buscar en la Administración un pagador seguro, como dice ejemplarmente la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 17 de marzo de 1993 al exigir que *“ha de actuarse con prudencia en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración (...) ya que podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace responsabilidad en todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico”*: Lo más correcto, para González –Varas, citando al profesor Martín Mateo, es la tendencia que en términos generales reside en los particulares la carga esencial de indemnizar y apuesta por la concertación de seguros de daños como fórmula más idónea de solucionar el grueso del problema.

⁹⁶ Artículos 36, 37 y 40 del Reglamento de Actividades Molestas.

⁹⁷ Entre otras, ver la STS de 4 de julio de 1995 de la que fue ponente Juan Manuel Sanz Bayón, EDJ 1995/4534: *“los fines asignados a la Administración a través de la licencia justifica que esta actividad de control se ejerza, no solo en la fase previa al inicio de la actividad industrial, sino también una vez iniciada ésta, en cualquier momento posterior”*; o la STS de 22 de septiembre de 1995 de la que fue ponente Mariano Baena del Alcázar, EDJ 1995/5115: *“La licencia municipal obtenida no es una especie de pasaporte que consagre definitivamente la actividad ni enerve el ejercicio posterior de facultades de inspección por los agentes locales”*.

⁹⁸ Vid. LOPEZ RAMÓN, Fernando, *“La ordenación del ruido”*, RAP, número 157, 2002, págs. 27 – 56.

⁹⁹ Vid. SOSA WAGNER, Francisco, *“La lucha contra el ruido”* REALA número 249, 1991, págs. 11 – 31.

reacción del poder público municipal para evitar la realización de actividades molestas, y concretamente de aquellas que suponen, por exposición a ruidos excesivos, una lesión de la tranquilidad de los vecinos¹⁰⁰. La sentencia interpreta los artículos 36, 37, 38 y 40 del Reglamento de Actividades Molestas de conformidad con el principio de proporcionalidad en la actividad restrictiva de los derechos individuales. Para el Tribunal Supremo dicho principio impone la ponderación de la gravedad que las conductas infractoras pueden alcanzar, especialmente cuando suponen una notable intensidad en el exceso de ruidos o se prolongan en el tiempo.

El Tribunal aclara en la sentencia que en el caso de las actividades clasificadas, el plazo concedido para la corrección de las medidas debe ser como mínimo de un mes y como máximo de seis, y, tras el preceptivo informe, cabe otorgar un segundo plazo, pero podrá fijarse un primer plazo menor y no concederse el segundo y estas posibilidades deben tenerse en cuenta de modo especial en el caso de actividades productoras de ruidos excesivos que vienen prolongándose en el tiempo. En todo caso el principio de proporcionalidad aconseja asimismo entender que las posibilidades de subsanación o no de los defectos que se pongan de manifiesto en el ejercicio de la actividad dependen también de las manifestaciones que se hagan en el trámite de audiencia concedido al interesado como paso previo para la aplicación de las correspondientes medidas o sanciones, además del carácter más o menos grave y prolongado de la actividad productora del ruido como hemos visto. De esta suerte, si en interesado no se muestra favorable en el trámite de audiencia concedido a subsanar de modo inmediato las deficiencias observadas o esta falta de voluntad puede deducirse racionalmente de su conducta pertinaz o

¹⁰⁰ Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, EDJ 2002/14001. Los hechos que se juzgan son los siguientes: Un local comienza a funcionar sin licencia. Luego se solicita ésta y resulta finalmente concedida, si bien se aclara que no se ampara la instalación de equipo de música ni similares focos de emisión sonora. Posteriormente se solicitó licencia para legalizar la instalación musical y aunque en el expediente se oponen los vecinos, finalmente fue concedida con la condición de hallarse las puertas del vestíbulo de aislamiento cerradas y de nivel sonoro máximo sujeto a determinados límites. Más adelante se concedió al interesado un plazo de un mes para que subsanara las deficiencias con la advertencia de clausura y precinto del local ordenándosele que no desprecintara el equipo musical. El precinto fue quebrantado y como consecuencia de ello se ordena el precinto y la clausura del local. Materializado este Decreto el recurrente se dedica a la práctica de la vía de hecho desoyendo todo cuanto emanaba de la autoridad competente y propone como medida correctora dotar al equipo de música de un limitador o compresor. Los técnicos municipales procedieron a la regulación y se ordena levantar el precinto. En menos de un año los técnicos constatan que el limitador ha sido alterado que se rebasan los niveles de contaminación acústica, que la actividad se desarrolla con las puertas abiertas y además se ha instalado otro equipo. Por Decreto se concede audiencia previa al precinto del equipo. Precintado el equipo se comprueba que los precintos han sido violentados y el local funciona con música amplificada. Concedida nueva audiencia se resuelve finalmente la clausura y el precinto del local.

prolongada en el tiempo, no parece proporcionado concederle un nuevo plazo para este objeto si se aprecia que la continuación de la actividad durante el mismo puede suponer por sí misma una prolongación y con ello una agravación de la lesión o menoscabo de la tranquilidad de los vecinos por el grave exceso de ruidos¹⁰¹.

En otras palabras, la gravedad de los incumplimientos y del riesgo o molestias generados por la actividad son las que deben determinar la graduación de la reacción de la Administración. En las quejas que vamos a analizar no nos van a faltar ejemplos en los que la actitud de los titulares de la actividad va a estar presidida por la ausencia de voluntad en adoptar las medidas correctoras y frente a ello la Administración no actúa de manera eficaz, pues en algunos casos no adopta la resolución eficaz y en otros, habiendo sido adoptada no se ejecuta finalmente.

Las actuaciones de investigación que han llevado a cabo el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz como consecuencia de la presentación de las quejas de los ciudadanos en sus respectivas Oficinas, le han llevado a afirmar que el principal problema en la incoación de expedientes sancionadores que se instruyen en materia de ruidos radica en las grandes dificultades que existen para ejecutar diligentemente los decretos de clausura dictados por el Ayuntamiento¹⁰².

Normalmente, cuando un vecino presenta una denuncia contra un establecimiento que le está causando molestias, ya lleva algún tiempo soportando las mismas puesto que, generalmente, opta primero por dirigirse al titular de la actividad para que las corrija y cuando tras varios requerimientos comprueba que la situación no varía, entonces acude a los servicios municipales reclamando su intervención.

La tramitación de los expedientes que se incoan como consecuencia de tales denuncias es larga y compleja por la propia naturaleza de la materia. Mientras que los técnicos municipales inspeccionan el establecimiento, dan audiencia a su titular, proponen la resolución correspondiente y ésta es adoptada por el Ayuntamiento, ha transcurrido otro dilatado periodo de tiempo durante el cual las molestias no han cesado e incluso se han incrementado al incidir ya el deterioro en las relaciones entre el vecino que las soporta y el titular de la actividad que las produce, enemistad que se agrava con la intervención municipal.

¹⁰¹ Fundamento jurídico Quinto de la Sentencia.

¹⁰² Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, pag. 933; Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2002, págs. 810-814; Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, pag. 456 e Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 488-496.

A ello hay que sumar los excesivos días que se suelen emplear en ejecutar el contenido de las resoluciones recaídas en los expedientes, ya que la normativa aplicable no ha contribuido a actuar con la eficacia y celeridad requerida por esta materia. Cuando los servicios administrativos han podido superar estos obstáculos y, por fin, van a ejecutar las resoluciones, en el caso de que éstas impliquen la clausura total o parcial de la actividad sucede que el titular obligado, con frecuencia, no cumple voluntariamente con lo ordenado por lo que el Ayuntamiento debe proceder a la ejecución forzosa por vía sustitutoria, lo cual implica que ha de transcurrir otro dilatado periodo de tiempo durante el cual la actividad sigue funcionando y, por consiguiente, causando molestias a los vecinos¹⁰³.

Pero una vez ordenada la ejecución e incumplida ésta por el titular, aún podemos encontrar con más situaciones difíciles, pues para entrar en el establecimiento sin el consentimiento del titular es necesario la autorización judicial y mientras ésta se formaliza, la realidad puede cambiar pues, precisamente para eludir la acción sancionadora se ha podido producir un cambio de titularidad de la actividad; o se ha podido conceder la licencia de apertura o funcionamiento, por cuya ausencia se ordenó la clausura; o incluso la autoridad administrativa, por la vía de hecho, ha podido decidir que suspende la clausura ante las promesas del titular de cumplir con lo ordenado.

Para hacer frente a esta realidad el Defensor del Pueblo Andaluz recomienda que el plazo de resolución de los expedientes sancionadores se reduzca, sin merma de las garantías. Que se adopten las medidas cautelares pertinentes y conforme al principio de proporcionalidad durante la tramitación del expediente sancionador. Y que se agilicen por los Tribunales de justicia su intervención en materia de

¹⁰³ La Jurisprudencia del TS viene estableciendo que, aunque la potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella está reconocida en el derecho positivo, sin embargo, cuando esta ejecución forzosa requiere la entrada o registro en el domicilio de una persona, y esta es negada por el titular, la resolución administrativa por sí sola no conlleva al mandato o autorización de ingreso, por lo que debe obtenerse la resolución judicial prevista en el artículo 18.2 de la Constitución Española que autorice esa entrada y las actividades que dentro del domicilio puedan realizarse.

El artículo 91 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la competencia de autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración. Este control está encaminado a evitar que se produzcan entradas arbitrarias en el domicilio o lugares asimilados a éste.

autorizaciones de acceso a locales o la imposición de penas cuando persista por parte del titular de la actividad la desobediencia o la resistencia a la autoridad municipal¹⁰⁴.

La jurisprudencia ha aclarado cuál ha de ser la reacción de las Administraciones frente a existencia de una actividad molesta ejercida sin licencia. En este caso, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1998, caracterizaba como una medida cautelar y no como una sanción la orden administrativa de clausura de la actividad, pues la apertura clandestina de establecimientos sin la necesaria licencia de actividades obliga a adoptar de plano y con efectividad inmediata, la medida cautelar de clausurar el establecimiento o paralizar la actividad, con el fin de evitar que se prolongue en el tiempo la posible trasgresión de los límites impuestos por exigencias de la convivencia social, hasta la obtención de la oportuna licencia que garantice la inexistencia de infracciones¹⁰⁵.

La normativa autonómica sobre ruido, además de incidir especialmente en el contenido de los proyectos técnicos que deben presentarse para la obtención de la licencia del Reglamento de Actividades Molestas o de la norma equivalente, así como en los niveles sonoros y en las específicas medidas correctoras previstas, también ha hecho importantes intentos de mejorar el régimen disciplinario aplicable, centrándose en reformas para perfeccionar los sistemas de inspección de las actividades molestas por ruidos y para establecer cuadros sancionatorios propios, buscando una mayor eficacia.

3.4. La planificación urbanística

La utilización de instrumentos municipales de tipo urbanístico es otro componente de la lucha contra el ruido. El primer instrumento de la actividad municipal contra la contaminación acústica reside en las medidas urbanísticas que se inician con la formulación del planeamiento que ha de organizar y facilitar la convivencia. En este sentido, estimamos necesario exigir del planificador que amplíe

¹⁰⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 498-509.

¹⁰⁵ Ponente Eduardo Carrión Moyano, EDJ 1998/20982. Ver también la STS de 17 de abril de 1987, confirmada por la STS de 27 de marzo de 1990 de la que fue ponente Julián García Estartús, EDJ 1990/3413 y la Sentencia de 12 de diciembre de 1995 de la que fue ponente Antonio Martí García, EDJ 1995/6848. Respecto al estudio de las medidas cautelares ver BEATO ESPEJO, Manuel, “El medio ambiente urbano y la convivencia ciudadana: El ruido por el consumo de bebidas en la vía pública (Sentencia de la Sala 3ª del TS de 18 de octubre de 1994, dictada en apelación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de mayo de 1988)” RAP número 139, 1996, págs. 171-193. En este artículo se analiza el cierre cautelar como medida provisional adoptada por la Administración y los requisitos necesarios para adoptar dicha medida.

la perspectiva de su trabajo, pues muchas veces olvida que la función primordial de los planes es organizar y facilitar la convivencia. Es evidente que el diseño de las ciudades no debe estar condicionado por criterios exclusivamente acústicos, pero es necesario que se contemple la problemática ambiental en los Planes Generales de Ordenación Urbana y en los Planes que lo desarrollen.

En la actualidad, las competencias de urbanismo corresponden fundamentalmente a las Comunidades Autónomas y a los Ayuntamientos reservándose el Estado únicamente aquellas conectadas con el uso del espacio que resulte necesario para las instalaciones destinadas a prestar los grandes servicios públicos como los transportes por carretera, ferrocarril, tráfico aéreo, puertos comerciales.

Muchas ciudades y pueblos son un acabado ejemplo de confusión de usos urbanísticos mezclando instalaciones industriales y residenciales, alimentando las más variadas molestias. Es inconcebible la aprobación de planes para la construcción de rondas e incluso de autovías o la autorización para construir en las inmediaciones de las vías férreas o las licencias de apertura de instalaciones industriales en medio de zonas densamente pobladas con lo que se lleva a las mismas una degradación de la vida urbana que conduce a su irreversible deterioro. Todo ello tiene su causa no sólo en la falta de sensibilidad de quienes tienen a su cargo el cuidado del uso del suelo, sino, utilizando palabras mayores, en su actuación apartada y contraria al ordenamiento jurídico.

Como vamos a ver en las quejas la confusión de usos y la incompatibilidad entre estos son el origen de conflictos entre vecinos, industrias, actividades clasificadas y Administraciones.

3.4.1. Las servidumbres acústicas:

Los conflictos entre vecinos y Administraciones quedan muy patente en los alrededores de las infraestructuras de comunicaciones, ya sean aéreas o terrestres. En el caso de las infraestructuras aeroportuarias existen medidas en nuestro ordenamiento jurídico para paliar el ruido, desde dos ámbitos: uno, desde las construcciones ya existentes que se enmarca en la Evaluación de Impacto ambiental, la cual puede establecer una serie de condiciones relativas a obras de insonorización o a restricciones en determinadas operaciones de vuelo; el otro ámbito se refiere a las medidas de carácter urbanístico en cuanto previsión de urbanizaciones futuras que se enmarca en tres normas, una de 1998, otra de 1999 y la más reciente de 2003.

El Real Decreto 2591/1998, tiene su origen en el artículo 166 de la Ley 13/1996, de Acompañamiento de los Presupuestos del año 1997, que estableció la necesidad de que todos y cada uno de los aeropuertos de interés general y su zona de servicio fueran ordenados mediante un nuevo instrumento de planificación de naturaleza estrictamente aeroportuaria y no urbanística, denominado Plan Director¹⁰⁶. A los efectos del control de la contaminación acústica, es interesante destacar la Disposición Adicional Segunda que establece que las Administraciones públicas competentes en materia de urbanismo, es decir los municipios, deben remitir al Ministerio de Fomento, antes de la aprobación inicial, los planes que afecten a la zona de servicio aeroportuario o a espacios circundantes sujetos a servidumbres aeronáuticas de un aeropuerto de interés general a fin de que se informe por parte del Ministerio de Fomento. Dicho informe tiene carácter preceptivo y vinculante y debe ser emitido en el plazo de un mes. Transcurrido el mes y otro más sin que dicho informe se haya evacuado, se continúa con la tramitación de los planes.

Un año después, la Ley 55/1999, de acompañamiento de los Presupuestos del año 2000 se ocupa directamente, en sus artículos 63 y 64, del problema del ruido en los aeropuertos con relación a los vecinos afectados. El artículo 63 realiza una modificación de la 48/1960, de Navegación Aérea, añadiendo una Disposición adicional, en la que consagra la Servidumbre Acústica de Aeropuertos. Esta debiera suponer una figura clave en las perturbaciones que sufren los vecinos ya que ha de limitar la expansión de los municipios próximos a los aeropuertos¹⁰⁷. Esta servidumbre supone, por un lado, una limitación del derecho de propiedad del suelo y, por otro, una limitación a la autonomía municipal, fundamentalmente en lo relativo a la planificación urbanística de su territorio. También es cierto que el citado artículo establece que el régimen jurídico de las servidumbres se establecerá reglamentariamente. La disposición reglamentaria de desarrollo deberá delimitar las zonas clasificándolas como de incompatibilidad, de afectación e influencia de uso, de instalaciones, actividades y edificaciones en función de los niveles acústicos

¹⁰⁶ La finalidad del Plan Director consistía en dar respuesta a los problemas derivados de la complejidad de las modernas instalaciones aeroportuarias y del creciente desarrollo del tráfico y transporte aéreo. Además, deberán incluir los espacios de reserva que garanticen el desarrollo y expansión del aeropuerto y la determinación de las actividades aeroportuarias o complementarias a desarrollar en las distintas zonas del aeropuerto y de servicio. También establece el citado precepto de la Ley la necesidad de que los aeropuertos de interés general y su zona de servicio sean calificados como "sistema general aeroportuario" en los planes generales o instrumentos similares de ordenación urbana, los cuales no podrán incluir determinación alguna que interfiera o perturbe el ejercicio de las competencias estatales sobre los citados aeropuertos.

¹⁰⁷ A modo de ejemplo, el Ministerio de Fomento paralizó el Plan General de Alcobendas que supuso el freno de la construcción de más de 5.000 viviendas en el referido término municipal.

medidos. Las primeras serán, sin duda, las que verán limitados sus derechos en mayor medida y no es difícil suponer que serán las sujetas a expropiación. En cuanto a las demás, las limitaciones podrán ir referidas a determinados tipos de uso, como por ejemplo vivienda, pero podrán ser utilizadas para industrias, actividades de ocio, comerciales, etc.

Otra modificación interesante del citado artículo se refiere a la obligación que tienen las Administraciones competentes en la planificación urbanística de incorporar las limitaciones anteriores a los instrumentos de planificación que tramiten. Ya no se trata de remitir el proyecto al Ministerio de Fomento a fin de ser informado, sino que la obligación es de incluir en el planeamiento las servidumbres anteriores, de modo que ya en el proyecto se limiten la urbanización de estos espacios en función de su tipología, que será definida reglamentariamente.

Ambas cuestiones, la relativa al régimen jurídico de las Servidumbre y la incorporación de las Servidumbres Acústicas a los instrumentos de planificación han sido cuestiones tratadas en la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido¹⁰⁸. Así el artículo 17 obliga a que la planificación y el ejercicio de las competencias estatales, generales o sectoriales, que incidan en la ordenación del territorio, la planificación general territorial, así como el planeamiento urbanístico, tengan en cuenta las previsiones establecidas en la Ley del Ruido, en las normas dictadas en su desarrollo y en las actuaciones administrativas realizadas en su ejecución¹⁰⁹. Entre estas actuaciones destacamos los mapas de ruido donde han de quedar delimitadas las servidumbres acústicas¹¹⁰. Dicha delimitación corresponde, en relación con las infraestructuras viarias, ferroviarias, aeroportuarias y portuarias de competencia estatal, a la Administración General del Estado¹¹¹, luego ha de interpretarse que a las Comunidades autónomas les corresponde la delimitación en relación a aquellas infraestructuras que sean de su competencia. En relación con la delimitación de las

¹⁰⁸ La servidumbre acústica es definida como los sectores del territorio situados en el entorno de las infraestructuras de transporte viario, ferroviario, aéreo, portuario o de otros equipamientos públicos que de determinen reglamentariamente. Artículo 10.1 de la Ley

¹⁰⁹ Correlativo a este precepto en el Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía nos encontramos el artículo 21.1 que se refiere a los Planes urbanísticos y de infraestructuras físicas: “1. La planificación urbanística y los planes de infraestructura física deberán tener en cuenta las previsiones contenidas en este Reglamento, en las normas que lo desarrollen y en las actuaciones administrativas realizadas en su ejecución, en especial, los mapas de ruido y las áreas de sensibilidad acústica”.

¹¹⁰ Artículo 10 de la Ley del Ruido.

¹¹¹ Artículo 4.2 de la Ley del Ruido.

zonas de servidumbre acústica de las infraestructuras nuevas de competencia estatal, se ha de solicitar un informe preceptivo de las Administraciones afectadas, y se realizará en todo caso el trámite de información pública. También se ha de solicitar informe preceptivo a la Comunidad Autónoma afectada en relación con la determinación de las limitaciones de aplicación en tal zona y con la aprobación de los planes de acción en materia de contaminación acústica de competencia estatal¹¹².

A nuestro juicio, mucho ha tenido que ver la actuación que el Defensor del Pueblo llevó a cabo desde 1991 en relación a la queja sobre la ejecución y apertura de la vía interurbana M-40 para que en la Ley del Ruido se incluya el apartado tercero de la Disposición Adicional Segunda: *“Cuando dentro de una zona de servidumbre acústica delimitada como consecuencia de la instalación de una nueva infraestructura o equipamiento de competencia estatal existan edificaciones preexistentes, en la declaración de impacto ambiental que se formule se especificaran las medidas que resulten económicamente proporcionadas tendentes a que se alcancen en el interior de tales edificaciones unos niveles de inmisión acústica compatibles con el uso característico de las mismas”*¹¹³. En dicha queja, como veremos más adelante, se denunciaba la insuficiencia de los estudios llevados a cabo conforme a las exigencias de la Evaluación de impacto ambiental al no quedar paliados los impactos por emisiones de contaminación acústica¹¹⁴.

Ahora bien, la efectividad de la lucha contra el ruido va más allá de especificar las medidas que resulten económicamente proporcionadas, pues de nada sirve especificar si no se llevan a cabo, tal fue el caso de la queja que desde 1994 en relación a la ampliación del aeropuerto de Madrid-Barajas, ha tramitado el Defensor del Pueblo. En ella, aunque en la resolución de impacto ambiental se incluían medidas correctoras del ruido que consistían en las obras de insonorización de

¹¹² Disposición Adicional Segunda de la Ley del Ruido. Los planes de Acción tienen entre otros objetivos afrontar globalmente las cuestiones concernientes a la contaminación acústica en las áreas acústicas; determinar las acciones prioritarias a realizar en caso de superación de los valores límites de emisión o inmisión o de incumplimiento de los objetivos de calidad acústica y proteger a las zonas tranquilas en las aglomeraciones y en campo abierto contra el aumento de la contaminación acústica, ver los artículos 22, 23 y 24 de la Ley del Ruido.

¹¹³ A los efectos de la aplicación de esta disposición una edificación tiene carácter preexistente cuando la licencia de obras que la ampare sea anterior a la aprobación de la correspondiente servidumbre acústica y una infraestructura es nueva cuando su proyecto se haya aprobado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

¹¹⁴ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, págs. 734 – 736.

viviendas, el Comisionado de las Cortes Generales comprobó que no se habían ejecutado¹¹⁵.

Respecto al régimen jurídico de la servidumbre acústica es necesario destacar dos cuestiones: una, que en ella las inmisiones pueden superar los objetivos de calidad acústica aplicables a las correspondientes áreas acústicas y la segunda, que en ellas se podrán establecer restricciones para determinados usos de suelo, actividades, instalaciones o edificaciones, con la finalidad de, al menos, cumplir los valores límites de inmisión establecidos para aquellos¹¹⁶. En relación con ello hay que tener en cuenta que el artículo 20 de la Ley del Ruido que establece, imperativamente, que no podrán concederse nuevas licencias de construcción de edificaciones destinadas a vivienda, usos hospitalarios, educativos o culturales, si los índices de inmisión incumplen los objetivos de calidad acústica que les sean de aplicación¹¹⁷. Esto quiere decir que una vez establecida la huella sonora de las infraestructuras, el municipio no podrá conceder licencias urbanísticas de construcción salvo en los lugares que los ruidos no superen los niveles de calidad que establezca la administración central como básicos, o la comunidad autónoma y los ayuntamientos en el desarrollo que realice de aquellos.

La crítica que hacemos a este precepto es la excepción que se introduce en su apartado 2 pues los Ayuntamientos, por razones excepcionales de interés público debidamente motivadas pueden conceder licencias de construcción de las edificaciones aludidas, aún incumpléndose los objetivos de calidad acústica, siempre que se satisfagan los objetivos establecidos para el espacio interior. La adecuada aplicación de este precepto exige por tanto que exista un interés público y que además éste sea excepcional, pero es que además de ello han de ser satisfechos los objetivos establecidos para el espacio interior. Conocida es la presión urbanística, y los intereses de los agentes implicados en el urbanismo en cuanto a las licencias de

¹¹⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2001, págs. 426 -427.

¹¹⁶ Artículo 3, p) de la Ley del Ruido. Es interesante completar este artículo con el artículo 21.2 del Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía: *“La asignación de usos generales y usos pormenorizados del suelo en las figuras de planeamiento tendrá en cuenta el principio de prevención de los efectos de la contaminación acústica y velará para que no se superen los valores límites de emisión e inmisión establecidos en este Reglamento”*.

¹¹⁷ Este artículo ha de ser conectado con el Artículo 16 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, el cual establece a ambos lados de las líneas ferroviarias que formen parte de la Red Ferroviaria de Interés General la línea límite de edificación, desde la cual y hasta la línea ferroviaria queda prohibido cualquier tipo de obra de construcción, reconstrucción o ampliación, a excepción de las que resultaren imprescindibles para la conservación y mantenimiento de las edificaciones existentes en el momento de la entrada en vigor de esta Ley.

construcción y la insuficiente labor inspectora municipal que puede producirse en cuanto al control de la satisfacción de los objetivos para el espacio interior, todo ello en detrimento de la correcta aplicación de esta excepción.

En definitiva, la servidumbre acústica es, de ser aplicada con rigor, un instrumento muy eficaz en la lucha contra el ruido, pues no solo habrá de limitar la expansión de los municipios en la inmediación de las infraestructuras de comunicación ya existentes o habrá de restringir determinados usos del suelo afectado por la servidumbre, sino que en el caso de las edificaciones que sean preexistentes a los nuevos proyectos de infraestructuras obliga que se adopten las medidas correctoras para que los niveles de inmisión sean compatibles con el uso que tengan tales edificaciones.

3.4.2. Los emplazamientos de las actividades:

Ya hemos visto que el ejercicio de las actividades molestas por ruidos debe someterse al cumplimiento de requisitos de emplazamiento y a medidas correctoras. El alejamiento de los núcleos de población es la técnica empleada en el Reglamento de Actividades Molestas. Así las industrias fabriles, que además se consideraban peligrosas e insalubres, sólo podían emplazarse, como regla general, a una distancia de 2000 metros, a contar del núcleo más próximo de población agrupada¹¹⁸. Las vaquerías, establos, cuadras y corrales de ganado y aves quedan expresamente prohibidas dentro del núcleo urbano de las localidades de las de 10.000 habitantes y además el Reglamento de 1961 daba un plazo de 10 años para que las actividades existentes a su entrada en vigor desaparecieran de los cascos urbanos aplicándosele la clausura de oficio sin derecho a indemnización si no se desplazaban¹¹⁹.

No obstante en cuanto a los emplazamientos el Reglamento de Actividades Molestas se remitía de manera general a las ordenanzas urbanas y a los planes de urbanización, luego debemos estar a la normativa urbanística. El urbanismo y el planeamiento urbanístico como ordenación física del territorio y de las actividades que en éste se desarrollan, asignando usos y destinos al suelo, constituyen una herramienta esencial y directamente vinculada a la ubicación de las actividades y fuentes productoras de molestias. De hecho, teóricamente, los planes urbanísticos han de acotar y distribuir las zonas en función de su uso industrial, residencial y de servicios. Sin embargo, la realidad social y el desarrollo, tanto urbano como

¹¹⁸ Artículo 4 del Reglamento de Actividades Molestas.

¹¹⁹ Artículo 13 del Reglamento de Actividades Molestas.

demográfico, han evidenciado el incumplimiento de las distancias respecto de los emplazamientos de nuevas actividades y la llegada de las zonas urbanas a las industriales y la confusión y mezcla que de todo ello resulta: coexistencia ilógica e irracional de usos y actividades, potencialmente ruidosas, molestas y contaminantes, en zonas de consideración residencial, cuya difícil compatibilidad llega al extremo de que, desde el punto de vista de los planes de ordenación urbana, se permitan tales coexistencias.

En la sociedad de nuestros días un fenómeno al que han de hacer frente nuestras ciudades es la acumulación de locales en espacios muy reducidos y concretos de la urbe. Del estudio de las quejas presentadas se extrae que dicha acumulación se debe a varios factores: de un lado, la falta de previsión en la planificación urbanística que ha mezclado zonas residenciales con zonas de ocio y, de otro lado, la autorización indiscriminada de actividades sin respetar las distancias mínimas ni los horarios de cierre.

En consecuencia el éxito de la lucha contra la contaminación acústica se debe basar principalmente en la prevención reduciendo en la medida de lo posible la contaminación en su origen que ha de concretarse y hacerse efectiva en la planificación y normación de la distribución territorial del ruido. Esta planificación en cuanto que se trata de una planificación ambiental debe prevalecer sobre la territorial y la urbanística.

Para hacer frente a esta realidad el Defensor del Pueblo Andaluz recomienda a los Ayuntamientos que la aprobación del Planeamiento Urbanístico se lleve a cabo, previa elaboración de Mapas acústicos para efectuar una zonificación de usos de las zonas de la ciudad; que se lleven a cabo la creación de zonas de ocio específicas; la fijación de distancias mínimas entre locales, o el establecimiento de un límite en la concesión de licencias urbanísticas para locales dedicados a actividades generadoras de tal contaminación que se pretendan ubicar en zonas residenciales y, con mayor rigor, en las zonas que existan una saturación de estos establecimientos. En relación con lo anterior, resulta necesario que en las normas de planeamiento urbano, al objeto de hacer efectivo el derecho a un medio ambiente adecuado, se contemplara la incidencia de actividades en general en cuanto a ruidos y vibraciones, conjuntamente con los otros factores a considerar para que las soluciones o planificaciones adoptadas proporcionen el nivel más elevado de calidad de vida, conforme ya viene previsto en la Ley de Protección Ambiental Andaluza. A este respecto, como medida preventiva, los Ayuntamientos podrían establecer criterios para regular la localización y distancias mínimas entre establecimientos de consumo y suministro y venta de bebidas alcohólicas

Esta recomendación realizada por el Defensor del Pueblo Andaluz parece haber encontrado su reflejo normativo en la novedosa, por reciente más que por su contenido, Ley 37/2003, de 17 de noviembre del ruido que en su artículo 7 prevé la calificación de las áreas acústicas, en atención al uso predominante del suelo, siendo competencia del Estado la aprobación de los criterios de delimitación de los distintos tipos de áreas acústicas.

Las áreas acústicas que tienen carácter de mínimas son: los sectores del territorio con predominio de suelo de uso residencial; los sectores del territorio con predominio de suelo de uso industrial; los sectores del territorio con predominio de suelo de uso recreativo y de espectáculos; los sectores del territorio con predominio de suelo de uso terciario distinto al recreativos y de espectáculo; los sectores del territorio con predominio de suelo de uso sanitario, docente y cultural que requiera de especial protección contra la contaminación acústica; los sectores del territorio afectados a sistemas generales de infraestructuras de transporte, u otros equipamientos públicos que los reclamen y los espacios naturales que requieran una especial protección contra la contaminación acústica¹²⁰.

Esta clasificación se considera sin perjuicio de aquella que lleven a cabo las Comunidades Autónomas, las cuales habrán de respetar en todo caso los enumerados en el precepto citado¹²¹.

¹²⁰ Las reservas de sonidos de origen natural, y, de otra parte, las zonas de servidumbre acústica, definiéndose éstas últimas como los sectores del territorio situados en el entorno de las infraestructuras de transporte viario, ferroviario, aéreo, portuario o de otros equipamientos públicos que se determinen reglamentariamente son dos supuestos especiales. La peculiaridad que ambas comparten es que no tienen consideración de áreas acústicas, debido a que en ningún caso se establecerá para ellas objetivos de calidad acústica. En consecuencia, ambos tipos de espacios se excluirán del ámbito de las áreas acústicas en que se divida el territorio.

¹²¹ En el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía es el artículo 11 el que realiza la clasificación de las Áreas de sensibilidad acústica: a) área de silencio o zona de alta sensibilidad acústica, que comprende los sectores del territorio que requieren una especial protección contra el ruido por predominar los usos del suelo: sanitario, docente, cultural o de espacio natural protegido, salvo las zonas urbanas; b) área levemente ruidosa o zona de considerable sensibilidad acústica, que comprende los sectores del territorio que requieren una protección alta contra el ruido al prevalecer los usos del suelo residencial, las zonas verdes, excepto en casos en que constituyen zonas de transición y las adecuaciones recreativas, campamentos de turismo, aulas de la naturaleza y senderos; c) área tolerablemente ruidosa o zona de moderada sensibilidad acústica, que comprende los sectores del territorio que requieren una protección contra el ruido al predominar en el suelo el uso de hospedaje, el uso de oficinas o servicios, el uso comercial, el uso deportivo y el uso recreativo; d) área ruidosa o zona de baja sensibilidad acústica, que comprende los sectores del territorio que requieren menor protección contra el ruido al predominar el uso del suelo industrial, al contemplar las zonas portuarias y los servicios públicos, no comprendidos en los tipos anteriores; e) área especialmente ruidosa o zona de nula sensibilidad acústica, que comprende los sectores del

La representación gráfica de las áreas acústicas sobre el territorio dará lugar a la cartografía de los objetivos de calidad acústica, los cuales serán definidos por el Gobierno¹²². En la Ley, los mapas resultantes de esta representación gráfica se conciben como instrumento importante para facilitar la aplicación de los valores límite de emisión e inmisión que ha de determinar el Gobierno¹²³. En cada área acústica, deberán respetarse los valores límite que hagan posible el cumplimiento de los correspondientes objetivos de calidad acústica. Tanto los objetivos de calidad acústica en las distintas áreas, como los valores límites de emisión de los diferentes emisores acústicos y los valores límites de inmisión son delimitados por el Gobierno, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos establezcan valores límite más rigurosos que los fijados por el Estado¹²⁴.

La cartografía sonora prevista en la ley se completa con los denominados mapas de ruido, elementos previsto por la Directiva sobre Ruido Ambiental y encaminados a disponer de información uniforme sobre los niveles de contaminación acústica en los distintos puntos del territorio, aplicando criterios homogéneos de medición que permitan hacer comparables entre sí las magnitudes de ruido verificadas en cada lugar. Los mapas de ruido, que serán determinados por el Gobierno en su contenido mínimo, su formato y sus formas de presentación al público, tienen por finalidad la evaluación global de la exposición actual a la

territorio afectados por servidumbres sonoras a favor de infraestructuras de transporte, autovías, autopistas, rondas de circunvalación, ejes ferroviarios, aeropuertos y áreas de espectáculos al aire libre.

¹²² El artículo 8.3 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido también atribuye al Gobierno la fijación de los objetivos de calidad aplicables al espacio interior habitable de las edificaciones destinadas a vivienda, usos residenciales, hospitalarios, educativos o culturales.

¹²³ El artículo 12 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre establece que los límites de emisión de los diferentes emisores acústicos, así como los valores límite de inmisión, serán determinados por el Gobierno. Dicho precepto se dicta al amparo del artículo 149.1,23 luego tiene carácter básico. Por su parte el Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, en su Anexo I tabla 3 contempla los límites de niveles sonoros aplicables en las áreas de sensibilidad acústica. Actualmente y en defecto de la regulación que llevé a cabo en su día el Gobierno serán de aplicación los límites establecidos por la Comunidad Autónoma, pero una vez que el gobierno determine los límites la Comunidad Autónoma deberá adaptar los mínimos que establezcan con carácter básico, sin perjuicio de que se contemple la posibilidad de aumentar la protección de esa regulación de mínimos.

¹²⁴ Artículos 8 y 12.1 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. No obstante, con carácter excepcional, la Ley prevé la posibilidad de suspender la exigibilidad de los objetivos de calidad acústica, bien con ocasión de la celebración de determinados eventos, a solicitud de los titulares de algún emisor acústico en determinadas circunstancias o en situaciones de emergencia, y, en este último caso, sin ser precisa autorización alguna, siempre y cuando se cumplan los requisitos marcados por la Ley y, en particular, la superación de los objetivos de calidad acústica que sea necesaria. A nuestro juicio dicha excepción merece ser objeto de crítica, pues ya conocemos el actuar de las Administraciones Públicas que convierte lo general en excepción y lo excepcional en generalidad.

contaminación acústica de una determinada zona, de manera que se puedan hacer predicciones y adoptar planes de acción en relación con aquélla¹²⁵. El contenido mínimo de los planes de acción en materia de contaminación acústica es atribuido en la Ley al Gobierno, debiendo en todo caso precisar las actuaciones a realizar durante un periodo de cinco años para el cumplimiento de los objetivos a los que dicho plan atiende.

A nuestro entender dicha cartografía de calidad acústica permite realizar dos objeciones: de un lado, el coste económico de dividir el país en mapas acústicos¹²⁶ y de otro lado, que dichos mapas serán un instrumento inútil si no van seguidos de la adopción de las medidas pertinentes para prevenir y corregir la contaminación acústica una vez que esta se ha constatado.

Tanto el Defensor del Pueblo como el Defensor del Pueblo Andaluz han recomendado que en zonas donde los niveles acústicos sobrepasan los permitidos se adopte la medida de la Declaración de zona saturada¹²⁷. Esta medida, que hoy se encuentra recogida en la Ley 37/2003 del Ruido con otra expresión, zonas de protección acústica especial y la zona de situación acústica especial¹²⁸, ha tenido su

¹²⁵ Los tipos, contenido y formato de los mapas de ruido serán determinados por el Gobierno reglamentariamente, así como las formas de su presentación al público. Ver los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. El artículo 14 del Reglamento de Protección contra la Contaminación acústica en Andalucía establece que corresponde a los respectivos Ayuntamientos la elaboración y aprobación de los mapas de ruido de las grandes aglomeraciones. Las ciudades de más de 250.000 habitantes deberán haber elaborado el mapa antes del 30 de junio de 2007; las ciudades de de más de 100.000 habitantes y menos de 250.000 deberán tener realizado el mapa de ruido, con anterioridad al 30 de junio del año 2009. Además, la Administración Local, competente por razón de la actividad, estará obligada a elaborar y aprobar mapas de ruido para los ejes viarios cuyo tráfico supere los seis millones de vehículos al año, antes del 30 de junio de 2007 y antes del 30 de junio de 2012 para los de más de tres millones.

¹²⁶ Los costes derivados de la elaboración de estos mapas de ruido se han evaluado en 15,4 millones de euros, en una primera fase que finalizará en el 2007 y en 13,8 millones de euros, en la segunda fase que finalizará en el año 2012. Vid HERRERA del REY, Joaquín, "La Contaminación acústica en Sevilla", Editorial Guadalquivir. 2003.

¹²⁷ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1999, pag. 496; Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2001, págs. 436-438; Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 470-479 e Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 498-509.

¹²⁸ Ver artículos 25 y 26 de la Ley del Ruido. Las áreas acústicas en las que se incumplan los objetivos aplicables de calidad acústica, aún observándose por los emisores acústicos los valores límites aplicables, serán declaradas zonas de protección acústica, pero una vez desaparecidas las causas cesa el régimen especial aplicable a estas zonas. Por su parte, Si las medidas correctoras que se apliquen a las zonas de protección acústica no evitan el incumplimiento de los objetivos de los objetivos de calidad acústica, la Administración competente declara dicha área como zona de situación acústica especial, aplicándose medidas correctoras específicas dirigidas a que, a largo plazo, se mejore la calidad acústica y, en particular, a que no se incumplan los objetivos de calidad acústica correspondientes al espacio interior.

primer reflejo en el ordenamiento jurídico gracias al legislador autonómico y las Ordenanzas Locales. En síntesis, dicha medida de corrección se aplica a las zonas de municipios en las que existan numerosas actividades destinadas al uso de establecimientos públicos y los niveles de ruido ambiental producidos por la adición de las múltiples actividades existentes y por las de las personas que las utilizan sobrepasen los niveles límite fijados para el área de sensibilidad acústica en que puedan ser encuadradas¹²⁹. En el caso de algunas legislaciones autonómicas como la andaluza, el acuerdo de inicio del procedimiento de declaración de una zona acústicamente saturada, implica que el órgano competente del Ayuntamiento acuerde la suspensión del otorgamiento de nuevas licencias de apertura o modificación de las existentes¹³⁰.

Una vez delimitada la zona afectada, una vez realizados los informes técnicos, los estudios sonométricos, satisfecho el trámite de información pública y finalmente aprobada la declaración, se ponen en práctica las medidas congruentes con la situación a corregir. Cada legislación autonómica enumera aquellas medidas que ha considerado pertinentes, y por ejemplo en el caso andaluz se prevé la suspensión del otorgamiento de nuevas licencias de apertura, así como de modificación o, ampliación, salvo que lleven aparejadas disminución de los valores límite y la limitación del régimen de horarios de acuerdo con la normativa vigente en materia de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía¹³¹, la prohibición o limitación horaria de colocar mesas y sillas en la vía pública, así como suspensión temporal de las licencias concedidas; el establecimiento de restricciones para el tráfico rodado y el establecimiento de límites de emisión al exterior más

¹²⁹ En el caso de la Comunidad Autónoma Andaluza, artículo 17 de su Reglamento, los niveles límites han de ser superados en más de 10 db, mientras que en caso de Baleares la ordenanza de Palma de Mallorca que regulaba el procedimiento de declaración de zona saturada, queja que veremos con posterioridad, exigía que se alcanzaran determinados niveles de ruido, en concreto: Niveles de ruido de fondo en el ambiente exterior superiores en 10 dB (A) o más a los autorizados en la Ordenanza con carácter general como nivel máximo de recepción externa de noche; 35 dB (A) como nivel máximo de recepción interna en edificios y locales de noche; 30 dB (A) como nivel máximo de recepción interna en viviendas, también de noche]; y que se registre en el espacio exterior un nivel de ruido de fondo superior en más de 5 dB (A) a los niveles de emisión externa y/o de recepción interna que con carácter general establece la Ordenanza y asimismo superior en más de 5 dB (A) al nivel de ruido exterior registrado en otras calles de la misma zona o de otra próxima en las que no tengan influencia los establecimientos ubicados en la calle objeto de control y reúnan características análogas de condiciones de tráfico.

¹³⁰ Artículo 17 del RCAA.

¹³¹ Artículo 18 del RCAA.

restrictivos que los de carácter general, exigiendo a los titulares de las actividades las medidas correctoras complementarias¹³².

4. La experiencia del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz frente a la Contaminación acústica

Las quejas tramitadas tanto por el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales como por el Defensor del Pueblo Andaluz sobre actividades clasificadas versan sobre las condiciones de funcionamiento de las actividades clasificadas como molestas, nocivas, insalubres o peligrosas y su control administrativo o mejor dicho su deficiente control administrativo y sobre la presencia en el ambiente exterior o interior de las edificaciones, de ruidos que implican daños, molestias o riesgos para la salud de las personas o el medio ambiente, aun cuando los focos de emisión tengan distintas procedencias, lo que supone que en este segundo grupo se encuadra, no sólo la contaminación acústica proveniente de las actividades clasificadas y de los establecimientos públicos de ocio, sino también aquella que puede tener otro origen, como es el tráfico rodado, la construcción de nuevas infraestructuras, la realización de obras y reparaciones en la vía pública, o el consumo de bebidas en las vías públicas.

En nuestra exposición con la intención de aportar claridad y sistemática, respetaremos estos dos grandes grupos. Primeramente trataremos la contaminación acústica en el ambiente exterior que es producida por diversos focos tales como el tráfico rodado, la construcción de nuevas infraestructuras y el consumo de bebidas en las vías públicas. Y en un segundo momento analizaremos las quejas que tienen por objeto las actividades clasificadas, las cuales hemos clasificado en actividades agropecuarias; actividades industriales y comerciales y actividades que se desarrollan en establecimientos recreativos y de ocio tales como bares, pubs, discotecas y establecimientos. Finalmente cerraremos el capítulo dedicado a la contaminación acústica con las pertinentes conclusiones.

¹³² Artículo 19 del Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía.

4.1. La contaminación acústica en el ambiente exterior:

Las molestias causadas a los ciudadanos por ruidos y vibraciones provienen una veces de las actividades e instalaciones, de las denominadas clasificadas y otras veces de fuentes que podríamos denominar inespecíficas, pero que están o debieran estar contempladas por la normativa municipal, y podrían concretarse o bien en ruidos provenientes de las relaciones de vecindad, o en ruidos que proceden de fuentes difusas, no reguladas expresamente y que van engrosando año tras año las quejas y denuncias ciudadanas, sin que los poderes públicos competentes adopten, para su corrección, medida alguna. Tales fuentes difusas a las que vamos a dedicar este epígrafe son las molestias por el tráfico rodado, las molestias que producen las infraestructuras de transporte aéreo y terrestre, las molestias genéricas de las calles céntricas de las ciudades, las que provienen del uso abusivo del escape libre de los ciclomotores, escasamente vigilado por las autoridades municipales y las concentraciones humanas en las zonas conocidas como de copas o de ocio, caracterizadas por la saturación de establecimientos públicos, cuya clientela consume las bebidas en plena vía pública con el consiguiente perjuicio para los residentes más cercanos a dichos lugares¹³³.

Sea cual sea el origen de la molestia acústica, lo cierto es que se sigue constatando dejación municipal y excesiva pasividad en el debido control y supervisión de las denuncias ciudadanas por estos hechos. Sirva de ejemplo de esta referida dejación la experiencia propia que el profesor SOSA WAGNER puso de manifiesto en la lección inaugural del curso académico 1990-1991 en la Universidad de León:

“No una sino muchas veces me he preguntado a qué se debe que exista una tan acusada distancia entre la norma y la realidad. No tengo más contestación que imputar la situación a la falta de sensibilidad colectiva, a un acorchamiento generalizado o a la mansa creencia en su inevitabilidad. Si cualquiera de nosotros deja aparcado el coche en lugar no autorizado, la grúa impiedosa y sañuda lo traslada o se nos impone la correspondiente multa. Ahora bien, resulta notable

¹³³ Vid. SÁNCHEZ BLANCO, Ángel “El tráfico automovilístico, portuario, aéreo y ferroviario. Su incidencia sobre el medio ambiente urbano”, Revista de Administración Pública número 82, 1977, págs. 327 – 380, artículo en el que analiza la incidencia sobre el medio ambiente urbano del transporte. En primer término aprecia la incidencia de estas actividades sobre los núcleos urbanos para considerar posteriormente, la normativa reguladora sectorial. Con ello analiza en qué medida responden las normas jurídicas a la problemática que crea el progresivo deterioro del medio ambiente urbano.

observar cómo cuándo un café pasa con una moto sin silenciador ante las rudas barbas de un agente o el delicado mentón de una agente, éstos ni se inmutan. Yo mismo me he entregado a la impagable experiencia de denunciar tales desmanes ante agentes municipales de León, una vez en vigor la Ordenanza. De forma cortés se me ha indicado que si tuviera que perseguir a todos los que lo hacen... Sin embargo sí se persigue a todos los que aparcan mal o, al menos se intenta”¹³⁴.

A la dejación y pasividad municipal hay que añadir que cada vez más existe una concienciación ciudadana en materia ambiental, y específicamente de impacto acústico. Al ciudadano español le resulta cada vez más difícil verse privado de su derecho a la intimidad personal y familiar, de su derecho al descanso y a la tranquilidad y de su derecho a la salud en detrimento del desarrollo económico de unos pocos que perturban la habitabilidad de su vivienda, de su barrio. De hecho, es cada vez mayor el número de ciudadanos que constituyen formas asociativas para demandar de los poderes públicos, en especial de las autoridades municipales, actuaciones eficaces en la regulación, supervisión y control tanto del correcto ejercicio de las actividades de ocio encuadradas en los establecimientos autorizados para ello, como de otras actividades que sin merecer el calificativo de clasificadas son fuente incesante de intromisiones ilegítimas.

4.1.1. Quejas sobre el tráfico rodado:

Es indudable que en nuestros días una inagotable y molesta fuente de ruido en la ciudad, está generada por el tráfico rodado urbano. El Libro Verde de la Comisión Europea sobre Política Futura de Lucha contra el Ruido, incluía entre las causas generadoras de molestias por ruidos al tráfico rodado, que parece molestar en un porcentaje de entre el 20 y el 25 de la población. Aún así se observa que son más tolerados los ruidos procedentes del tráfico que los producidos por actividades de ocio de carácter esporádico, como son los recintos feriales o permanentes y concentrados en un reducido número de calles como sucede con las denominadas “zonas de bares”¹³⁵.

Igualmente, la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, en su elaborado estudio denominado Análisis de las Repercusiones Sociales y Económicas de los Niveles de Ruido en las Principales Ciudades de Andalucía, señalaba con

¹³⁴ Vid. SOSA WAGNER, Francisco, “La lucha contra el ruido” REALA número 249, 1991, págs. 11 – 31.

¹³⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, págs. 925 y 926.

relación a las fuentes generadoras de niveles sonoros, que el tráfico rodado terrestre es la principal fuente generadora de ruido asumiendo el 77,35 por cien.

4.1.1.1. Actuación de oficio en 61 municipios andaluces sobre la contaminación acústica producida por vehículos a motor

En el informe de 1998, el Defensor del Pueblo Andaluz hizo pública la *queja de oficio* 95/3385. Las actuaciones referidas se iniciaron por la oficina del Comisionado Parlamentario Andaluz debido a que no es infrecuente que por los usuarios de vehículos a motor, principalmente de motocicletas, se incumplan ciertas obligaciones establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias de aplicación en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en relación con la contaminación de diversos tipos que aquellos vehículos pueden producir¹³⁶.

Las consecuencias que tales incumplimientos suelen deparar consisten, principalmente en lesiones para la calidad de vida de los restantes ciudadanos que a diario han de desenvolverse en el medio ambiente urbano de las ciudades de tipo medio y de las grandes urbes y aglomeraciones urbanas, consecuencias que a veces pueden implicar riesgos, cuando no lesiones, para la salud de las personas.

Las actuaciones de investigación del Defensor del Pueblo Andaluz se llevaron a cabo en los municipios de más de 20.000 habitantes, debido a que a los Municipios, con independencia de las competencias que le corresponden a la Administración Central en lo relativo al régimen jurídico básico de homologación de elementos técnicos de los vehículos, sus inspecciones técnicas y de reparaciones de los mismos, les corresponde por aplicación de lo establecido en el artículo 25 1.b), de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, la competencia de ordenación y control del tráfico en las vías urbanas, así como la denuncia de las infracciones en la materia y su sanción cuando no hayan sido atribuidas aquellas competencias a otra Administración, según lo establecido en el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de Marzo, por el que se aprobó el Texto Articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial.

Las cuestiones sobre las que se les solicitaron información para conocer tanto las efectivas actuaciones llevadas a cabo y el ejercicio de competencias, así como el alcance y grado de eficacia de aquellas actuaciones para prevenir, controlar y sancionar los incumplimientos en la materia mencionada, fueron las siguientes: a)

¹³⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 957 – 964.

Las medidas preventivas y de control que para evitar los incumplimientos en materia de contaminación acústica estuvieran adoptando en relación con los vehículos que circulan por sus vías urbanas; b) Medios materiales y personales dedicados a tal fin; c) El grado de regulación local del problema planteado y la adecuación de la normativa local a las previsiones del Derecho Comunitario y Estatal Básico y autonómico de aplicación en la materia; d) Las posibles deficiencias o aspectos necesitados de corrección y las carencias que observaban en el desempeño de sus competencias; e) Las posibles medidas de carácter jurídico-administrativo tendentes a lograr una mayor y más adecuada protección de los derechos de protección de la salud y a disfrutar de un medio ambiente adecuado, en relación con el problema objeto de las actuaciones propugnadas.

Aunque el Defensor del Pueblo Andaluz había comprobado, por la tramitación de otras quejas concretas, que muchos de nuestros municipios contaban con ordenanzas municipales protectoras del medio ambiente contra ruidos y vibraciones, en las que se incluían capítulos o apartados referentes a la contaminación acústica producida por los vehículos de motor, mantenía la opinión de que para una adecuada prevención y control en la materia, así como para llevar a cabo de una forma más adecuada la adopción de medidas de policía administrativa en relación con el problema expuesto, era conveniente que las Administraciones locales afectadas contaran, además de con aquellas Ordenanzas de naturaleza medioambiental, con Ordenanzas Regulatoras de Tráfico Urbano, en las que casando o concordando los aspectos referentes al tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, se contemplara la protección contra la contaminación proveniente de los vehículos de motor, ajustando tal regulación local a las previsiones establecidas en el Derecho comunitario, estatal básico y autonómico sobre la materia.

La síntesis de los datos que se obtuvieron en la queja de oficio mencionado fueron los siguientes:

- Respecto a la cuestión de las ordenanzas reguladoras del tráfico y de protección de ruidos, se comprobó la carencia de ordenanzas *ad hoc* en gran número de municipios. Así sólo 29 municipios de los 61 encuestados, poseían una ordenanza reguladora del tráfico urbano, mientras que 27 no la tenían y un municipio se encontraba en tramitación de la misma. Por otro lado, sólo 39 municipios habían aprobado una ordenanza de protección de Ruidos, mientras que 13 carecían de ella, y tres se encontraban en trámite de elaboración. Frente a este panorama el Defensor del Pueblo recomendó que por aquellos Municipios que carecieran de la ordenanza mencionada se adoptara iniciativa

tendente a que, a la mayor brevedad posible, esa Administración Local llevara a cabo los tramites necesarios para proceder a la aprobación, de Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente contra Ruidos y Vibraciones, adaptando los límites sonoros establecidos para los ciclomotores, motocicletas y para vehículos de tres o cuatro ruedas en la normativa autonómica, entonces, en vigor, representada por el Decreto 74/1996, de 20 de Febrero, por el que se aprobó el Reglamento de la Calidad del Aire.

- En cuanto a la adaptación de las ordenanzas de protección de Ruidos, respecto a la normativa autonómica sólo 10 municipios habían procedido a ella, mientras 29 necesitaban de adaptación. Por este motivo, el Defensor del pueblo Andaluz recomendó a estos 29 municipios que adoptaran iniciativa tendente a que, a la mayor brevedad posible, llevaran a cabo los trámites necesarios para proceder a la modificación de la Ordenanza (o su Proyecto) Municipal de Protección del Medio Ambiente contra Ruidos y Vibraciones, adaptando los límites sonoros establecidos para los ciclomotores, motocicletas y para vehículos de tres o cuatro rueda en la normativa autonómica, entonces en vigor, representada por el Decreto 74/1996, de 20 de Febrero , por el que se aprobó el Reglamento de la Calidad del Aire así como la Orden de 23 de febrero de 1996, en materia medición, evaluación y valoración de ruidos y vibraciones.
- Por lo que a los medios personales se refiere, los municipios que contaban con personal específico eran 10, mientras que 47 contaban con personal no específico.
- Respecto a los medios materiales, 27 municipios contaban con sonómetro, sólo uno contaba con más de uno, tan sólo 1 municipio disponía de un local al efecto; y 25 municipios no contaban con ningún tipo de medio material. Conociendo esta situación, el Defensor del Pueblo Andaluz recomendó que, a la mayor brevedad, se procediera a adoptar iniciativa tendente a dotar al Cuerpo de Policía Local de los Municipios con carencias, de los medios materiales suficientes, al objeto de que contando con los instrumentos técnicos adecuados pudieran, de la mejor manera posible, prevenir y denunciar los incumplimientos detectados en relación con las obligaciones impuestas por aplicación de lo establecido en el artículo 10.5, del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de Marzo, por el que se aprobó el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de motor y Seguridad Vial, en relación a los vehículos que circulen por las vías urbanas

del Municipio. Si no fuere posible efectuar aquella dotación de medios materiales, recomendó que subsidiariamente se procediera a firmar Acuerdo o Convenio de colaboración con la Administración Autonómica y en coordinación con las Jefaturas Provinciales de Tráfico, para poder articular un sistema de inspecciones en las Estaciones de I.T.V. de las respectivas zonas.

- En cuanto a las actuaciones preventivas y correctoras, 14 municipios afirmaban realizar campañas informativas preventivas en medios de comunicación social, con medios propios en colegios, editando vídeos, etc. Sobre esta cuestión el Comisionado Parlamentario formuló una Sugerencia en el sentido de que, si no lo viniere efectuando ya ese Ayuntamiento, se realizaran campañas de información y concienciación ciudadana y de educación vial, sobre la obligación de cumplir los requisitos reglamentariamente establecidos en aplicación de aquel precepto y de cara a la prevención de los tipos de contaminación citados en él. De los 61 municipios, 27 informaban de la realización de controles esporádicos o programados, de los cuales 12 efectuaban además campañas informativas. En este sentido el Defensor del Pueblo sugirió que además de las actuaciones puntuales que se llevaran a cabo, se elaboraran y diseñaran planes o programas de actuación y controles con carácter preventivo, para detectar y denunciar posibles infracciones a aquellas obligaciones cometidas por usuarios de vehículos de motor.. Las entidades locales son las que han de asumir el protagonismo en la adopción de estas medidas pues no en vano la Ley de Tráfico atribuye a los municipios amplias competencias en las vías urbanas, para “la ordenación y el control del tráfico”, “la regulación de los usos”, e incluso para “el cierre de las vías urbanas cuando sea necesario”¹³⁷.
- Sólo 23 municipios facilitaron la información de haber llevado a cabo procedimientos de carácter sancionador.

¹³⁷ En este sentido se pronunció también GONZÁLEZ VARAS que al explicar con detalle las medidas eficaces para reducir el ruido del tráfico automóvil, informando sobre las fórmulas más avanzadas de distintas experiencias extranjeras, afirmaba que en la cuestión relativa a la gestión del tráfico el objetivo consistía en integrar la lucha contra el ruido en la gestión de la circulación de los vehículos. Para ello cabe utilizar medidas tan variadas como restricciones horarias o zonales, limitaciones de velocidad, fomento del uso del transporte colectivo y de la bicicleta, preferencias peatonales y medios informáticos de control del ruido, a fin de conducir, desviar, dirigir y repartir el tráfico Vid. GONZÁLEZ VARAS, Santiago, “*Tratamiento jurídico acerca del ruido en los transportes*”, REDA número 11, 1976, págs. 9 – 68.

- Únicamente 5 municipios tenían estudios realizados en zonas de contaminación acústica.

Las conclusiones que se pueden extraer de la actuación llevada a cabo por el Defensor del Pueblo Andaluz en 1995 son claras: La inadecuación de la mayoría de los ordenamientos locales a la normativa autonómica en lo que a límites de niveles sonoros se refiere; La no adopción de medidas en relación a la contaminación acústica emitidos por los vehículos de motor; La insuficiencia de medios materiales y personales en la mayor parte de los municipios; La falta de acciones o programación de actuaciones específicas, tanto de control y sancionadoras como preventivas en la mayor parte de los municipios.

La valoración de las recomendaciones y la adopción de las medidas propuestas por el Comisionado Parlamentario han de ser muy positivas pues actuando en la forma a que hacen referencia las Resoluciones expuestas y, teniendo en cuenta que la ordenación del tráfico urbano es una competencia municipal atribuida por el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril Reguladora de las Bases de Régimen Local, las Entidades Locales logran una mayor respeto en su actuación a los principios conformadores de los derechos reconocidos en los artículos 43 y 45 de la Constitución¹³⁸.

4.1.1.2. Conculcación del principio de autoridad

En la *queja 97/2504*, la interesada ponía de manifiesto que había formulado peticiones ante el Ayuntamiento de Almonte en Huelva, respecto a que se instalaran en la Avenida de los Cabezudos, donde tenía su domicilio habitual, placas o señales verticales de estacionamiento prohibido a camiones y otros vehículos de gran

¹³⁸ Del eco que las recomendaciones del Defensor del Pueblo Andaluz causaron en las distintas Administraciones locales cabe hacer la siguiente reseña. Manifestaron venir actuando conforme a las Resoluciones del Defensor del Pueblo: Barbate, Guadix, Mijas y San Roque. Se comprometieron a llevar a cabo actuaciones conforme al contenido de las Resoluciones aceptando las mismas: Adra, Alcalá de Guadaira, Alcalá la Real, Antequera, Baza, Benalmádena, Cádiz, Camas, Carmona, Dos Hermanas, Écija, Estepona, Fuengirola, Granada, Jerez de la Frontera, Málaga, Martos, Montilla, Priego de Córdoba, Puente Genil, Puerto Real, Puerto de Santa María, Ronda, Roquetas de Mar, San Fernando, Sanlúcar de Barrameda, Torremolinos y Utrera.

No contestaron a las Resoluciones, transcurrido un plazo más que prudencial de tiempo (desde Diciembre de 1997 a Diciembre de 1998, coincidiendo con el cierre del ejercicio del Informe) para que pudieran hacerlo, las Alcaldías-Presidencias de los siguientes Ayuntamientos: Algeciras, Almería, Almuñécar, Andújar, Arcos de la Frontera, Baena, Cabra, Chiclana de la Frontera, El Ejido, Huelva, Jaén, Lebrija, Linares, La Línea de la Concepción, Loja, Lucena, Mairena del Aljarafe, Marbella, Motril, Morón de la Frontera, Los Palacios y Villafranca, Rota, Sevilla y Vélez-Málaga.

tonelaje¹³⁹. Básicamente el motivo de oposición al estacionamiento de los vehículos referidos en la calle donde residía estaba representado por la imposibilidad de conciliar el sueño y disfrutar de su tiempo de descanso, pues según informaba la promovente, los conductores de los vehículos pesados que aparcaban en la zona, comenzaban el arranque y calentamiento de sus motores a altas horas de la madrugada y por un espacio de tiempo prolongado hasta que los vehículos estaban en condiciones de circular.

La Alcaldía, informó al Defensor del Pueblo Andaluz que había dispuesto que la Policía Local llevara a cabo la señalización de tráfico necesaria para que no estacionaran en la Avda. de los Cabezudos vehículos de gran tonelaje. Motivo por el que se cerró la queja, al considerar la misma como en vías de solución.

No había transcurrido un año desde el cierre de la queja cuando la interesada volvió a escribir al Comisionado, informándole que pese a la señalización por el Ayuntamiento, las molestias que le ocasionaban las operaciones de arranque de los citados vehículos continuaban, ya que era sistemático el incumplimiento de la prohibición de estacionar aquellos vehículos en la Avenida ya citada.

Tras proceder a la reapertura de la queja, se solicitó de nuevo informe a la Alcaldía, la cual aportó informe de la Jefatura de la Policía Local, que venía poco menos que a justificar los hechos, al considerar que en la avenida expresada existían diversos establecimientos públicos que a tempranas horas de la mañana ya estaban abiertos y en los que los transportistas se reunían antes de iniciar su jornada, lo que motivaba las operaciones de estacionamiento y arranque de los motores. Insistía la Jefatura de Policía Local, en que *“no había incumplimientos sistemáticos de las normas de tráfico”* y concluía señalando como la denunciante, provocaba diversos enfrentamientos cuando provista de cámara efectuaba tomas y fotografías de los vehículos estacionados.

Durante la tramitación de la queja, el Defensor del Pueblo constató la existencia de la orden dictada por la Alcaldía para que se señalara la prohibición de estacionamiento en la zona de vehículos de más de 3.500 kgs., señalización que no se observaba y respetaba por todos los conductores que concurrían a la zona, por lo que

¹³⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 458 – 460.

continuaban las molestias que lesionaban el derecho al descanso de la denunciante en particular, y de otros vecinos en general¹⁴⁰.

Por tales motivos, se procedió a formular Resoluciones específicas a la Alcaldía a la que se dirigió Recordatorio de lo establecido en el artículo 58.2 del Real Decreto Legislativo 339/1999, de 2 de Marzo, precepto que establece la facultad de las alcaldías para sancionar las infracciones de tráfico en las vías urbanas. También recomendó que se procediera por la Policía Local a denunciar aquellas infracciones para posteriormente y con adecuación a los trámites reglamentarios sancionar los incumplimientos producidos ya que de no sancionarse aquellas conductas infractoras quedaban conculcados: el principio de autoridad, los principios inherentes al disfrute de una digna calidad de vida y los derechos a disfrutar de un medio ambiente adecuado.

Esta queja es un claro ejemplo de la denuncia que hace pública el Defensor del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz en relación a la falta de sensibilización de las Administraciones públicas y de las autoridades que las dirigen frente al problema de la contaminación acústica. Ante esta situación, la actuación de los Comisionados Parlamentarios consiste en mentalizar y concienciar a las Administraciones de la realidad existente y en recordarles sus deberes al respecto predeterminando sus actuaciones para el cumplimiento en las previsiones legales¹⁴¹.

¹⁴⁰ Como ha expresado reiteradamente la jurisprudencia, por ejemplo el auto del TS de 11 de mayo de 1989 relativo a una discoteca ruidosa, la actuación rigurosa de las Administraciones pública no implica solamente la adopción de las medidas técnicas exigibles, sino también su efectividad. La autoridad municipal debe velar con particular rigor por el exacto y eficaz cumplimiento de las medidas que adopte. Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*El ruido en la reciente jurisprudencia*” RAP número 125, 1991, págs. 319 – 342.

¹⁴¹ La Comunidad Autónoma Andaluza ha resuelto la problemática descrita en la queja a través de la aprobación de la Ley 5/2001, de 4 de junio, por la que se regulan las áreas de transporte de mercancías en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En el artículo 8 de la citada Ley se establece el concepto de centro de transporte de mercancías en los que se integran una zona dotacional, de naturaleza demanial, destinada a la prestación del servicio público al transporte de mercancías, y otra zona integrada por espacios de titularidad pública o privada, destinada al establecimiento y desarrollo por las empresas del sector del transporte de sus propias actividades e instalaciones. En la zona dotacional se prestan servicios a las empresas y empleados del sector del transporte, tales como los de gestión, información, oferta, organización y contratación de cargas, ruptura y distribución de las mismas, almacenamiento de mercancías, estacionamiento y comunicaciones, así como todas aquellas otras prestaciones que redundan en la mayor seguridad y comodidad del transporte y sus usuarios, tales como, entre otros, suministro de carburantes, pernóctación, restauración, reparación de vehículos.

4.1.1.3. Concentración de motos

Una celebración o evento, extraordinariamente perjudicial para el derecho al descanso, posiblemente para el de la protección de la salud y, seguro, para el de disfrutar de un medio ambiente, en este caso, urbano, de los restantes ciudadanos no participantes en el mismo, tuvimos ocasión de conocerlo en el estudio de tres expedientes de quejas, las cuales fueron presentadas al Defensor del Pueblo Andaluz: la *queja 98/126*¹⁴², la *queja 98/342*¹⁴³ y la *queja 99/800*¹⁴⁴,

En las dos primeras quejas, *la queja 98/126* y *la queja 98/342*, los interesados, informaban de las graves molestias que padecían los vecinos de El Puerto de Santa María cuando se celebraba La Motorada, del 1 al 4 de Mayo de cada año. Según indicaban se producía un grave desorden, consumo de drogas y alcohol en las vías públicas, lesión a derechos y libertades fundamentales, graves ruidos... En la tercera queja, *la queja 99/80*, los interesados mostraban su malestar por la celebración anual, en la Ciudad de Marbella, de la concentración de motos. Todo ello se producía, según los comunicantes de las dos primeras quejas, sin que las Autoridades Municipales responsables, hicieran ninguna gestión eficaz para evitar los problemas derivados de aquella concentración anual de motos, en las dos primeras quejas, mientras que el comunicante de la tercera queja manifestaba que, el evento se realizaba con la autorización y la promoción municipal.

En lo concerniente al problema medioambiental, reseñamos que el Defensor del Pueblo Andaluz solicitó informe a las respectivas Alcaldías para que se pronunciaran sobre los siguientes extremos: relación o apoyo que la Entidad Local mantuviera respecto a la concentración de motos y posibles alternativas, soluciones o medidas que manejare, o tratase de adoptar la Corporación en orden a garantizar la compatibilidad del derecho al descanso y a disfrutar de un medio ambiente adecuado de los vecinos afectados y el derecho al ocio, esparcimiento y diversión de los conductores de motocicletas que acudían a la anual cita.

Las Alcaldías en sus respuestas, básicamente vinculaban la problemática de la celebración anual del evento a la seguridad ciudadana, sin preocuparles, al menos así se desprendía de sus repuestas, el aspecto medioambiental de la celebración, ni la posibilidad de su traslado a otra zona, menos molesta para el resto de ciudadanos.

¹⁴² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 460 – 462.

¹⁴³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 465 – 467.

¹⁴⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 509 – 513.

Ello ponía de manifiesto la despreocupación absoluta de las corporaciones locales citadas respecto a los valores y derechos que se conculcan con la contaminación acústica.

En consecuencia, el Comisionado Parlamentario Autonómico formuló Recomendación a ambas Alcaldías en el sentido de que en el ejercicio de sus facultades y atribuciones legal y reglamentariamente conferidas, se ejercieran y adoptaran por los Servicios Municipales, con el máximo cuidado y atención posibles, las funciones y medidas de policía y control necesarias para prevenir o impedir el funcionamiento de actividades recreativas y/o comerciales clandestinas, que pudieran contribuir a acrecentar los problemas medioambientales derivados de la afluencia de personas durante los días de la celebración referida. Recomendó también que se aumentara la vigilancia de las actividades y locales autorizados con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las condiciones impuestas en las respectivas licencias, así como que los niveles de emisión-inmisión de ruidos y humos se adecuaran a los reglamentariamente fijados, conforme disponía el artículo 22.2 del entonces vigente Reglamento de Calidad Ambiental y en la Ordenanza Municipal correspondiente.

Por último, formuló a ambas Alcaldías Recomendación en el sentido de que, a la mayor brevedad, adoptaran iniciativa tendente a someter a la consideración de los órganos municipales competentes, el debate y deliberación para determinar el posible traslado de la celebración de reuniones de la naturaleza descrita a otra ubicación y al mismo tiempo, recomendó que se contara con la participación ciudadana a fin de determinar tanto las posibles alternativas como para la elección de lugar y fijación de medidas a adoptar. Sin duda la oportunidad de dichas recomendaciones es plena, pues el referente a la participación ciudadana en los asuntos públicos es de carácter constitucional.

No nos cabe duda que actuando en la forma propuesta en las Resoluciones formuladas por el Defensor del Pueblo Andaluz se lograría una actuación administrativa más adecuada a los principios de establecidos en el artículo 9.3 de la Constitución y en el artículo 103.1, de la misma, así como más acorde con los deberes y obligaciones que para las Administraciones y Poderes Públicos, se desprenden del reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona.

No deja de ser sorprendente, después de todo lo expuesto, que las Alcaldías no aceptaran las resoluciones formuladas por la Institución. Especialmente significativa era la respuesta a la consideración del traslado del lugar de la celebración, pues las Alcaldías parecían dar por sentado que era imposible trasladar

la celebración referida a otro lugar y establecer o adoptar medidas en ejercicio de potestades administrativas legalmente conferidas, como pudieran ser reordenación del tráfico urbano en el Casco Antiguo de la ciudad y durante el evento, el establecimiento de restricciones temporales de acceso a la zona en vehículos salvo a residentes y empleados así como a urgencias y servicios públicos.

4.1.1.4. Transportes Públicos

En este apartado la misma Administración Municipal es la responsable de las actividades causantes de las molestias o deterioro medioambientales al producirse el foco del ruido como consecuencia de un servicio público.

De las dos quejas que vamos a exponer podemos extraer muy distintas actitudes de los órganos administrativos afectados, así en la *queja 261/90* la actitud del Ayuntamiento de Huelva es absolutamente colaboradora, mientras que la *queja 97/587*, es el paradigma de cómo un órgano administrativo no ha de actuar, pues además de no dar respuesta a las denuncias formalizadas por los ciudadanos, manifiesta su ausencia de voluntad en aceptar las resoluciones del Defensor del Pueblo Andaluz. Estas actitudes administrativas tan dispares responden a lo que el profesor SOSA WAGNER se refería cuando afirmaba¹⁴⁵: “*sí el particular cuenta con la colaboración de la Administración resuelve fácilmente su asuntos, pero si cuenta con su oposición o, simplemente, con su inactividad, está aviado*”.

En la *queja 261/90*, se denunciaban molestias por ruidos de tráfico de los autobuses por deficiencias en la pavimentación de una calle cercana a los apeaderos y garajes de una empresa de transportes que motivaron provisionalmente la colocación de chapas de acero sobre la zona defectuosa que originaba el ruido¹⁴⁶. Como consecuencia de la intervención del Defensor del Pueblo Andaluz, el Ayuntamiento de Huelva instaló unos amortiguadores de goma dura sobre las chapas objeto de la denuncia, con lo cual, se evitaron más molestias, como solución provisional hasta el próximo traslado de dicha empresa a la nueva estación de autobuses, que en aquel momento se estaba ejecutando. De esta manera la queja se resolvió favorablemente.

¹⁴⁵ Vid. SOSA WAGNER, Francisco, “*La lucha contra el ruido*” REALA número 249, 1991, págs. 11 – 31.

¹⁴⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1991, págs. 468 y 469.

En el expediente de *queja* 97/587, el titular de la actividad molesta era el Ayuntamiento de Sevilla¹⁴⁷. El interesado, como Administrador de una comunidad de propietarios, comunicaba en su escrito la situación de padecimiento de continuas molestias a causa de los ruidos y humos que generaban los vehículos de la Empresa Municipal de Transportes Urbanos de Sevilla (TUSSAM). Según manifestaba habían presentado diversos escritos ante la Administración Municipal, sin que hubieran recibido respuesta alguna.

Admitida a trámite la queja por el Defensor del Pueblo Andaluz, solicitó informe a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Sevilla. La misma informó que entre la Empresa municipal referida y la Comunidad de Propietarios, se había suscrito un acuerdo con fecha 3 de Enero de 1994, elevado a escritura pública, en el que la Empresa municipal renunciaba a las servidumbres que le correspondían sobre la parcela en la que se iba a construir el edificio y permitía que en la pared medianera se abrieran seis ventanales, comprometiéndose la promotora del edificio a responsabilizarse por las posibles molestias, por humos y ruidos, derivadas del funcionamiento de la actividad contigua ejercida por la empresa municipal de transportes urbanos.

Tras la visita efectuada por representantes de la Asociación de Vecinos de la Barriada y de la Comunidad de Propietarios a la Oficina del Defensor del Pueblo, se solicitó informe a la Delegación Provincial de la Consejería de Salud en atención a sus funciones y competencias en la inspección. A esta petición la Delegación Provincial de la Consejería de Salud respondió con un informe que sólo contenía un planteamiento obstruccionista del problema de la contaminación acústica en el medio urbano, aduciendo que no se podía llevar a cabo la inspección de las cocheras de la empresa de transportes por cuanto que la misma era de competencia municipal.

Por otro lado, como una actuación puente o intermedia, dado que los interesados insistían en la gravedad de la situación, el Comisionado Parlamentario Andaluz formuló Recomendación a la Alcaldía, en el sentido de que procediera a ordenar o requerir de la Dirección de TUSSAM la realización de auditoria interna medioambiental, con arreglo a las previsiones contenidas en al Reglamentación Comunitaria y en la de transposición al ordenamiento interno de aquella normativa, dándole traslado de copia de la misma.

¹⁴⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 545.

Por parte de la Administración Municipal respondió a la resolución la Gerencia de la Empresa Municipal de Transportes Urbanos de Sevilla, S.A., que expresaba el criterio de que no consideraba necesario el llevar a cabo una auditoría medioambiental pues, ya se había realizado un estudio de seguridad e higiene en el trabajo para determinar si la actividad y su funcionamiento eran perjudiciales o presentaban riesgos para la salud de los trabajadores y, que, el resultado del estudio llevado a cabo era igualmente útil para el asunto de la queja. Dado que no cabía confundir un estudio tan específico y concreto, vinculado a las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo y con alcance meramente interno, con lo propugnado en la Recomendación, esto es, con una auditoría medioambiental efectuada por la propia empresa, entendemos que por parte del Ayuntamiento no había voluntad de cumplir con la resolución formulada, motivo por el cual, el Defensor del Pueblo Andaluz, decidió la inclusión de la queja en el Informe al Parlamento Andaluz,

4.1.1.5. Pasividad de la Administración local y a las escasas medidas de control y vigilancia

Dada la distribución competencial, corresponde fundamentalmente a los Ayuntamientos la mayor parte de las actuaciones que inciden en la Contaminación Acústica. Aunque la normativa mencionada puede resultar suficiente para que, debidamente aplicada, produjera por sí sola una notable disminución de las agresiones acústicas que sufren los ciudadanos de nuestras ciudades y pueblos, no obstante la realidad demuestra que ello no ocurre así.

La principal causa de la persistencia del elevado nivel de ruidos de España, según la experiencia del Defensor del Pueblo Estatal y del Defensor del Pueblo Andaluz radica en la poca eficacia de la Administración en aplicar tales normas. Como ejemplo de ello, se pueden mencionar algunas quejas.

Así la *queja 579/90*, en la que un vecino de El Arahál, en la provincia de Sevilla, exponía un problema de escasas medidas de control y vigilancia en la circulación de motocicletas en la localidad, que circulaban a superior velocidad a la permitida en las vías urbanas y sin los preceptivos silenciadores eficaces. El Defensor del Pueblo Andaluz, considerando las repercusiones, tanto en la salud física como psíquica, sugirió a la Alcaldía la necesidad de incrementar la actuación de la Policía Local, la cual contestó que existía un Bando de la Alcaldía del mes de Agosto de 1989 recordando a los vecinos las obligaciones legales en la materia y la adopción de sanciones a los infractores, pero que las actuaciones de la Policía Local estaban limitadas dentro de los efectivos disponibles, y que se había solicitado de los

organismos correspondientes un sonómetro para medir la intensidad del ruido de las motocicletas y potenciar con ello la acción de vigilancia¹⁴⁸.

Otra muestra de la escasa eficacia de las Administraciones en aplicar las normas es la *queja 9214864*, tramitada por el Defensor del Pueblo de Cortes Generales. Esta queja se refería al ruido provocado por el considerable parque de vehículos que transitan por las vías públicas y la indebida utilización de las señales acústicas de los mismos. Concretamente denunciaba las molestias producidas por la reiterada utilización del claxon por parte de los vehículos dedicados a la venta ambulante en una urbanización privada. El Ayuntamiento justificó la falta de ejercicio de la competencia que le está atribuida por el artículo 25 de la Ley 7/1985 y artículo 44 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, porque consideraba que las calles de la citada urbanización tenían el carácter de particulares, por lo que deberían ser los propietarios los que regularan o evitaran esos hechos denunciados. Después de rebatir el Defensor del Pueblo esta afirmación del Ayuntamiento, se sugirió que, en cumplimiento de la legislación antes citada, sancionara a los conductores que hiciesen un uso indebido de las señales acústicas de los vehículos. Posteriormente el Ayuntamiento comunicó que se había atendido a lo expresado en la sugerencia, mediante la aprobación de una ordenanza reguladora de la venta ambulante y la decisión de sancionar el uso indebido del claxon de los vehículos¹⁴⁹.

Las Administraciones públicas son especialmente permisivas con situaciones irregulares que tienen su causa en la ausencia de licencia, un ejemplo de ello es la *queja 92/2513* tramitada ante el Ayuntamiento de Bailén (Jaén)¹⁵⁰. El asunto que motivó la admisión a trámite del escrito del interesado fue las molestias por ruidos que le producían en especial a altas horas de la madrugada el aparcamiento público ubicado en el inmueble colindante con su domicilio familiar, el cual era utilizado por vehículos industriales, camiones y turismos. La actividad de aparcamiento público carecía de la preceptiva licencia municipal de apertura, suponiendo este hecho además de una irregularidad, una vulneración del principio de igualdad en el ejercicio del derecho a la libre empresa en el marco de la economía de mercado,

¹⁴⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1990, págs. 296 – 297.

¹⁴⁹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, pag. 998. Esta queja tienen como Ayuntamiento afectado al Ayuntamiento de Maello en la Provincia de Ávila, pero dada la originalidad de la respuesta que se dio y la existencia en Andalucía, especialmente en las zonas de veraneo, de urbanizaciones privadas y de la existencia de vehículos dedicados a la venta ambulante, hemos decidido incluirla en nuestro trabajo.

¹⁵⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 949 y 950.

respecto a los establecimientos debidamente autorizados a los que se discriminaba al permitirse el ejercicio de actividades en establecimientos sin autorización municipal, dando como resultado la aquiescencia de una competencia desleal.

Además según medición efectuada al efecto, el ruido que venía generando la actividad superaba los niveles máximos permitidos por las Ordenanzas Municipales de Protección del Medio Ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones y las medidas correctoras adoptadas por la propiedad eran insuficientes.

Dado que la Alcaldía tiene competencia para velar por la salubridad y la tranquilidad del municipio en virtud del artículo 1.1 y 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, el Defensor del Pueblo Andaluz, debido a la larga situación de contaminación que venía soportando el vecino afectado, demandó la intervención municipal¹⁵¹.

El Defensor del Pueblo Andaluz, conforme al criterio de los Tribunales, procedió a recomendar la necesidad de proceder a clausurar la actividad denunciada, ordenando el cese de la misma, y, en su caso, la necesidad de adoptar las medidas oportunas para la ejecución efectiva de dicho cese, hasta que, se concediera la oportuna licencia de apertura y funcionamiento, previa la emisión por el técnico municipal del informe a que se refiere el artículo 34 del anteriormente citado Reglamento de Actividades Molestas¹⁵². En este caso el Ayuntamiento no se pronunció¹⁵³.

4.1.2. Construcción de nuevas infraestructuras

Es precisamente en el ámbito de la contaminación acústica y el impacto ambiental de los grandes proyectos de obras e instalaciones donde de modo quizá más significativo se refleja el deber de la actuación de los poderes públicos en los

¹⁵¹ El TS ha señalado en la Sentencia de la Sala 3ª de 11 de mayo de 1989 que el “*derecho a un medio ambiente adecuado cobra en nuestros días un valor preeminente*” añadiendo que “*el sistema jurídico de medio ambiente se integra de diversos subsistemas; entre ellos, el de la lucha contra la contaminación de cualquier tipo, incluida la acústica*” Ponente Francisco González Navarro, EDJ 1989/4932.

¹⁵² El Reglamento de Actividades Molestas resulta aplicable expresamente a los garajes, aparcamientos o parkings de utilización pública, no sólo porque de su funcionamiento se pueden derivar consecuencias incómodas para los ciudadanos, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene en el medio ambiente urbano o impliquen riesgos para las personas o cosas, sino también porque los garajes están calificados en el nomenclátor como actividades peligrosas por la existencia en los mismos de líquidos inflamables.

¹⁵³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, p 950.

procesos de gestión ambiental y las consecuencias de su incumplimiento o cumplimiento parcial. El punto en común de las reclamaciones de particulares y asociaciones que se formalizan en la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, está constituido por el sentimiento de un déficit de participación ciudadana en las decisiones públicas sobre los grandes proyectos antes citados, la falta de explicación general de la decisión adoptada, la predeterminación de tal decisión con carácter previo a los procedimientos de información pública, la no consideración de otras alternativas potencialmente más idóneas desde el punto de vista ambiental y la ausencia de verdaderos programas de vigilancia, entre otros.

Ello es perfectamente explicable desde el punto de vista del creciente grado de implicación colectiva en la respuesta a los problemas ambientales, cuya descripción y explicación tiene normalmente un alto grado de complejidad haciendo más difícil que en otros campos dar satisfacción real a la exigencia constitucional de audiencia ciudadana, directamente o a través de asociaciones en los procedimientos administrativos que les afecten tal y como reconoce el artículo 105.a) y c) de la Constitución española y cuya exigencia deviene del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, reconocido en el artículo 23 de la Constitución española, así como la responsabilidad pública en la promoción de la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social siguiendo lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución española.

En definitiva, la participación e información como núcleo de las quejas que se han formulado en estos últimos doce años de vida de la oficina del Comisionado Parlamentario de las Cortes Generales apela a una de las funciones esenciales de todo procedimiento administrativo, siendo hoy el de evaluación de impacto.

Tal apreciación es verdaderamente significativa en la *queja 9406889* en la que una federación de asociaciones de vecinos a través de su presidente y ochocientos particulares más, además de varios Ayuntamientos afectados como el de Coslada o San Sebastián de los Reyes en Madrid, denunciaban la falta de transparencia informativa y la ausencia de un verdadero estudio de impacto ambiental que tenía como consecuencia un grado de contaminación acústica por encima del nivel de tolerancia, en el proyecto de ampliación del aeropuerto de Madrid-Barajas¹⁵⁴. La falta de transparencia informativa se refleja muy notoriamente

¹⁵⁴ Citamos a continuación las quejas recibidas y tramitadas relativas al aeropuerto de Madrid-Barajas: 9800074, 9707277, 9503868, 9708986, 9821620, 9902553, 9902644, 9904287, 9904419, 9904749, 9904952, 9905058, 9905900, 9907513, 9909597, 9910894, 0104833, 0102506,

en el hecho de que una asociación de vecinos manifestó al Defensor del Pueblo no haber obtenido del ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea los datos pormenorizados de contaminación acústica en Tres Cantos, de acuerdo con el sistema monitorizado de ruidos y sendas de vuelo que permite medir el ruido, identificar la aeronave causante y la compañía a la que pertenece y conocer su posición. Dicha petición era legítima en base a la resolución de 10 de abril de 1996, por la que se hacía pública la declaración de impacto ambiental del proyecto de ampliación del aeropuerto y con la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, por la que se regula el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente¹⁵⁵.

Otro ejemplo es la *queja 9112588* a la que se le acumularon otras y que tenía como motivos las obras de ejecución y apertura de la vía interurbana M-40 a su paso por el barrio de San Lorenzo causando el tráfico niveles de ruidos superiores al que exige una mínima calidad de vida. Los mismos problemas se reproducen en otras grandes ciudades españolas. Así ha sucedido en la *queja 9413401* relativa a la autovía de circunvalación de Sevilla SE-30, respecto de la cual varios vecinos denunciaban el notable aumento de ruido sufrido en sus viviendas, alegando además que aunque la Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía venía estudiando el tema desde 1993 nada se había concretado en la adopción de medidas correctoras¹⁵⁶. También la *queja 0009782*, relativa a la realización de la circunvalación de Zaragoza, en el tramo conocido como Ronda de la Hispanidad, y en la que los comparecientes entendían que las medidas de protección frente al ruido contempladas en la declaración de impacto ambiental dictada en su día no podían ser respetadas, al no existir apenas distancia entre la citada infraestructura y sus viviendas¹⁵⁷.

4.1.2.1. Las infraestructuras aeroportuarias

En los inicios de la aviación, los estudios sobre el ruido se encaminaban directamente a la consecución del confort de la tripulación y de los pasajeros, así como a la detección y localización de algún avión enemigo. Más tarde con el desarrollo de las técnicas de radio y la construcción de nuevos aviones en los que se transformó la comunicación hablada en su interior, la trascendencia de la

0102638, 0104048 y 0105231. Estas se han hecho públicas en los Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, pag. 634; de 1996, pag. 424 – 425; de 1997, pag. 42-427; de 1998, págs. 463 y 464; de 1999, pag. 497 – 499; de 2001, pag. 426 y 427 y de 2002, págs. 802 – 805.

¹⁵⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1997, págs. 426-427.

¹⁵⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, pag. 637.

¹⁵⁷ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2000, pag. 301.

contaminación acústica ha aumentado enormemente. De afectar exclusivamente al bienestar de un número de personas relativamente pequeño que viajaban en el interior de un avión, el ruido llegó a convertirse a principios de los años sesenta, con la introducción de los aviones comerciales a reacción, en fuente de serias molestias para los numerosas residentes de las comunidades cercanas a los aeropuertos¹⁵⁸.

La aproximación de las ciudades a los aeropuertos y el aumento del tráfico regular de pasajeros, mercancías y vuelos chárter, que operan de noche en muchas ocasiones, han determinado que los problemas de contaminación acústica provocados por el transporte aéreo se hayan incrementado en las últimas décadas. Los aeropuertos actuales también son más ruidosos al estar dotados de variados servicios necesarios para las actividades de tráfico aéreo; estancia, reparación y suministro de aeronaves; recepción de viajeros y mercancías; estacionamiento de vehículos, etc. Del mismo modo, las compañías aéreas disponen, junto a los aeropuertos, de zonas industriales en las que realizan el mantenimiento de sus aviones, motores y componentes.

Las molestias ocasionadas a los habitantes de las ciudades cercanas a los aeropuertos se refieren fundamentalmente a la contaminación acústica, a los vertidos de hidrocarburos procedentes de las aeronaves y, en menor medida, a los riesgos de accidentes en zonas habitadas. Asimismo, también hay que decir que, junto a los impactos acústicos y atmosféricos, se producen otros impactos menos específicos y que tienen como resultado la generación de residuos, contaminación de aguas, consumo de energía, etc.

En lo que se refiere a las competencias en este sector, el artículo 149.1.20º de la Constitución establece la competencia exclusiva del estado en materia de aeropuertos de interés general, control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, además de matriculación de aeronaves. Estas competencias las desarrolla a través del Ente Público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) que forma parte del Ministerio de Fomento y fue constituido mediante el Real Decreto 905/1991. Este Ente público ejerce funciones en materia de navegación aérea y en materia de aeropuertos. Consecuencia de ello es que el Comisionado parlamentario competente de supervisar la actuación de este organismo público es el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales como se pone de manifiesto en la queja que vamos a estudiar relativa al Aeropuerto de Madrid Barajas.

¹⁵⁸ Vid. URIARTE RICOTE, Maite, “Aspectos normativos del ruido en el transporte aéreo de los Estados Unidos”, RVAP número 41, 1995.

En esta materia las cuestiones tratadas en las quejas recibidas son variadas y complejas, pues aluden a la ordenación del territorio y planificación urbanística, a las molestias por ruido y a la evaluación de impactos. Esta complejidad es reflejo de la distribución de competencias entre Administraciones y, en consecuencia, de la ordenación de los instrumentos formales que conforman los procedimientos administrativos, la documentación y las comunicaciones de trámites. En el trabajo que nos ocupa, el problema se sitúa fundamentalmente en dos aspectos. Por un lado las molestias actuales vienen dadas por la utilización de las aeronaves ya que, las rutas de despegue y aproximación, virajes, horarios y sobrevuelo de aglomeraciones pueden no estar definidas o actualizadas tomando como referencia a las poblaciones próximas. Por otro lado, otro grupo de molestias surgen bien por la ampliación del aeropuerto, o bien por la expansión urbanística de los municipios próximos, que teniendo un término municipal pequeño tienen grandes limitaciones para establecer espacios urbanizables.

La Administración aeroportuaria, formada por Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea (AENA), el Ministerio de Fomento y el Ministerio de Defensa, se resiste todavía a atender las quejas por completo, pues no acaba de encontrarse en los planes directores de los aeropuertos ni en sus planes especiales la consagración clara y terminante de la indemnizabilidad de los perjuicios producidos. Sin embargo, el Defensor del Pueblo, rechazando el mutismo de la Administración Aeroportuaria ante las quejas le recuerda que la adopción de medidas de previsión, reducción de la contaminación acústica y cobertura de daños y perjuicios, evitables o no, es obligatoria para la Administración pública, incluida la de la defensa nacional, por mandatos constitucionales y legales, también cuando las reclamaciones se producen respecto de construcciones posteriores o muy posteriores a las más modernas instalaciones aeroportuarias, cuyas afectaciones acústicas, si no están formalmente declaradas, no pueden tenerse como limitaciones generales de la propiedad, sino como afectaciones singulares en último término indemnizables. La imposición de servidumbres aeronáuticas acústicas está habilitada desde que se estableció al menos a partir de 1960 que los terrenos, construcciones e instalaciones que circunden los aeropuertos, aeródromos y ayudas a la navegación, estarían sujetos a las servidumbres ya establecidas o que se establecieran en disposiciones especiales referentes al área de maniobra y al espacio aéreo de aproximación; y al menos desde que el Reglamento de actividades clasificadas de 1961 obligó a tener como molestas las actividades que constituyeran una incomodidad por los ruidos y vibraciones que produjeran.

La imposición expresa a las actividades públicas, incluidas las militares, del deber de prevenir y corregir el ruido existe desde el Decreto 2183/1968, si bien éste no tuvo más que instrumentar procedimientos específicos derivados de la existencia de “*criterios que, vinculando erróneamente la soberanía a la propiedad y a determinados poderes de gestión sobre la misma, postulan la existencia de zonas exentas de la jurisdicción municipal*”¹⁵⁹. Los Ministerios disponen de normativa suficiente para paralizar una obra por exposición a alto índice de ruidos, siempre que esa circunstancia conste formalmente declarada con la máxima publicidad y difusión. No puede pretender tener potestad para restaurar la vulneración de un orden jurídico inexistente. La responsabilidad por ausencia de desarrollo reglamentario sobre servidumbres o afecciones aeronáuticas acústicas es de los poderes públicos competentes, y entre ellos no está la Administración municipal. Las licencias municipales no pueden denegarse si la afección acústica no ha sido formalmente declarada como limitación urbanística y a la edificación por la Administración General del Estado. Como máximo la licencia no será título suficiente para edificar, podrá quedar condicionada a la disponibilidad por el promotor de otras autorizaciones que no corresponda otorgar al ayuntamiento. Si la contaminación generada por instalaciones estatales excede los límites de ruido establecidos, y no hay limitación acústica formalmente declarada, entonces la responsabilidad no es de los vecinos ni de los ayuntamientos.

Los Ministerios han de tener en cuenta siempre que esa contaminación acústica la producen las instalaciones de ellos dependientes; y que los intereses que los municipios tienen encomendados son los de los vecinos, los expuestos al ruido. El Ejército del Aire ha de vigilar con efectividad, en tiempo y forma, que todas y cada una de las construcciones afectadas por las bases aéreas no contravienen las servidumbres declaradas. Un “*certificado municipal de afectación por servidumbres*” nunca sustituye la comprobación por la Administración aeroportuaria, civil o militar, de que el proyecto autorizado por el propio ayuntamiento se ejecuta de conformidad. El Ejército del Aire ha de actuar no ocasional sino sistemáticamente, de oficio o por denuncia, cuando tenga o consiga conocimiento de construcciones que pueden infringir la normativa vigente, y en su caso ha de ordenar la demolición de la construcción u otras medidas de restitución de la legalidad apropiadas¹⁶⁰. Todo ello incluye las situaciones de limitación por exposiciones al ruido en cuanto la limitación

¹⁵⁹ Preámbulo del Decreto 2183/1968, que expresaba la resistencia del Estado a exigirse a sí mismo lo que exigía a los demás, fuesen entes públicos o privados.

¹⁶⁰ Artículo 31 del Decreto 584/1972.

conste formalmente declarada con publicidad suficiente. La superación en el entorno de un aeropuerto de los niveles de impacto acústico, imputable a la actividad aeroportuaria, confiere a los propietarios de las viviendas afectadas el derecho a obtener financiación para dotarles de aislamiento suplementario¹⁶¹.

4.1.2.1.1. Ampliación del Aeropuerto de Madrid-Barajas

En 1994 el Defensor del Pueblo inició actuaciones con el entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, sobre las quejas formuladas por la Federación Regional de Asociaciones de Vecinos de Madrid y por un colectivo de más de setecientos afectados, como consecuencia de la existencia de un proyecto para la ampliación del aeropuerto de Barajas con una tercera pista, en el contexto de una operación urbanística denominada ciudad aeroportuaria. La federación regional reseñada, además de advertir del grave impacto acústico que podría producirse en el corredor norte-sur que discurría por los municipios colindantes con Madrid, por su zona este, si se realizaba la citada ampliación, mostraba su malestar por la falta de transparencia informativa y de convocatoria a la colaboración ciudadana en la tramitación del proyecto.

Con posterioridad, la investigación realizada por la Institución del Defensor se centró en examinar el grado de cumplimiento de los condicionados establecidos por la declaración de impacto ambiental aprobada por Resolución de 10 de abril de 1996 de la Dirección General de Información y Evaluación Ambiental del citado Departamento. Estas condiciones, sin cuyo cumplimiento no podía entenderse producida la declaración favorable de impacto ambiental, se referían a los nuevos escenarios de demanda aeroportuaria de la ciudad de Madrid: a la necesidad de buscar alternativas de localización de un nuevo aeropuerto y a las medidas correctoras de ruidos que debían adoptarse. Desde el momento en que se produjo la citada declaración de impacto ambiental aumentaron sensiblemente las quejas recibidas en la Institución, motivadas por el aumento de la contaminación acústica en el entorno del aeropuerto, lo que parecía indicar que o bien las medidas correctoras adoptadas no habían resultado plenamente operativas, o no se habían adoptado todas las necesarias.

¹⁶¹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs. 1052-1053.

En este sentido, se recibieron quejas de vecinos de Fuente del Fresno, Los Alamos, Los Berrocales del Jarama y San Sebastián de los Reyes, afectados por este proyecto de ampliación. Igualmente, comparecieron los alcaldes de localidades limítrofes al aeropuerto, la comunidad de propietarios de una urbanización de Algete y una plataforma vecinal de San Sebastián de los Reyes, que remitió al Defensor del Pueblo las copias de aproximadamente diez mil escritos de reclamación dirigidos al Ministerio de Fomento. De ello se deduce que la decisión de ampliar el aeropuerto de Madrid-Barajas con una tercera pista ha tenido una significativa oposición en las poblaciones afectadas y que la viabilidad ambiental del proyecto está fuertemente condicionada a una serie de requisitos, cuya ejecución tiene que desarrollarse necesariamente a lo largo de varios años, lo cual se compadece con dificultad con una previsión de saturación del aeropuerto en el año 2010, lo que implica la necesidad de adoptar determinadas medidas que no pueden traducirse, al menos todas ellas, en resultados inmediatos.

En el informe solicitado a la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes del Ministerio de Fomento se hizo especial mención al contenido de la resolución de 10 de abril de 1996 de la Dirección General de Evaluación Ambiental del entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, por la que se formuló declaración de impacto ambiental sobre este proyecto de ampliación.

En dicha resolución se afirmaba que el proyecto podía ser ambientalmente viable, si se cumplían una serie de condiciones relativas a los siguientes aspectos: a) nuevos escenarios de demanda y a alternativas de nuevas localizaciones aeroportuarias; b) medidas correctoras del ruido que consistían en obras de insonorización, especialmente de viviendas, y en restricciones en determinadas operaciones de vuelo, bien por razón de los horarios, bien por razón de las zonas afectadas en las operaciones de aterrizaje y despegue.

La Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes analizó también en el informe, punto por punto, el grado de cumplimiento de cada uno de los condicionados establecidos en la citada resolución de impacto. El contenido de este informe es formalmente correcto, aunque algunos afectados, en comparencias posteriores, afirmaron que las medidas adoptadas podían resultar insuficientes en relación con sus expectativas. El Ministerio de Fomento afirmaba entre sus conclusiones: a) respecto a las medidas de aislamiento acústico de las viviendas más afectadas por la contaminación acústica, se comunicó que, una vez elaboradas las nuevas huellas de afección sonora, se comenzarían a tramitar por la comisión técnica correspondiente las solicitudes de aislamiento de los edificios; b) Sobre la modificación de las rutas de salida, se explicó que ya habían entrado en vigor los

cambios previstos en la declaración de impacto ambiental; c) respecto a las restricciones en las operaciones nocturnas, se habían prohibido las operaciones de las aeronaves incluidas en dichas restricciones entre las 24 y las 6 horas e, igualmente, se había restringido el uso del procedimiento denominado reversa, como modo de frenado, entre las 23 y las 7 horas, salvo para casos de estricta necesidad; d) en lo relativo a las medidas preventivas contra el ruido en el planeamiento territorial y urbanístico, se manifestó que no se había recibido ningún estudio o informe al respecto de las autoridades urbanísticas competentes, comunidad autónoma y ayuntamiento; e) se estaba cumpliendo la condición relativa al diseño de un programa operativo de seguimiento y control del ruido producido por las aeronaves; f) la comisión de vigilancia del ruido, constituida al efecto, estaba desarrollando sus funciones básicas; g) la comisión de protección civil de la Comunidad de Madrid había homologado el plan de emergencias aeronáuticas del aeropuerto Madrid-Barajas, elaborado por Aena.

Con posterioridad a la recepción del informe del Ministerio de Fomento acudieron al Defensor del Pueblo representantes de plataformas vecinales, una federación de asociaciones de vecinos y un Ayuntamiento, aportando diversa documentación, manifestando su disconformidad con las actuaciones de la Administración y exigiendo que se adoptasen otras medidas que completasen las descritas, para paliar los efectos de la grave contaminación acústica que, sufría un mayor número de localidades, como consecuencia de los cambios producidos en las rutas de despegue y de aterrizaje.

El 19 de noviembre de 1999, el Ministerio de Fomento aprobó, por Orden Ministerial, el Plan Director del Aeropuerto Madrid-Barajas con el fin de promover una nueva ampliación de sus instalaciones. Ello originó de nuevo la polémica y aumentaron los conflictos pues mientras diversos alcaldes de los municipios colindantes con la zona incluida en el plan, manifestaron su oposición a este proyecto y, de algún modo, se consideraron respaldados por la actuación del Ministerio de Medio Ambiente, que rechazó la memoria del plan director de Barajas porque no cumplía el requisito de presentar soluciones alternativas¹⁶², algunos afectados presentaron recursos en vía administrativa contra el plan director de Barajas y otros alcaldes de localidades concernidas por este nuevo proyecto de ampliación de

¹⁶² Las principales obras incluidas en el citado plan director tenía como objetivo la construcción de dos nuevas pistas y una terminal de pasajeros. La zona de servicio del Aeropuerto que se delimitaba comprendía una extensión de casi cuatro mil hectáreas. Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1999, págs. 497 – 499.

Barajas manifestaban su intención de oponerse al mismo mediante la interposición de un procedimiento judicial.

Llegados a este punto el Defensor del Pueblo aunque suspendió la posibilidad de reiniciar una nueva investigación, terminó reiniciándola como consecuencia de la modificación de la legislación en materia de evaluación de impacto ambiental de 1986, llevada a cabo por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, que incorporaba a nuestro derecho interno el contenido de la Directiva 97/11/CE, por la que se amplían las categorías de proyectos que deben ser sometidos a este procedimiento preventivo. Tan sólo se aprecia en la ley citada, como novedad frente al Real Decreto-ley del año 2000, que también modificó la legislación en materia de evaluación de impacto ambiental de 1986, la introducción de dos nuevos artículos, denominados 8 bis y 8 ter, los cuales tipifican las infracciones referidas a los proyectos privados, así como ligeras variaciones en el listado de proyectos sometidos a este procedimiento, tanto en el Anexo I, es decir los Proyectos que imperativamente deberán someterse a EIA, como en el Anexo II, es decir, los proyectos que sólo deberán someterse a EIA, cuando así lo decida el órgano ambiental, en función de los criterios del Anexo III.

La recepción de quejas relativas a la EIA como procedimiento instrumental que a su vez se inserta e integra dentro de otro procedimiento material o sustantivo, pone de relieve la contraposición entre la protección ambiental y la necesidad de acometer obras públicas e infraestructuras y cómo dicha contraposición ha de ponderarse de tal forma que unos derechos o intereses no se vean sacrificados o mermados en detrimento de otros, pues ni los derechos de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado o a ver protegida su salud y su entorno vital han de quedar anulados en beneficio de las grandes obras públicas, ni tampoco lo medioambiental es un valor absoluto que impida cualquier actuación pública o privada generadora de progreso económico y social.

Sobre estos extremos se reinició la investigación de la ampliación del aeropuerto de Madrid-Barajas y la construcción y puesta en funcionamiento de la tercera pista de despegue y aterrizaje en dicha instalación aeroportuaria¹⁶³. En esencia, la queja seguía poniendo de manifiesto la persistencia de las molestias derivadas del continuo tránsito de aviones que despegaban y aterrizaban en el aeropuerto de Barajas, el excesivo nivel de ruido producido por las aeronaves, la ausencia de medidas de aislamiento acústico en determinadas viviendas y

¹⁶³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2001, págs. 426 -427.

edificaciones incluidas en la zona de afección por el tránsito aéreo, el incumplimiento, en suma, de las condiciones establecidas en la declaración de impacto ambiental de 10 de abril de 1996.

La Comisión formada por los vecinos afectados y residentes en el barrio de la Estación de Coslada, AENA y el Ayuntamiento de Coslada, constituida en su momento para estudiar la posibilidad de traslado del barrio debido a la especial afección negativa que el tránsito aéreo produce en las viviendas de esta zona, no alcanzaba ningún acuerdo, persistiendo, no obstante, las enormes molestias derivadas del sobrevuelo de aeronaves. A su vez, las medidas correctoras de ruido incluidas en el Plan de aislamiento acústico de la ampliación del Aeropuerto de Madrid-Barajas exigido por la declaración de impacto ambiental y aprobado por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental por resolución de 4 de noviembre de 1998, no parecían satisfacer los requerimientos de los afectados. En relación con el control y vigilancia del ruido, la declaración de impacto ambiental obligaba al diseño de un programa operativo de seguimiento y control del ruido producido por las aeronaves y a la redacción de informes periódicos sobre el ruido, que previera la posibilidad de modificar las rutas de tal forma que se disminuyera en las zonas habitadas afectadas los altos niveles de ruido.

Teniendo en cuenta que las medidas que en su momento el Ministerio de Fomento trasladó al Defensor del Pueblo, podían haber quedado desfasadas a tenor del contenido de las quejas que se siguen formulando en el año 2001, se reinició la investigación en los extremos puestos de manifiesto con anterioridad y , en el informe de 2002 el Defensor del Pueblo afirmó que AENA había puesto en marcha una serie de medidas correctoras, tales como: restricciones operativas en la aeronaves, instalación de pantallas acústicas, modificación de las rutas de salida, financiación de aislamiento acústico en las viviendas. Pero los vecinos tacharon dichas medidas de ineficaces, puesto que realizadas nuevas mediciones de ruido, su resultado mostró unos niveles muy superiores a los permitidos. A juicio del Defensor, la constatación de los niveles de impacto acústico conferían a los propietarios de las viviendas afectadas el derecho a obtener financiación para dotarles de aislamiento suplementario.

Conviene recordar en este punto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a Estados parte en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 por la no adopción de medidas suficientes contra el ruido, lo que considera como infracción de la Convención por injerencia ilegítima en la vida privada y familiar y en el domicilio. Muestra de ello es el caso *Hatton c. Reino Unido*, Sentencia de 2 de octubre de 2001.

No debe inducir a confusión el fundamento de pronunciamientos como el citado, pues aunque la Convención de 1950 no reconoce expresamente el derecho a un medio ambiente adecuado, el Tribunal expresa rotundamente que un daño ambiental puede afectar a la calidad de vida digna y, en consecuencia, al derecho al disfrute de la vida privada reconocida en el artículo 8 de la Convención.

Aunque comienzan a desarrollarse instrumentos de corrección de la contaminación tan directos como la financiación pública de obras de aislamiento acústico en las edificaciones afectadas, sigue sin obtenerse una equivalencia clara entre contaminación e indemnización en el ámbito de las infraestructuras. Es general la recepción de informes administrativos con la argumentación *prior tempore potior iure*, es decir nada hay que indemnizar o disponer por la Administración ya que primero fue el aeropuerto y después se aproximaron a él las edificaciones. Frente a este criterio administrativo, la Institución del Defensor del Pueblo considera que no puede pretenderse tal prioridad por ser contrario a la realidad de que las edificaciones residenciales son legales si se ejecutan conforme al planeamiento urbanístico y a las licencias municipales, siempre que no haya habido en tiempo y forma la adecuada reacción de la Administración de aeroportuaria por posibles incumplimientos de la normativa y por ser contrario a la obligación de las Administraciones urbanística y de instalaciones aeroportuarias de mantener sus respectivos instrumentos de planificación debidamente coordinados¹⁶⁴.

Con motivo de la aprobación de la Ley del Ruido y de la recepción de unas treinta y cinco quejas, muchas colectivas, referidas de nuevo a aeropuertos y bases aéreas de titularidad estatal, concretamente las instalaciones de Madrid-Barajas, Sabadell, Torrejón de Ardoz, Zaragoza, San Javier, Rota y Cuatro Vientos el Defensor del Pueblo en el años 2003 decidió iniciar un informe general que tuvo como consecuencia la formulación de las siguientes recomendaciones que recaen sobre la planificación aeroportuaria; la evaluación de impactos y su corrección y la construcción, modificación y conservación de las infraestructuras aeroportuarias¹⁶⁵.

Al Ministerio de Fomento le recomienda la revisión de cuantos instrumentos de planeamiento carezcan de determinaciones válidas y efectivas sobre previsión, corrección y compensación del ruido aeroportuario; la supervisión del planeamiento urbanístico especial e inicio, normalmente con los ayuntamientos y participando las comunidades autónomas, de cuantas acciones de coordinación de instrumentos de

¹⁶⁴ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, pag. 1028.

¹⁶⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs. 1027-1053.

planificación sean necesarias para hacer concordar unos y otros; la publicación a la mayor brevedad de los mapas o afecciones acústicas resultantes de las actuales exposiciones al ruido existentes en todos los aeropuertos de titularidad pública estatal, hasta que se aprueben los mapas acústicos conforme a la Ley del Ruido. Dado el nivel de exigencia, no particularmente alto en cuanto a tramitación, el Defensor del Pueblo observa que deberían estar listos mucho antes de las fechas tope de 30 de junio de 2007 y 2012¹⁶⁶. En consecuencia con lo anterior le recomienda que procure la mejora efectiva y asiente plenamente del ejercicio de la potestad de control de tráfico para evitar las afecciones por ruido.

4.1.2.1.2. Las bases aéreas. Los peculiares planteamientos del Ministerio de Defensa

Por regla general, las quejas tramitadas por el Defensor del Pueblo de Cortes Generales muestran que el Ministerio de Defensa, escudándose impropiaemente en la inaplicabilidad a las Bases Aéreas de la normativa de aviación civil, pretende considerarse eximida del cumplimiento de los estándares ambientales, lo que es discutible en tiempo de guerra pero indiscutible en tiempo de paz. No se puede olvidar que el Ministerio de Defensa, como parte del poder estatal está sometido a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y por ello está vinculado a mantener una actitud respetuosa con el medio ambiente y los recursos naturales¹⁶⁷.

A juicio del Defensor del Pueblo, el Ministerio de Defensa habría de tener la iniciativa de incorporar medidas precautorias y aún indemnizatorias donde quiera que existan daños y perjuicios que un tercero no tenga la obligación jurídica de soportar. Y un vecino no tiene el deber de soportar niveles de ruido superiores a los permitidos si su vivienda se ha edificado conforme a la licencia de obras y al plan urbanístico y éstos no han sido debidamente impugnados por la Administración.

Muestra de ello son las quejas que tienen por asunto las maniobras de aproximación y despegue de la base aérea de Zaragoza y la base militar de Torrejón de Ardoz.

¹⁶⁶ Disposiciones transitoria tercera y adicional primera de la Ley del Ruido. El calendario de la disposición adicional segunda de la Ley del Ruido aconseja recomendar que no agote los plazos de elaboración y aprobación de los mapas de ruido de los grandes ejes y aglomeraciones (2007 a 2012); tampoco los plazos sobre los planes de acción correspondientes a los anteriores, para lo que dispone de más de un año adicional (2008 y 2013).

¹⁶⁷ Al respecto vid. MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, “*Medio ambiente y fuerzas Armadas*”, RAAP, número 50, 2003, págs. 185 – 200.

Las *quejas* 0024867, 0001930 y 0021464 son las relativas a la investigación por el funcionamiento de la base aérea de Zaragoza¹⁶⁸. De acuerdo con la normativa vigente sobre servidumbres aeronáuticas establecidas en la ley de navegación aérea y en su normativa de desarrollo, la Administración local, directamente implicada en el diseño y planificación urbanística de su territorio, debió tener en cuenta las limitaciones que dichas servidumbres aeronáuticas imponían sobre determinadas zonas del territorio y, en concreto, la imposibilidad de autorizar construcciones, instalaciones o plantaciones en los espacios y zonas afectadas por las mismas sin previa resolución favorable del Ejército del Aire.

El hecho de no haber aplicado estas previsiones al planeamiento ha traído consigo que gran parte de las edificaciones existentes en la actualidad en el entorno de la base aérea de Zaragoza incumplen la normativa en vigor relativa a las alturas máximas edificables en las áreas de aproximación, así como lo dispuesto en los distintos decretos de servidumbres aeronáuticas, y la normativa sobre la existencia de emisiones radioeléctricas. Las molestias que ocasiona el tránsito aeroportuario impiden a los afectados llevar una vida digna, al margen de las condiciones de peligrosidad en las que incurre el vuelo de las aeronaves, debido a que las edificaciones sobrepasan las alturas máximas edificables en las áreas de aproximación, haciendo imposible, por otra parte, la modificación de las sendas de aproximación y despegue de las aeronaves si se quiere mantener la seguridad de vuelo, de acuerdo con la normativa de la organización de la aviación civil internacional.

Las *quejas* 0021464, 0026935, 0026898, 0026806, 0026936, 0026871, 0101019, 0100156, 0100087, 01000086 y 0100047 son las relativas a la base aérea militar de Torrejón de Ardoz¹⁶⁹. En este caso el Ministerio de Defensa ha invocado la inexistencia de una regulación sobre servidumbres acústicas y la inaplicabilidad de las reglas civiles a las bases y operaciones aéreas militares. En particular, pretende la inaplicabilidad al Ejército del Aire de las reglas sobre servidumbres impuestas en razón de la navegación aérea civil, entre las que deben incluirse las acústicas. Pero la Institución del Defensor del Pueblo considera que la normativa sobre servidumbres aeronáuticas¹⁷⁰, permite fácilmente interpretaciones contrarias al derecho a un

¹⁶⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2000, pag. 314.

¹⁶⁹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2002, págs. 802 – 810.

¹⁷⁰ Ley 40/1960 de Navegación Aérea y Decreto 584/1972 de 24 febrero.

ambiente adecuado y a las competencias propias de los municipios en la ordenación urbanística.

El Ministerio de Defensa no daba cuenta del ejercicio efectuado de las funciones de inspección y vigilancia del Ejército del Aire; como tampoco de ninguna resolución de la Administración militar impeditiva de la realización de las construcciones residenciales inmediatas a la Base Aérea de Torrejón. Dicho de otro modo, el Ministerio de Defensa da a entender que se construyeron viviendas cercanas a la Base Aérea sin su conocimiento, lo que obviamente no había podido ocurrir. Por otro lado, es muy clara la regulación contenida en la Ley 48/1960 acerca de la responsabilidad por daños, entre los que se encuentra el ruido sin duda alguna en el artículo 4 y el artículo 119, por ejemplo, lo mismo que las exigencias contenidas en la Ley 38/1972 de protección del ambiente atmosférico; por citar sólo disposiciones legales relativamente antiguas, anteriores en todo caso a las modernas medidas legislativas, europeas y españolas de protección contra el ruido.

Con ello el Defensor del Pueblo pone claramente de manifiesto que la prevención y corrección del ruido no pueden ser considerados asuntos ajenos a la Defensa. Y en consecuencia, no resulta aceptable la afirmación de que el Ejército del Aire no está obligado a realizar mediciones de exposición al ruido en lugares habitados próximos a una Base Aérea. La obligación de los poderes públicos, impuesta por la Constitución, de velar por la utilización racional de los recursos con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, es exigible al Ejército del Aire con normalidad.

Por ello el Comisionado Parlamentario de las Cortes Generales recomienda a la Administración militar que incluya en su reglamentación, en los pliegos de prescripciones técnicas generales y particulares de sus proyectos de obras, en los planes y programas, las disposiciones necesarias para determinar la exposición al ruido ambiental (mapas de ruidos) según métodos de evaluación comunes; que ponga a disposición de la población la información sobre el ruido ambiental del entorno de las bases aéreas; y que adopte planes de acción en consecuencia, preventivos, reductores y reparadores de los efectos adversos del ruido ambiental generado; que incluya las anteriores medidas, si no es el caso de construcción o modificación, en los apartados de conservación y mantenimiento de las instalaciones; que acelere la puesta en práctica de sus previsiones sobre adquisición de equipos para iniciar inmediatamente y sin demora los trabajos con vista a elaborar enseguida el mapa de ruidos de las bases aéreas, la huella sonora de cada modelo de avión en plantilla, y de todos los posibles focos sonoros contaminantes. Todo ello en orden a concretar, en el

nivel práctico, que la Administración militar está actuando para dar solución pronta y eficaz a los ruidos que produce su actividad aeronáutica.

En secuencia con lo anterior, le recomienda que no se considere eximido de adoptar medidas alternativas a su cargo si, para coordinar los medios y redefinir en lo posible las operaciones de aproximación y despegue, estas últimas resultaran inviables por afectar a la operatividad; que se atenga y utilice las definiciones del artículo 3 de la Ley del Ruido, principalmente las de área acústica, contaminación acústica, emisor acústico, gran aeropuerto, objetivo de calidad acústica y zonas de servidumbre acústica; que afronte la contaminación en todas las áreas acústicas que corresponda, que considere las actividades de la defensa nacional como vinculadas a las áreas acústicas en el sentido de que éstas existen y rodean sus instalaciones, aunque no tenga que plegarse estrictamente a los procedimientos de la Ley del Ruido; que determine las acciones prioritarias si la actividad supera los valores límite, tanto de emisión como de inmisión, o no cumple los objetivos de calidad correspondientes al área, y que proteja las zonas tranquilas mediante un plan de acción conforme a un mapa de ruido, con la publicidad que permite la Ley 38/1995, artículo 3.1.d, de acceso a la información ambiental¹⁷¹.

4.1.2.2. Las infraestructuras de comunicación terrestre

Las obras de ejecución y apertura de la vía interurbana M-40, construida sobre la base del Convenio celebrado entre el entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, la Comunidad Autónoma de Madrid y el Ayuntamiento de la capital, motivaron diversas denuncias, básicamente sobre los efectos medioambientales y la inseguridad producidos por la mencionada vía. Dado que el proyecto de ejecución y financiación de la M-40 era el resultado de un convenio suscrito entre las tres Administraciones públicas por cuyo territorio atraviesa la citada vía, el Defensor del Pueblo enfocó la presente queja desde una perspectiva tridimensional, es decir, solicitando informe de las tres Administraciones implicadas¹⁷².

Desde el punto de vista medioambiental, dos han sido los tramos que, singularmente, han dado lugar a la formulación de quejas: la travesía de la M-40 por

¹⁷¹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs 1048 y 1049.

¹⁷² El Defensor del Pueblo celebró entrevistas con los representantes de la Administración estatal, autonómica y local en orden a paliar los efectos menos deseables de la autovía. En concreto y dado que el convenio suscrito para la financiación y ejecución de la M-40 había creado una Comisión mixta de seguimiento y control del proyecto y obras, la investigación se efectuó a través de la mencionada comisión. Ver Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, págs. 734 – 736.

el barrio de San Lorenzo y el proyecto de ejecución de obra de la indicada vía entre las carreteras nacionales V y VI, cuya denominación técnica es “Distribuidor oeste – Tramos: Enlace de El Barrial en la A-6 - Enlace de Montepríncipe en la M 511 – Enlace con la N-V y con el distribuidor Sur”.

El nivel de ruidos producido por el tráfico, principal cuestión que afectaba al Barrio de San Lorenzo, según los formulantes, era superior al que exige una mínima calidad de vida, no habiéndose paliado por la plantación de especies vegetales de hoja caduca. En cuanto al proyecto de ejecución del tramo que debía unir las carreteras nacionales V y VI, se sostenía por los interesados que el estudio realizado por la Dirección General de Carreteras de la Comunidad Autónoma de Madrid, que había servido de base para la evaluación y declaración de impacto ambiental por la Agencia de Medio Ambiente de la misma comunidad, debió realizarse por los órganos homólogos de la Administración del Estado al tratarse de una carretera de competencia estatal. La cuestión tomaba su importancia, según alegaban los formulantes, de la insuficiencia del aludido estudio conforme a las exigencias de los artículos 2 a 5 del Real Decreto Legislativo 1302/86 de Evaluación de Impacto Ambiental y Reglamento para su desarrollo de 1988, por lo que no quedaban paliados los impactos por emisiones de contaminación acústica que el proyecto conllevaba.

Las respuestas recibidas fueron de índole muy diferente. Así, y por lo que se refiere al ámbito de problemas propios del barrio de San Lorenzo, mientras la Consejería de Política Territorial de la Comunidad de Madrid afirmaba que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes y el Ayuntamiento de la capital eran las Administraciones competentes por razón de la materia para enviar el informe solicitado, el Ayuntamiento de Madrid señalaba que era el citado Ministerio quien debía cumplimentar la información requerida ya que era el encargado tanto de la redacción del proyecto, como de la dirección y financiación de las obras, mientras que al propio Ayuntamiento sólo le correspondía, de acuerdo con el convenio, la cesión de suelo.

Sólo el Ministerio de Obras Públicas y Transportes contestaba de un modo pormenorizado sobre su actuación en los siguientes términos: Se habían efectuado mediciones del nivel de ruidos y como resultado de los mismos el Ayuntamiento de Madrid había convocado un concurso para la redacción de un proyecto para la instalación de pantallas antirruídos en el tramo próximo al barrio de San Lorenzo. El anuncio del concurso se había publicado en el BOE del día 20 del mes de septiembre. En cuanto a la posible insuficiencia del estudio de impacto ambiental e incompetencia de la Agencia de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid para

efectuar su declaración en el proyecto que unía a las CN-V y VI, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes informó que según el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 1302/86 y el Real Decreto 1131/88, que desarrolla el artículo 4 del mismo Texto Legal, el órgano competente para formular la preceptiva declaración de impacto ambiental era aquel que ejerciera las funciones ambientales en la Administración pública donde residiera la competencia sustantiva para la realización o autorización del proyecto, esto es, en el caso que nos ocupa en la Comunidad de Madrid.

Las respuestas recibidas, con independencia de su valoración concreta, ponían de manifiesto la existencia de problemas reales, especialmente de índole medioambiental, en los cuales se veía afectada la competencia de los tres entes territoriales, quienes no formulaban en todo caso juicios convergentes sobre el ámbito de la propia responsabilidad y de la de las otras Administraciones concernidas¹⁷³.

Ahora bien, en la medida en que las obras de financiación y ejecución de la M-40 son el resultado de un convenio suscrito por tres Administraciones públicas no parece que pueda soslayarse que el resultado final de la obra sea, en cierta medida, imputable a todas y cada una de ellas.

En el informe técnico que el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas había elaborado y que el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente envió al Defensor del Pueblo, entre todas las medidas correctoras posibles, sólo una se mostraba capaz de reducir el nivel de ruido por debajo del límite citado: la cobertura parcial de la calzada.

En consecuencia, el Defensor del Pueblo formuló una recomendación dirigida a las tres Administraciones públicas suscriptoras del convenio para la financiación y ejecución de las obras de la M-40, a fin de que comprometiesen los recursos financieros suficientes para, dentro de la coordinación prevista en el convenio para la ejecución y financiación de las obras de la M-40, se llevasen a cabo las obras de cobertura parcial de la calzada de la M-40 a su paso por el barrio de San Lorenzo, de modo que el nivel de intensidad acústica sobre las viviendas, provocado por el tráfico rodado, no excediese de los 65 dB (A) durante el día ni de los 55 dB (A) durante el horario nocturno. Tal recomendación sintonizaba con las propuestas que en ese momento efectuaba la Dirección General de Carreteras, por lo que no sólo fue

¹⁷³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1994, pag. 636.

inmediatamente aceptada, sino que la citada dirección general remitió al Defensor del Pueblo el borrador de la orden de estudio y el pliego de licitación de un concurso de proyecto de cobertura de la autovía¹⁷⁴.

4.1.3. Quejas de Oficio sobre el consumo de bebidas en las vías públicas

En estos tiempos asistimos inactivos o cuasi-inactivos al despegue y consolidación de comportamientos humanos, espontáneos unas veces e incentivados otras, que no son fácilmente encajables en el término de actividad social normalizada, que son difícilmente medibles por su variedad en el tiempo y en el espacio, que provocan excesivos ruidos en determinadas zonas y que exige, sin duda, una actitud decisiva de las autoridades y de la sociedad. Nos referimos a los movimientos callejeros, “las movidas”, en torno a bares, pubs, discotecas, terrazas de verano, etc. Que se producen con el consentimiento evidente de la autoridad, que tiene la obligación de impedirlo sin esperar a las continuas denuncias.

Unas veces, las aglomeraciones, que se sitúan en lugares céntricos de la ciudad o en barrios anexos, son ajenas a estos establecimientos pues traen su causa

¹⁷⁴ En relación con el impacto sonoro de las infraestructuras y la compensación de los colindantes con ellas la Sentencia de 7 de mayo de 2002, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS de la que fue Ponente Jesús Ernesto Peces Morate, resolvió el recurso de casación interpuesto por Comunidad de Propiedad del Edificio Náutico de Fuengirola, contra la sentencia pronunciada, con fecha 26 Marzo de 1997 por la Sala 3ª del TSJ Andalucía, con sede en Málaga, en el recurso Contencioso-administrativo núm. 950/1991, sostenido por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios del Edificio Náutico de Fuengirola contra los acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Málaga, de fechas 19 Abr. 1991 y 23 Nov. 1990, por los que se fijó en 4.183.200 ptas., incluido el cinco por ciento de afección, el justiprecio de la finca A, afectada por la construcción de la Autovía de la Costa del Sol-Málaga-Algeciras, expropiada por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. EDJ 2002/16770.

La cuestión a resolver en el caso se circunscribió a fijar la indemnización como consecuencia del impacto sonoro que causó la construcción de una autovía en los elementos comunes del edificio de la comunidad de propietarios recurrente. Conviene limitar la pretensión a los elementos comunes porque, de lo contrario, dicha comunidad de propietarios carecería de legitimación para accionar en favor de cada uno de los copropietarios titulares de viviendas en el edificio en régimen de propiedad horizontal, quienes se habrán visto más o menos afectados por la inmisión de los ruidos de la autovía dependiendo de la situación de sus respectivas viviendas en el inmueble, resultando completamente gratuito sostener, como hizo el perito procesal, que todas las viviendas habían experimentado idéntica depreciación. Pues bien, la apreciación que de dicha prueba hace la Sala de instancia debe compartirse para descalificar las conclusiones del Informe pericial, de modo que ha de partirse del hecho, expresamente admitido en la sentencia recurrida, de que la construcción de la autovía ha supuesto un incremento de ruidos que incide negativamente en los elementos comunes de la finca. Pues bien, la indemnización por tal perjuicio debe venir representada, como también lo entendió el Tribunal *a quo*, por el importe de los gastos de la construcción de unas pantallas protectoras que aislen del ruido proveniente de la autovía.

en bebidas autosuministradas¹⁷⁵. Pero, en la mayoría de los casos está comprobado que la aglomeración de personas en la vía pública a altas horas de la madrugada se debe, en gran medida, a que los bares, pubs, discotecas, terrazas de verano antes mencionados, permiten que las bebidas adquiridas dentro del establecimiento se consuman fuera sin reparar en los daños a terceros, físicos y psíquicos.

Con ello se elude la posible responsabilidad del establecimiento por incumplimiento de las condiciones de adecuación a la actividad que desarrolla. Para paliar esta omisión de responsabilidad, puesta de manifiesto por el profesor BEATO ESPEJO¹⁷⁶, el Defensor del Pueblo Andaluz propuso que se prohibiera el consumo de bebidas alcohólicas en el exterior de los establecimientos recreativos y otros establecimientos autorizados para su venta y consecuentemente que se considerara responsable de esta infracción al titular del establecimiento que permitiera la salida al exterior de las bebidas, ya fuera en vasos o botellas¹⁷⁷.

Este planteamiento del Defensor del Pueblo Andaluz hecho en la primera quincena de octubre de 1994 coincide con la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de ese mismo año. La sentencia mencionada, dictada por la Sala 3ª, sección 6ª del Tribunal Supremo, conoce en apelación de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de mayo de 1990. Esta Sentencia fue dictada con motivo del recurso interpuesto contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de fecha 21 de octubre de 1988, que acordó la incoación de expediente sancionador y medida cautelar de cierre del establecimiento. Tanto la Sala *a quo* como la sala *ad quem* reconocieron el hecho de

¹⁷⁵ Vid. BEATO ESPEJO, Manuel, “*El medio ambiente como bien jurídico colectivo. El ruido callejero como actividad molesta. Derecho a un medioambiente silencioso y pacificador*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente número 148, 1996, págs. 115-146.

¹⁷⁶ Vid. BEATO ESPEJO, Manuel, “*El medio ambiente urbano y la convivencia ciudadana: El ruido por el consumo de bebidas en la vía pública (Sentencia de la Sala 3ª del TS de 18 de octubre de 1994, dictada en apelación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de mayo de 1988)*” RAP número 139, 1996, págs. 171-193. El hecho sustancial de la sentencia mencionada se centra en la importancia del motivo que dio causa al expediente administrativo impugnado, cual fue “*haberse vendido bebidas alcohólicas para su consumo en el exterior próximo de un establecimiento, sin tener autorización para ello, con la consiguiente alteración de la normal convivencia ciudadana*”. Lo destacable en el expediente sancionador no es la falta de licencia para realizar la actividad propia de un bar, sino que el titular de la actividad permita o no trate de impedir el consumo de las bebidas adquiridas en el establecimiento fuera del mismo, y, sobre todo, que como consecuencia de la actividad se altere la normal convivencia ciudadana.

¹⁷⁷ Vid. MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, Jesús, “*Medio ambiente urbano (ruidos y actividades molestas). Balance de la experiencia y actuaciones del Defensor del Pueblo Andaluz ante la problemática*”, IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, págs. 99 – 124. Alicante, 5, 6 y 7 de octubre de 1994.

que el expediente sancionador se acordó incoarlo “*porque... se expendían bebidas alcohólicas para su consumo en el exterior del establecimiento sin estar autorizado para ello*”¹⁷⁸. El hecho, por tanto, consistía en el desarrollo de actividades para la que no estaba autorizado el establecimiento. En aquel momento la norma aplicable era el Reglamento General de Policía de Espectáculo Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por el RD 2816/1982, de 27 de agosto, que no tipificaba expresamente como infracción que el titular de la actividad permitiera que las bebidas adquiridas dentro del local se consumieran en el exterior por un tercero.

La ausencia de tipificación se justificaba por el profesor BEATO ESPEJO¹⁷⁹, en que estábamos ante acontecimientos sociales nuevos, de imposible previsión expresa por la norma aplicable, pero que en definitiva el empresario con su actuación creaba un riesgo del que dimanaba un daño determinante de una responsabilidad y, por consecuencia, una infracción¹⁸⁰. Por tanto, el hecho en sí tenía efectos negativos claramente constatados, pero se hallaba insuficientemente regulado lo que hacía necesario consideraciones jurídicas de orden distinto que permitieran poner en juego todos los valores dignos de protección. Es necesario no olvidar que nos hallamos ante fenómenos sociales que exigen actuaciones apropiadas de los operadores jurídicos, ya que una actuación que lesiona derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, por tener una descripción insuficiente en la norma tipificadora, no puede quedar impune frente a una sociedad sacrificada por los autores del hecho y por la inactividad de sus representantes legisladores.

El juego interpretativo de preceptos hacía considerar que la admisión de concurrentes o usuarios al establecimiento en número superior al permitido como aforo, tipificada en el artículo 81.24, podía llevar tanto a la alteración del orden en el local, infracción del artículo 81.29, como a la alteración del orden fuera del mismo, en la calle, quebrando el derecho al descanso de los vecinos de la zona. La relación

¹⁷⁸ Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia de la Sala 3 del TS de 18 de octubre de 1994. Ponente Manuel Goded Miranda, EDJ 1994/8221.

¹⁷⁹ Vid. BEATO ESPEJO, Manuel, “*El medio ambiente urbano y la convivencia ciudadana: El ruido por el consumo de bebidas en la vía pública (Sentencia de la Sala 3ª del TS de 18 de octubre de 1994, dictada en apelación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de mayo de 1988)*” RAP número 139, 1996, págs. 171-193

¹⁸⁰ Vid. DE LA MORENA y DE LA MORENA, L. “La potestad sancionadora de la Administración en materia de horarios”, *Tapia*, octubre, 1991, pag. 14. Este autor, partiendo de una idea compartida por todos, cual es, que la Administración está abocada a la protección del interés general, afirma que frente a un daño ya producido o a un riesgo cierto, inminente y grave, “podrá –deberá” adoptar las medidas de seguridad que considere necesarias para asegurar el sosiego de los ciudadanos.

causal entre la actividad prohibida y el daño producido a través del riesgo creado, constituye en sí la infracción. Su prueba no es tarea fácil, pero la conexión del resultado constatado con la permisón del consumo de bebidas en el exterior, por acción u omisión, es evidente. Como señala el artículo 59.2 de la norma citada, el público debe mantener la debida compostura y evitar en todo momento cualquier acción que pueda producir peligro o malestar. Son obligaciones impuestas tanto al usuario como al empresario como a la propia Administración pública¹⁸¹.

Como resultado de la labor interpretativa, la infracción está debidamente tipificada dentro de los supuestos previstos en el artículo 81 del Reglamento General de Policía de Espectáculo Públicos y Actividades Recreativas, aunque no conste de modo concreto. Así lo reconoció la Sentencia apelada porque la empresa ha de vigilar el debido cumplimiento de la actividad para la que está autorizada e impedir el exceso, que en este caso está en que el consumo de las bebidas se realiza fuera del establecimiento. Y, por supuesto, la Autoridad competente ha de sancionar su incumplimiento para no convertirse en coautor del hecho.

En nuestros días, mostrando sintonía con una recomendación del Defensor del Pueblo Andaluz, dicha prohibición del consumo ya ha sido expresamente reconocida por ley en algunas Comunidades Autónomas, la primera de ellas en contemplar dicha medida fue Castilla y León¹⁸² a la que le siguió Cantabria¹⁸³, Valencia¹⁸⁴, Murcia¹⁸⁵, Canarias¹⁸⁶, Aragón¹⁸⁷, Madrid¹⁸⁸ y, la más reciente, Extremadura¹⁸⁹.

¹⁸¹ STS de la Sala 3ª, de 10 de abril de 1992: “*La hora de cierre del establecimiento es de obligado cumplimiento y obliga especialmente al titular del local más que a los clientes, y, si estos, a requerimiento de aquel no lo cumplen, tiene el encargado del local suficientes medios, incluso coactivos, para imponer su cumplimiento*”. Ponente Francisco José Hernando Santiago, EDJ 1992/3548.

¹⁸² Artículo 23.1 y 5,g de la Ley 3/1994, de 29 de marzo, de Prevención, Asistencia e Integración Social de Drogodependientes.

¹⁸³ Ley 5/1997, de 6 de octubre, de prevención, asistencia e incorporación social en materia de drogodependencias, artículo 23 apartado 4 y apartado 6.

¹⁸⁴ Ley 3/1997, de 16 de junio, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos, art. 18.

¹⁸⁵ Ley 6/1997, de 22 de octubre, sobre drogas, para la prevención, asistencia e integración social en su artículo 16. Limitaciones y prohibiciones.

¹⁸⁶ Ley 9/1998, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias; artículo 20 relativo a las Bebidas alcohólicas.

¹⁸⁷ Ley 3/2001, de 4 de abril, de prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias; artículo 12 relativo a las prohibiciones.

¹⁸⁸ Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos; artículo 30.

¹⁸⁹ Por último la Ley extremeña 2/2003, de 13 de marzo, de la convivencia y el ocio; artículo 15.

El ruido producido por la “movida” es una de las cuestiones más tratadas en el presente y en el pasado reciente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Ello se pone de manifiesto en los numerosos comentarios a sentencias que encontramos en las revistas especializadas de nuestra rama del derecho¹⁹⁰. Pese a que este epígrafe tiene por objeto el consumo de bebidas en la vía pública y en un principio parecería procedente analizar tanto los comentarios de la doctrina como las últimas resoluciones judiciales, no lo vamos a hacer por el momento sino que lo vamos a posponer hasta que tratemos las quejas relativas a los establecimientos y locales de actividades recreativas. Ello es así porque la visión del problema sería parcial ya que el fenómeno de la “movida” está íntimamente ligado al incumplimiento de los horarios de cierre, a la ubicación de los locales, a las actitudes incívicas de los titulares de las actividades, a la pasividad y a la falta de medidas efectivas adoptadas por la Administración.

Lo que sí vamos a analizar en este epígrafe es la primera actuación de oficio que llevó a cabo el Defensor del Pueblo Andaluz en 1991 para hacer un diagnóstico de la realidad. Vamos a ver cómo se llevó a cabo esta actuación, cuáles fueron las deficiencias que pusieron de manifiesto las distintas Administraciones públicas implicadas y cuáles fueron las valiosas propuestas que formuló el Comisionado Parlamentario Autonómico.

Lo primero que hay que decir es que temprana fue la sensibilidad que demostró el Defensor del Pueblo Andaluz sobre el problema del consumo de bebidas en la vía pública, acrecentado en la Comunidad Autónoma por las favorables condiciones climatológicas que incitan a un mayor esparcimiento y diversión en la calle. Esta inquietud dio lugar a la actuación de *oficio* 241/91. Las actuaciones se realizaron en el municipio de Sevilla y se concretaron en la celebración de diversas reuniones con representantes de la Delegación de Gobernación, Áreas Municipales de Medio Ambiente, Urbanismo y Policía Local de ese Ayuntamiento así como de la

¹⁹⁰ Vid GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, “*El ruido: la Sentencia del TSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997*”, REALA número 276, 1998, págs. 233-234. Vid. BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, “*La movida Juvenil: La sentencia del Tribunal superior de justicia de Andalucía (Sala de Sevilla) de 11 de Septiembre de 1998*”, REALA número 277, 1998, págs. 191-203. ACOSTA GALLO, Pablo, “*Ruidos nocturnos por afluencia masiva de público a locales de ocio e intervención municipal (la STSJ de I.B. de 29 de julio de 1999)*”, REALA número 282, 2000, págs. 283-296. Vid. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “El ruido: una pesadilla del Justicia”, [http://www.iustel.com/revistas/detalle_Revista.asp nº. 2 \(2003\)](http://www.iustel.com/revistas/detalle_Revista.asp_nº_2_(2003)); REQUENA LÓPEZ, Tomás, MARTÍN MORALES, Ricardo, GUILLÉN LÓPEZ, Enrique “El régimen constitucional de la movida” Grupo Editorial Universitario, 2001. Vid. PINEDO HAY, Jorge “El ruido del ocio”; Editorial Bosch, 2001.

Delegación del Gobierno en Andalucía, en consideración a que los problemas que se originan con este fenómeno “masivo” afectan a los ámbitos competenciales de las distintas Administraciones Públicas referidas¹⁹¹. Destacamos en esta fórmula de trabajo llevada a cabo por el Defensor del Pueblo Andaluz su innegable y valiosa tendencia a la concertación y comunicación entre las Administraciones Públicas con competencia en las situaciones conflictivas.

La primera reunión se celebró el día 22 de Enero de 1991. En este primer contacto se expuso la problemática suscitada en cada Servicio Municipal, en la Delegación de Gobernación y respecto de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto al ejercicio de las funciones correspondientes asignadas y en cuanto a la realidad social del problema.

Ya en 1991 el Defensor del Pueblo Andaluz denunciaba que las molestias ocasionadas por estos establecimientos, principalmente por ruidos, representan un grave problema urbano, que en determinadas zonas altera la normal convivencia ciudadana, al afectar a la calidad de vida cotidiana y a la salud de las personas tanto en el aspecto fisiológico como psíquico, sobre todo ante la persistencia de algunas situaciones de grave contaminación acústica nocturna. Denunciaba también que el problema es complejo, en la medida en que no se trata sólo de reprimir las conductas de los propietarios de los bares que no se ajusten a la normativa, sino del público asistente o consumidor en estos establecimientos, que debido a su ingente número resulta inidentificable en la mayoría de las veces. Desde hace trece años, el Defensor del Pueblo Andaluz viene denunciando que las agresiones sonoras originadas por “la movida” provocan tensiones sociales entre los propietarios, público y vecindario de la zona afectada, que en casos puntuales han exigido la intervención de fuerzas de orden público, locales o nacionales.

La segunda reunión tuvo lugar el 5 de Febrero de 1991 y en ella se entregó por los representantes del Área Municipal de Medio Ambiente un documento, elaborado conforme a lo acordado en la primera reunión, donde se proponía la adopción de unas medidas a corto plazo y otras a más largo plazo, así como actuaciones complementarias de otros organismos competentes. En dicha reunión, se pusieron de manifiesto varias circunstancias, entre ellas: la falta de medios personales y las deficiencias observadas para el ejercicio de las competencias atribuidas a las distintas Administraciones Públicas. La Delegación de Gobernación

¹⁹¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1991, págs. 440 – 452.

manifestó que no disponía de personal adecuado para el control, vigilancia y sanción, por incumplimiento de horarios de cierre de establecimientos, principalmente para la ejecución de sanciones y para realizar las inspecciones en horario nocturno. El Ayuntamiento, concretamente el Área de Medio Ambiente y Disciplina Urbanística, alegó como principales problemas la lentitud en la tramitación administrativa de los expedientes sancionadores y la falta de medios personales para hacer un seguimiento continuado de la adecuación de las actividades a las licencias concedidas. Por su parte, la Policía Local, argumentaba la insuficiencia de personal para dedicarse a estas tareas de vigilancia y ejecución de medidas sancionadoras, mientras que el representante de la Delegación del Gobierno alegaba falta de coordinación entre la Policía Local y la Policía Nacional en cuanto a la prestación de servicios por llamadas telefónicas de ciudadanos. Posteriormente se mantuvieron reuniones en las que se continuó cambiando impresiones sobre las medidas, y soluciones posibles¹⁹².

El Defensor del Pueblo Andaluz dirigió a cada uno de los órganos administrativos antes mencionados una serie de sugerencias que si bien no servían para resolver definitivamente la situación, sí servían para paliarla, a corto plazo, en determinadas zonas conflictivas y a planificar, a medio o largo plazo, las actuaciones urbanísticas futuras.

Al Delegado de Gobernación le dirigió las siguientes sugerencias:

- Necesidad de agilizar la tramitación de los expedientes sancionadores, en materia de horarios en los que interviniera la Policía Local y Nacional, los servicios municipales correspondientes y administrativos de la Delegación.
- La idoneidad de la colaboración de técnicos de la entonces Agencia de Medio Ambiente, en las actividades municipales de comprobación e inspección de actividades generadoras de ruidos.
- El ejercicio supletorio de las competencias inspectoras y sancionadoras previstas en el artículo 39 del Reglamento de Actividades Molestas, en caso de inactividad municipal, dentro del respeto al principio constitucional de autonomía municipal.

¹⁹² Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz que lleva por Título “Contaminación acústica en Andalucía derivada de actividades recreativas y consumo de bebidas en las vías públicas”, mayo 1996. Ver págs. 139 – 147.

- La aprobación de una nueva legislación autonómica en materia de espectáculos y establecimientos públicos, que por un lado diera cobertura legal a las infracciones y sanciones sobre horarios de cierre de establecimientos públicos y otras, así como se actualizara y adaptaran aquellos aspectos de la normativa entonces vigente, fundamentalmente, Reglamento de Actividades de 1961, y Reglamento de Espectáculos de 1982, que estaban obsoletos o desfasados¹⁹³.
- Que se Incrementara la utilización y aplicación del principio de coordinación administrativa entre las distintas Administraciones Públicas afectadas.

Por su parte, al Ayuntamiento de Sevilla le formuló las siguientes sugerencias:

- Mayor coordinación administrativa y eficacia en las actuaciones correspondientes.
- Fijación de los objetivos y las prioridades para la actuación municipal en sectores determinados donde el problema sea más grave.
- Aprobación de un Bando de la Alcaldía y, en su defecto, Ordenanzas Municipales, como pilar fundamental, para recordar a los propietarios y usuarios las obligaciones creadas en la Ordenanza Municipal, y desarrollo de cualquier actividad ejecutiva prevista por la propia Ordenanza.
- Mayor control municipal permanente sobre la marcha de la actividad de que se trate, ya sea por ineficacia de medidas correctoras aplicadas u otras similares, o por motivos externos como variaciones en el contorno del local, aproximación de nuevas edificaciones, etc.
- Adopción de medidas a corto plazo tales como: Potenciar los servicios policiales en horario nocturno para el control de ruidos, creando unidades específicas de la Policía Local; Efectuar comprobaciones periódicas de los Decretos de Clausura y precintado de establecimientos y de los aparatos de música; Realizar comprobaciones preventivas antes de autorizar el inicio de

¹⁹³ Con posterioridad a dicha recomendación se aprobó la Ley 13/1999, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía y el Decreto 78/2002 de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

la actividad, sobre el correcto nivel de insonorización de los locales de ocio; Aprobación de normas de planeamiento urbanístico, al objeto de prevenir la contaminación acústica derivada de la afluencia de público a estos establecimientos cuyos usos se compatibilicen en los planes. A estos efectos sugería que se limitara la concesión de licencias urbanísticas para locales generadores de tal contaminación, que se pretendieran ubicar en zonas residenciales, y con mayor rigor en las zonas en que existiera una saturación de estos establecimientos. Para coadyuvar a lo anterior, era necesario que los Ayuntamientos elaboraran mapas sonoros del municipio que sirvieran de información para cualquier estudio urbanístico, al igual que existen en materia de abastecimiento de aguas, saneamiento, etc. También sugería que se desagruparan los lugares de ocio y que se intercambiar estos usos con los terciarios.

Por último, al Delegado del Gobierno de Andalucía le sugirió:

- Extremar el cumplimiento de los principios de coordinación y eficacia administrativa que deben informar la actuación de todas las Administraciones Públicas. Esta coordinación se debería manifestar, tanto en las relaciones con las unidades municipales competentes en la materia, Policía Local y Medio Ambiente, como con la Delegación de Gobernación; y entre los propios componentes de las Fuerzas de Seguridad.
- Incrementar la colaboración y cooperación de la Policía Nacional en la inspección de locales y establecimientos públicos para determinar el cumplimiento normativo en materia de ruidos, facilitándosele un sonómetro y por vía de colaboración municipal los modelos documentales que existen para levantar las actas de infracciones en la materia.
- Ejercitar las competencias asignadas en materia de seguridad ciudadana y protección de bienes de las personas, que pudieran derivarse de las actuaciones en zonas saturadas por establecimientos públicos. Igualmente, que se vigilara el tráfico y consumo de drogas en establecimientos públicos o en vías públicas, todo ello en colaboración y coordinación con la Policía Local.
- Incrementar las medidas sancionadoras contra aquellos locales y establecimientos públicos que expendieran bebidas alcohólicas, en vasos o botellas, a los menores de edad, dada la especial incidencia que en la salud puede ocasionar su consumo.

- Incrementar las dotaciones de Policía Nacional en número suficiente para conseguir mayor efectividad.

No podemos dejar de valorar que todas estas medidas recomendadas no son más que aquellas que debieran derivarse del simple ejercicio de la competencia de los respectivos órganos administrativos. Es llamativo que sea el Defensor del Pueblo Andaluz, el que ofrezca a las Administraciones públicas una verdadera guía de actuaciones que debería ser diseñada como fruto de una política concertada y promovida desde las propias instancias administrativas.

Posteriormente, la situación generalizada de la problemática en la Comunidad Autónoma motivó la tramitación de otras quejas de oficio ante los restantes Ayuntamientos de capitales de provincia, y el inicio de varias quejas de oficio ante todos los municipios de más de 50.000 habitantes para intentar analizar globalmente la problemática¹⁹⁴.

La intervención del Defensor del Pueblo Andaluz también se centró en las competencias asignadas a los Delegados de la Consejería de Gobernación, en calidad de órgano competente autonómico, en temas como: control de horarios de cierre, considerando que muchos de los ruidos excesivos que se originan durante la noche en los locales públicos se producen con posterioridad a la hora legal de cierre, sustitución de actuaciones municipales, en caso de inactividad de los Ayuntamientos en sus funciones de vigilancia y sancionadoras, calificación de actividades como Presidentes de las Comisiones Provinciales de Calificación, etc.

También actuó ante la Dirección General de Política Interior por su competencia sobre la normativa de actividades recreativas y consumo de bebidas alcohólicas dando lugar a la *queja de oficio 93/2608*.

¹⁹⁴ *Queja 91/241*, Ayuntamiento de Sevilla; *Queja 92/2478*, Ayuntamiento de Granada; *Queja 92/2495*, Ayuntamiento de Jaén; *Queja 92/2496*, Ayuntamiento de Cádiz; *Queja 92/2497*, Ayuntamiento de Huelva; *Queja 92/2498*, Ayuntamiento de Córdoba; *Queja 92/2499*, Ayuntamiento de Málaga; *Queja 92/2500*, Ayuntamiento de Almería; *Queja 93/2867*, Ayuntamiento de Jerez de la Frontera; *Queja 93/2871*, Ayuntamiento de San Fernando; *Queja 94/159*, Ayuntamiento de Linares; *Queja 94/910*, Ayuntamiento de Algeciras; *Queja 94/955*, Ayuntamiento de Dos Hermanas; *Queja 94/956*, Ayuntamiento de Alcalá de Guadaíra; *Queja 94/957*, Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda; *Queja 94/958*, Ayuntamiento de Marbella; *Queja 94/959*, Ayuntamiento de la Línea de la Concepción; *Queja 92/2167*, Ayuntamiento de Vélez- Málaga. Ver Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz que lleva por Título “Contaminación acústica en Andalucía derivada de actividades recreativas y consumo de bebidas en las vías públicas”, mayo 1996. Ver págs. 28 – 32.

Asimismo, intervino ante la entonces Presidencia de la Agencia de Medio Ambiente para sugerir la elaboración de normativa autonómica en materia de ruidos y confección de Mapas Acústicos en municipios, como medida complementaria de la ordenación urbanística, dando lugar a la *queja de oficio 93/1431*¹⁹⁵.

La labor de la Institución, tras las investigaciones oportunas que permitieron la constatación de las irregularidades, consistió en remitir a las Administraciones, Recordatorios de deberes legales, Sugerencias y Recomendaciones, que dieron lugar, en muchos casos, a la adopción de medidas concretas, como son, la imposición de multas, aplicación de medidas correctoras, cese de la actividad y clausura de las instalaciones...

Sin embargo, en algunos casos la pasividad y tolerancia de los Ayuntamientos en la intervención administrativa para el control del ruido de estas actividades fue patente y, a la vez, hasta una concesión, para los comportamientos sociales incivilizados e irregularidades administrativas detectadas por el Defensor del Pueblo Andaluz.

A los citados Ayuntamientos, en el curso de la tramitación de los expedientes de queja antes referidos, se les formularon Recomendaciones que transcribimos, concretadas en la adopción de las siguientes medidas organizativas, normativas y funcionales.

Entre las medidas organizativas recomendaba extremar el cumplimiento de los principios de coordinación y eficacia administrativa que deben informar la actuación de todas las Administraciones Públicas en virtud del artículo 103 de la Constitución y el 6.1 de la Ley de Bases de Régimen Local. También estimó que la puesta en marcha y ejecución de las medidas y actuaciones propuestas requerían de los medios personales y materiales adecuados por lo tanto sugirió el incremento de puestos de trabajo, informatización, y obtención de sonómetros en base a las disponibilidades presupuestarias y prioridad de objetivos municipales. A este respecto, sugirió la creación y dotación de una Unidad de Información para efectuar tareas de información a ciudadanos sobre denuncias, tramitación de licencias, y aspectos formales y normativos, con lo que podría conseguirse una mayor eficacia en la tramitación de los expedientes y más rapidez en su resolución evitándose dilaciones para subsanar documentación o cualquier requisito no cumplimentado por el interesado.

¹⁹⁵ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 914-917.

En relación con las medidas preventivas y de control recomendó que se potenciara la actuación de la Junta Local de Seguridad, incorporando a sus reuniones, al Juez Decano o Ministerio Fiscal para informar sobre el alcance y los problemas que se plantean en vía jurisdiccional con las denuncias de incumplimiento de la normativa en la materia.

Entre las medidas normativas recomendó: Aprobar Ordenanza municipal o aquellos que la tuvieran que la modificaran, si fuera necesario, para que tuviera un contenido mínimo; aprobar y difundir un bando de la Alcaldía para completar aquellos aspectos más puntuales y acercar el contenido de los derechos y obligaciones reguladas en la misma a los ciudadanos promoviendo un clima de entendimiento entre las partes en conflicto; por último, aprobar los instrumentos de planeamiento urbanísticos adecuados, para prevenir los ruidos y demás efectos colaterales procedentes o derivados de la afluencia masiva de personas a los establecimientos o concentración en las vías públicas.

Respecto a la Ordenanza Municipal, esta debería contemplar los siguientes aspectos:

- Regulación de la declaración de zona saturada por acumulación de ruidos, pudiéndose declarar por la Alcaldía, e implicando la suspensión en la concesión de nuevas licencias de aquellas actividades causantes de la saturación; así como, en los casos de cambio de titularidad de establecimientos con equipos de reproducción sonora, se deberá aportar certificación técnica acreditativa de que se han dotado las medidas correctoras adecuadas. Entre éstas estimaba que, como mínimo, habían que exigirse las siguientes: 1. Vestíbulo de entrada con doble puerta, que garantice en todo momento el aislamiento necesario en fachada; 2. Equipo limitador de sonido ajustable y precintable, con relé de corte de alimentación eléctrica para caso de sobrepasarse los niveles máximos de emisión autorizados en la Ordenanza Municipal; 3. Certificado técnico de cumplimiento en la práctica del aislamiento acústico proyectado.
- La obligatoriedad de cierre de puertas y ventanas de los establecimientos como medida correctora, estableciendo su incumplimiento como infracción grave a la Ordenanza.
- Establecer como causa agravante de las sanciones por infracciones en materia de exceso de ruidos el incumplimiento de los horarios de cierre.

- Incluir que las actividades perturbadoras que funcionen sin licencia o incumplan límites acústicos, podrán motivar el desalojo de los locales y su precintado cuando se produzcan por el público congregado.
- Recoger con carácter obligatorio, que en caso de rotura de precintos y otras sanciones municipales, se dará cuenta a los tribunales, si se estima que existen indicios de desobediencia o resistencia a la autoridad municipal.
- Efectuar una regulación sobre sistemas sonoros de alarmas.
- Incluir normas sobre comportamiento de los ciudadanos en la convivencia diaria.

Respecto al Bando de la Alcaldía, aprobado conforme al artículo 21.1.e de la Ley de Bases de Régimen Local, y el artículo 41.13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen de las Corporaciones Locales, debería estar constreñido al recordatorio del derecho vigente en la materia y a la publicidad de las obligaciones creadas en las Ordenanzas Municipales, o al desarrollo de cualquier actividad ejecutiva prevista por las propias Ordenanzas.

Al objeto de concienciar a los jóvenes de los perjuicios que causa la llamada “movida juvenil”, por los ruidos nocturnos y demás molestias derivadas, el Defensor del Pueblo Andaluz consideraba conveniente mantener reuniones con Asociaciones Juveniles, Asociaciones de propietarios de locales y Asociaciones de vecinos; con ellos se incrementaría una participación necesaria para resolver la problemática planteada, concienciando sobre el respeto a los bienes y derechos de los ciudadanos.

Respecto a las medidas funcionales, recomendó: que el control municipal debía mantenerse activo y no sufrir paralizaciones injustificadas; que se clausuraran las actividades desarrolladas sin licencia para reestablecer la legalidad conculcada, pues ello no integra una sanción, es simplemente una consecuencia que deriva de la falta de control municipal previo, necesario para la comprobación de que aquella actividad no lesiona los intereses que el ordenamiento protege en esta materia; que se prohibiera el consumo de bebidas alcohólicas en el exterior de los establecimientos recreativos y otros establecimientos autorizados para su venta como supermercados, tiendas de bebidas, Kioscos, etc., salvo en aquellos supuestos especiales debidamente autorizados, y con sujeción a los horarios de cierre legalmente establecidos. A estos efectos, se podría considerar responsable de estas infracciones al titular del establecimiento que permita la salida al exterior de las bebidas, ya sean en botellas o vasos; todo ello mediante la aportación de las pruebas indiciarias pertinentes.

También recomendó que se velara durante el horario nocturno, por los ruidos provocados por grupos estacionados en las vías públicas consumiendo o no bebidas alcohólicas, así como que las motocicletas y ciclomotores no invadan las aceras e impidan el paso de peatones y, en su caso, la aglomeración de personas, en las vías urbanas, que obstaculice o impida la circulación de vehículos, sobre todo de servicios de urgencia o de otros servicios municipales obligatorios; que se extremara el control sobre el cumplimiento del horario de cierre de locales de ocio y diversión

Asimismo, sugirió como posible solución a fomentar por los Ayuntamientos que, al menos en los meses de climatología más benigna, se procediera a desviar y concentrar establecimientos de ocio y diversión, en lugares alejados suficientemente de las viviendas, creándose polígonos o zonas lúdicas. En caso de prosperar debería intentarse su ampliación al resto del período anual, sin perjuicio de las consideraciones anteriormente reseñadas sobre este aspecto.

Por otro lado a la Consejería de Gobernación se le Recomendó: que potenciara los servicios policiales en horario nocturno para el control de los ruidos, aplicando la figura del “cooperador necesario”, mediante su regulación en la Ordenanza Municipal de referencia; que efectuara comprobaciones periódicas del cumplimiento de los Decretos de clausura y precintado de establecimientos y en caso de incumplimientos y rotura de precintos, la reposición de la medida sancionadora se debería ejecutar a costa del infractor, mediante su regulación en la Ordenanza correspondiente; que realizara comprobaciones preventivas antes de autorizar el inicio de la actividad, sobre el adecuado nivel de insonorización de los locales.

En definitiva con estas sugerencias el Defensor del Pueblo Andaluz pretendió mostrar a las autoridades competentes soluciones concretas, dentro del marco legal para facilitar la actividad comercial generadora de empleo, aunque sea a escala pequeña, pero haciéndola compatible con otros bienes y derechos reconocidos en la Constitución, como el medio ambiente; la salud; la intimidad personal y familiar; la propiedad y la tranquilidad pública y convivencia social, que en la medida que resulte alterada, incide en el valor orden público.

No nos cabe, sino valorar muy positivamente tanto el resultado de las investigaciones de oficio materializadas en las resoluciones reproducidas, como el método de llevar a cabo la investigación, inspirada en principios de concertación y diálogo, bajo la forma acuerdos y trabajos en grupo con las distintas Administraciones públicas. En el proceder del Comisionado Parlamentario tienen un ejemplo de resultado y medios las Administraciones públicas.

Destaquemos que estas quejas de oficio que hemos analizada se llevaron a cabo en 1991 y 1993, es decir hace trece y diez años respectivamente. El Defensor del Pueblo Andaluz realizó un esfuerzo muy valioso que de haberse teniendo verdaderamente en cuenta por las Administraciones públicas con competencia en el control de “la movida” seguramente se habrían evitado muchas de las quejas que a continuación vamos a analizar. El Defensor del Pueblo Andaluz puso a disposición de las Administraciones públicas toda una guía de soluciones concretas y eficaces para reducir la contaminación acústica y sin embargo en el informe anual de 1999 el Defensor del Pueblo afirma que el panorama que se constata a partir de la tramitación de las quejas, es desolador, ya que se observa que en muchas ocasiones, las Administraciones públicas competentes siguen sin prestar la debida atención a las demandas ciudadanas de una digna calidad de vida, por el hecho de no figurar estas actuaciones de defensa del medio y de preservación de una parte del entorno y de los ya citados derechos fundamentales a la intimidad, como prioritarias dentro de sus planes de actuación¹⁹⁶.

4.2. Contaminación acústica con origen en las actividades clasificadas

La gran mayoría de las quejas recibidas sobre actividades clasificadas se refieren a las molestias que sufren los ciudadanos por los ruidos, olores y humos de determinadas actividades cuyo ejercicio debe ser sometido a la preceptiva licencia municipal. Entre las que vamos a ver destacan las que se refieren a actividades que se desarrollan sin contar con las debidas licencias, y las que amparadas en la licencia legalmente concedida, causan malestar a los ciudadanos por no ajustarse plenamente a las limitaciones de funcionamiento que la ley establece.

Los establecimientos, en un gran número, comienzan a funcionar antes de ser informados favorablemente por la respectiva Comisión Provincial de Calificación de Actividades, ya sea por lentitud en la tramitación de los informes o por cierta pasividad o tolerancia municipal en la tramitación de las licencias; así, el Defensor del Pueblo Andaluz ha denotado una “costumbre” de pagar la tasa correspondiente, y abrir el local, sin esperar a la concesión de licencia de apertura e insta a las Administraciones Públicas que cambien esta práctica y que la lentitud de los procedimientos administrativos se canalice de forma correcta a través de la dotación

¹⁹⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1999.

de personal suficiente y no a través de una tolerancia mal entendida de permitir el funcionamiento de la actividad antes de la obtención de la licencia como contraprestación a la tardanza en resolver la solicitud.

No hay que olvidar que las licencias de actividades clasificadas pertenecen a las conocidas como licencias de funcionamiento, en cuanto se refieren a una actividad de tracto continuo que puede suponer la existencia de un riesgo constante que debe ser vigilado y controlado por la Administración autorizante de modo permanente. De ahí, como hemos visto, que la Administración disponga siempre del instrumento de las medidas correctoras dirigido a solventar las molestias originadas durante el funcionamiento de la actividad, así como a la posibilidad de revisar y actualizar estas medidas si con motivo de su aplicación demuestran ser inservibles para el objetivo perseguido de restaurar las relaciones de vecindad, la seguridad y el bienestar.

No obstante, la tramitación de las quejas revela una ausencia de celeridad y eficacia por parte, principalmente, de las Administraciones locales, y subsidiariamente, de las autonómicas, en la adopción de las medidas correctoras necesarias para que la actividad potencialmente molesta deje de serlo. En otras quejas veremos como no se puede achacar tanto a la desidia municipal como a la falta de medios tanto técnicos como humanos necesarios para hacer frente a las inspecciones y visitas técnicas esenciales a fin de disponer de las pruebas periciales pertinentes que demuestren la existencia, en su caso, de infracción a la legislación vigente.

A ello hay que añadir la actitud de una amplia franja de los titulares de este tipo de actividades, los cuales, sabedores de la lentitud municipal en la adopción de las medidas pertinentes, sancionadoras incluso, se abstienen de solicitar las preceptivas licencias, o, en otras ocasiones, aún contando con aquéllas, se despreocupan por adoptar y acometer las medidas correctoras impuestas.

En las quejas que hemos analizado, se constata que, ante la formulación de denuncias, las Administraciones locales que cuentan con los necesarios medios técnicos, efectúan una primera intervención, consistente en realizar las oportunas mediciones facultativas las cuales, en la mayoría de las ocasiones, reflejan la superación de los límites sonoros máximos establecidos en la normativa vigente. Sin embargo, y tras conceder el plazo previsto en la normativa aplicable al efecto para que se proceda a corregir las deficiencias, la actuación municipal, en muchas ocasiones, no agota el resto de las medidas que el ordenamiento jurídico pone a su disposición. El titular de la actividad, ante la falta de seguimiento y control

municipal, no adopta ningún tipo de medida, continuando con el funcionamiento de la actividad y sin que los ayuntamientos, una vez agotados los plazos, procedan a incoar el correspondiente expediente sancionador¹⁹⁷.

Veremos como la lucha contra las actividades molestas es una tarea esencialmente municipal, y como los ciudadanos en sus quejas solo pretenden ejercer su pleno derecho a exigir de los Ayuntamientos el cumplimiento de las obligaciones que la normativa impone, de tal manera que las molestias producidas se reduzcan hasta situarlas en niveles admisibles, de acuerdo con los límites de la tolerancia establecidos para cada actividad.

4.2.1. Quejas relativas a las actividades agropecuarias

4.2.1.1. Las actividades clandestinas

A veces desde el primer momento las actividades agropecuarias empiezan a funcionar sin licencia. Éste es el caso de la *queja* 92/2098. Los hechos que se denunciaban ocurrían en Coronil, una población en la provincia de Sevilla, inferior a 10.000 habitantes y esencialmente agrícola y ganadera, y por tanto a la que no era de aplicación la prohibición del artículo 13 del Reglamento de Actividades Molestas de no ubicar establecimientos de vaquerías, establos, cuadras y corrales de ganado y aves dentro del caso urbano de la localidad. Ahora bien, la no aplicación de la prohibición del artículo 13 no suponía que dichas instalaciones estuvieran excluidas de la aplicación del citado reglamento, porque entraban dentro de la definición de actividades molestas del artículo 3 y asimismo estaban contempladas en el nomenclátor anexo al mismo¹⁹⁸. La situación descrita en esta queja consistía en que

¹⁹⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1991, pag. 452.

¹⁹⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 951-953. Además ver el Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1999, p 490 – 492, concretamente la *queja* 9823022 en la que el promovente denunciaba el incremento del número de explotaciones ganaderas de las que muchas no disponían de licencia y se encontraban a escasa distancia del casco urbano. En relación con el informe es significativa la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 1991, que al interpretar el referido artículo 13 del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, expresaba que “una cosa es que en esta materia la reglamentación de la misma haya establecido una brecha profunda entre lo rural y lo urbano, imponiendo para éste toda clase de servicios y de exigencias preventivas para la higiene y la comunidades de sus moradores y otra muy distinta es que para los que el destino les ha confinado en el medio rural, se ven desprotegidos por completo, obligándoles a soportar toda clase de incomodidades, e incluso, a correr ciertos riesgos en su salud”. Como establecía el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta, hay que interpretar la norma de acuerdo con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, “lo que evidentemente representa una apuesta en favor de la interpretación evolutiva marcada por las necesidades y aspiraciones de los nuevos tiempos, en los que, todo lo relacionado con la ecología, cada vez va teniendo mayor relevancia”. De ahí que en base a lo expuesto se recomendara en la medida de lo

una cabreriza ubicada en suelo urbano y sin licencia, causaba problemas de insalubridad a los vecinos colindantes, incluso contrayendo el promovente de la queja una enfermedad contagiosa de estos animales¹⁹⁹.

Ante esta situación el Defensor del Pueblo Andaluz recordó al Ayuntamiento la postura jurisprudencial que considera clandestina toda actividad que no cuente con la preceptiva licencia municipal. En función de ello, debía ser inmediata la reacción del Ayuntamiento que debería consistir en su legalización si fuere posible. Pero, si no pudiera ser objeto de legalización como se desprenden del hecho de la incompatibilidad con el uso urbanístico de los terrenos no queda otra solución para mantener la actividad económica que instalarla en otro lugar adecuado, sin que significara su corrección, el hecho de que la actividad viniera ejerciéndose desde hace años con la tolerancia municipal.

No obstante, teniendo en cuenta el Defensor del Pueblo Andaluz que se trataba de un municipio agrícola y ganadero fundamentalmente, sugirió a la Alcaldía que ponderara sus actuaciones para que el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica encarnado en el derecho de libertad de empresa según el artículo 38 de la Constitución, no resultara limitado más que en base a la satisfacción del interés público, y sin perjuicio de promover soluciones alternativas para el mantenimiento de la actividad generadora de riqueza en el municipio. Por esta razón, y siendo consciente del criterio de flexibilidad con el que han de actuar las autoridades municipales en estos casos, recomendó que se agilizaran las gestiones para la construcción de un Polígono Ganadero en esa localidad, alejándolo adecuadamente del núcleo de población para solucionar definitivamente los efectos negativos que producían en el vecindario las actividades pecuarias ubicadas en el casco urbano.

4.2.1.2. La inadecuada ubicación de las actividades

Muchos de los conflictos que surgen entre los vecinos y las industrias o actividades clasificadas derivan del emplazamiento inadecuado de éstas o de los edificios de viviendas. Los ayuntamientos aprueban normas urbanísticas que dan lugar a esas situaciones de incompatibilidad de usos e intereses, por no respetar las distancias mínimas establecidas.

posible la legalización de las actividades y en su defecto el traslado de las mismas para garantizar debidamente el derecho a la salud y a un medio ambiente adecuado. Ponente Ángel Martín del Burgo y Marchán, EDJ 1991/4902.

¹⁹⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 952 y 953.

Cuando se toleran las instalaciones potencialmente molestas en lugares próximos a viviendas, y aun cuando las autoridades competentes adoptan medidas para evitar las posibles molestias, resultan con frecuencia ineficaces para corregir las deficiencias constatadas. Las licencias concedidas por los Ayuntamientos a las explotaciones agropecuarias deberían garantizar que no se produjeran situaciones que afectaran a la intimidad, salud o calidad de vida de los ciudadanos. Un ejemplo de lo expresado lo encontramos en la *queja 92/714*, en la que hay que destacar una lamentable situación pues además de que el Ayuntamiento de Sevilla consiente y tolera la ubicación de unas actividades contrarias a sus ordenanzas y a su planeamiento, ni siquiera responde a las Recomendaciones del Defensor del Pueblo Andaluz, despreciando no sólo a la institución sino también al pueblo que este representa en cuanto que Comisionado del Parlamento Andaluz. El lugar de los hechos son unos terrenos inicialmente previstos para la ubicación de las cocheras del ferrocarril metropolitano, circundados por varias Barriadas periféricas; en cuyo entorno exclusivamente urbano con bloques de viviendas cercanas y centros escolares se ubicaban servicios municipales tales como el depósito de vehículos abandonados y las cuadras de los caballos utilizados en los coches de caballo de uso público²⁰⁰. Los caballos se encontraban en estas caballerizas, desde Mayo de 1990, en que fueron desalojados de sus cocheras, situadas en el Charco de la Pava, con motivo de las obras de infraestructura para EXPO-92.

El Defensor del Pueblo Andaluz tras recabar informe de la Delegación Provincial de Salud y de las Concejalías municipales de Medio Ambiente, Seguridad Ciudadana y Urbanismo, concluyó que no eran ubicaciones adecuadas para las actividades que existían en dichos terrenos, por lo que debían buscarse emplazamientos correctos que no produjeran, además del negativo impacto visual, las molestias por ruidos, polvos y olores, así como insalubridad por la presencia de roedores e insectos vectores de enfermedades infecciosas, que pueden estar favorecidas, tanto por las basuras depositadas junto a las tapias, como por la existencia de las caballerizas. Por todo ello a la Concejalía de Medio Ambiente, se le recomendó que se trasladaran dichas actividades a un emplazamiento ajustado a las Ordenanzas municipales y al planeamiento urbanístico debido a su proximidad al vecindario, y, hasta que dicha actuación se ejecutara, sugirió que se adoptaran las medidas correctoras necesarias para subsanar las deficiencias existentes. No deja de ser sorprendente que en respuesta a esta sugerencia la Delegación Municipal de Medio Ambiente, remitiera al Defensor del Pueblo Andaluz a la Gerencia de

²⁰⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 951 y 952.

Urbanismo como responsable del Convenio suscrito con los propietarios de los caballos.

4.2.1.3. La pasividad de la Administración Local

En muchas ocasiones, la indefensión que los ciudadanos alegan sufrir ante el Defensor del Pueblo en su manifestación estatal y andaluza, se acrecienta no ya con el padecimiento de la contaminación acústica, sino con la frecuente pasividad de la Administración pública competente para aplicar la legislación vigente en los casos concretos que los vecinos denuncian. Un claro ejemplo de ello lo hemos observado en la *queja 96/964*. En ella el promovente de la queja denunciaba las molestias producidas por la existencia de animales de la especie canina en la vivienda contigua a la suya. Manifestaba que dichas molestias habían sido denunciadas al Ayuntamiento desde 1992, sin que éste hubiera dado una solución satisfactoria al problema²⁰¹.

El Defensor del Pueblo había constatado que en las visitas de inspección y comprobación efectuadas por los Servicios Municipales así como por los de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud, se habían detectado numerosos perros en la vivienda contigua a la del promovente de la queja, afirmando su propietaria que era criadora de los mismos para concursos y exposiciones. En tales informes, nada se decía de las molestias derivadas del ruido, mientras que el interesado, en diversas fases de la tramitación de la queja, había llegado a cifrar en diez; con independencia de que el interesado manifestaba y acreditaba mediante reportaje fotográfico, que podían ser cuarenta o cincuenta, aproximadamente.

En aplicación de lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre del Defensor del Pueblo Andaluz, éste recordó a la Alcaldía el deber de velar porque se cumpliera que por los propietarios de toda clase de suelos y construcciones los destinaran efectivamente al uso en cada caso establecido por el planeamiento urbanístico y mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público. Este deber legal se le recordó al Ayuntamiento porque tal número de perros en un inmueble destinado a vivienda, enclavado en zona residencial, aun cuando sólo fuere con fines de mantenerlos como de su propiedad para presentarlos a certámenes y concursos y, no con fines comerciales o lucrativos, suponía incumplimiento por el propietario de aquellos deberes y obligaciones básicos, establecidos en la entonces vigente legislación urbanística. Sin lugar a dudas, la

²⁰¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 451 – 454.

Administración Municipal debía evitar, corregir y sancionar dichos incumplimiento, por corresponderle competencias en materia de disciplina urbanística.

Igualmente el Defensor del Pueblo en aplicación de lo establecido en el artículo 22 de la Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente contra la Emisión de Ruidos, aprobada por el Ayuntamiento en el Pleno el 28 de Noviembre de 1992 y, publicada en el B.O.P. nº 39, de 17 de Febrero de 1993; cuya existencia la Alcaldía parecía desconocer, recomendó que se ordenara previo trámite de audiencia, al propietario de los referidos canes que procediera a la retirada inmediata de los mismos de la vivienda en la que los tenía encerrados y que utilizaba como criadero, concediéndosele un plazo adecuado a tal fin, para que pudiera depositarlos o ubicarlos en lugar adecuado al efecto.

Por último, se formuló una Recomendación en el sentido de que a la mayor brevedad posible, la Alcaldía ordenare a los servicios municipales competentes la elaboración de borrador o proyecto de Ordenanza relativa a la tenencia de animales domésticos en el domicilio. Trasladadas estas recomendaciones a la Alcaldía, con el convencimiento de que actuando conforme a las mismas la actuación municipal resultaría más eficaz y ajustada a la ley y al derecho y más respetuosa con los principios contemplados en el artículo 45 de la Constitución, ninguna respuesta se recibió en la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz sobre si se aceptaban o se rechazaban.

Con posterioridad, el promovente de la queja compareció en 1998, seis años después de que se iniciaran sus denuncias ante el Ayuntamiento, manifestando que no solo no se había dado cumplimiento a las Resoluciones del Defensor del Pueblo Andaluz, sino que además, el propietario de la vivienda contigua a la suya, continuaba construyendo instalaciones destinadas a cobijar más animales, en esta ocasión gallos, como mostraba mediante fotografías del lugar, en las que se apreciaban jaulas de mampostería que podían estar dedicadas efectivamente a tal fin, lo que agravaba la situación denunciada en la queja.

Reabriendo la queja y solicitando nuevamente informe a la Alcaldía y a la Delegación Provincial de la Consejería de Salud, esta última mantenía en su informe la no existencia de malos olores al momento de la visita de inspección, ni de ruidos, mientras que el interesado, a aquellas alturas de la tramitación del expediente, solicitó desesperadamente una visita de comprobación de la situación por parte de Asesores de la Oficina que finalmente se llevó a cabo. En aquella visita, acompañados por el interesado, nada más circundar la vivienda por el paseo o zona ajardinada contigua a la propiedad del denunciado, se pudo constatar por el personal

de la Institución: el persistente, continuo y desde luego molesto para los presentes, ladrido de numerosos perros, de distintas razas; el fuerte olor a micciones y excrementos caninos en las proximidades de la valla de separación entre ambas propiedades y los aullidos producidos por cachorros de animales de especies caninas. De dicha observación en la zona y de los hechos o circunstancias constatadas, se desprendían indicios razonables y suficientes que permitían considerar que en la parcela denunciada existía un criadero de animales de raza canina; resultando el mismo molesto, por el ruido que producían los animales y por los olores que generaban. El Defensor del Pueblo Andaluz consideró la existencia del mismo como inadecuada a la zona donde estaba enclavada, una vivienda tipo chalet en parcela, clasificada como residencial.

Dados aquellos antecedentes y la realidad comprobada, el Defensor del Pueblo se mostró convencido y, así se lo hizo saber a la Alcaldía, que en ningún momento rebatió sus consideraciones, de que la Administración Municipal en ningún momento había impuesto correcciones para tratar de evitar los riesgos de transmisión de enfermedades infecto-contagiosas, los malos olores y, sobre todo, las molestias nocturnas que los ladridos de los animales allí mantenidos ocasionaban.

En consecuencia, en aras del derecho a la protección de la salud, del derecho a disfrutar del propio domicilio en la intimidad personal y familiar, sin ingerencias de ningún tipo y a disfrutar de un medio ambiente adecuado, el Comisionado Parlamentario Autonómico reprodujo de nuevo a la Alcaldía los anteriores recordatorios de deberes y sugerencias instando al órgano municipal a que respondiera expresamente, en plazo no superior a 15 días, sobre si se aceptaban o no tales Resoluciones nuevamente formuladas. Transcurridos dos meses sin recibir respuesta, el 19 de Enero de 1999, procedió el Defensor del Pueblo a hacer pública esta conducta intolerable.

Otro caso en el que el Defensor tuvo que declarar la actitud entorpecedora a una Alcaldía fue en la *queja 00/2373* en la que el interesado denunciaba una situación similar a la anterior expuesta, ya que junto a su domicilio, en patio contiguo, había encerrado un gran número de perros, que con sus ladridos y aullidos no permitían conciliar el sueño durante la noche, suponiendo además un riesgo higiénico-sanitario por su presencia. Solicitado durante más de seis meses informe al Alcalde Ayuntamiento de la Carolina ninguna respuesta hubo por su parte²⁰².

²⁰² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 864 – 866.

En este sentido, las reflexiones del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO²⁰³ sobre la Sentencia de la Sala de los Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 26 de diciembre de 1990, que conoció del recurso de una señora contra la Orden del Alcalde de Santa Cruz de Bezana por la que le ordenaba proceder a la clausura de la actividad de crianza de perros que dicha señora tenía en la localidad de Soto de la Marina²⁰⁴. La sentencia mantiene que el Reglamento de Actividades Molestas es aplicable a una actividad meramente privada, como la de crianza de perros, que puede ser emprendida sin carácter comercial o sin afán de lucro. Para la Sala, aunque no quedara acreditado que la demandante ejerciera una industria de crianza de perros, al igual que en la queja tramitada por el Defensor del Pueblo Andaluz, no había obstáculo para la posibilidad de control que las Administraciones deben ejercer sobre las actividades que a priori pueden ser consideradas molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. La sala sostenía que de ser así las cosas, bastaría que cualquier actividad, por antisocial que fuera, no estuviera revestida de la permanencia o estabilidad que se suponen a las industrias de toda clase o estuviera determinada por intereses o caprichos personales ajenos a toda idea empresarial o profesional para sustraerse a la fiscalización administrativa obligatoria en casos puramente idénticos.

Si la actividad es molesta o insalubre, de nada sirve para justificar una exclusión del régimen establecido en el Reglamento de Actividades Molestas el hecho de que no constituya industria, pues como dice su artículo 1 el reglamento tiene por objeto evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados, a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de “actividades” produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente ocasionando daños a las riquezas pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes. Como se ve no está excluida ninguna actividad por razón de su naturaleza pues como dice el artículo 2 del Reglamento quedan sometidas a sus prescripciones todas aquellas actividades que a los efectos del mismo sean calificadas como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, de acuerdo con las definiciones que figuran en los artículos del citado texto reglamentario, independientemente de que consten o no en el nomenclátor anejo, que no tiene carácter limitativo.

²⁰³ Vid MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*Tres sentencias interesantes sobre el ruido (Sala 3ª de Santander)*”, RVAP número 41, 1995, págs. 661 – 677.

²⁰⁴ Ponente: Sr. Navarro Sanchís.

Así las cosas resulta claro que la tenencia de perros en las circunstancias del caso de la Sentencia y por analogía del caso de la queja tramitada por el Defensor del Pueblo Andaluz, número inferior a 20 perros en zona urbana residencial, y, su cría, aunque no sea industrial o comercial, está incluida entra las actividades a que se refiere el Reglamento de Actividades Molestas.

Otro ejemplo de dejadez administrativa lo tenemos en la *queja 9124703*, tramitada por el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales en la que se hacía referencia a una instalación agropecuaria ubicada en el centro de la localidad de Campo de Criptana, en la provincia de Ciudad Real. En ella se deja constancia de la falta de respuesta del Ayuntamiento frente a la pasividad del titular de la instalación que no procedía a legalizarla, ya que dicha pasividad no fue contrarrestada por ninguna de las medidas de coacción previstas en derecho, pese a existir la prohibición reglamentaria del establecimiento de vaquerías, establos, cuadras y corrales de ganado y aves dentro del núcleo urbano de las localidades de más de diez mil habitantes, entre las que se encontraba la localidad mencionada²⁰⁵.

A modo de conclusión recordemos la reflexión que el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala 3ª de 7 de noviembre de 1990 dedica a las Administraciones públicas que no reaccionan frente al ruido: “*lo único que hay que lamentar es que todavía haya poderes públicos que manifiesten una cierta pasividad*”²⁰⁶. La pasividad administrativa, como dice el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, representa un claro rechazo de las exigencias jurídicas y, sin duda, de las exigencias constitucionales²⁰⁷.

4.2.1.4. La ineficacia de las medidas correctoras y su inejecución

En otras ocasiones sucede que las medidas correctoras introducidas se vuelven ineficaces a lo largo de la vida de esas actividades y es entonces cuando se traducen en la conculcación del derecho a la salud, a la integridad física, a la conculcación de la inviolabilidad del domicilio y a la agresión del medio ambiente urbano adecuado. Es entonces cuando las denuncias de los ciudadanos perjudicados incitan a la Administración competente a ejercer su labor de inspección y control que resulta ineficaz por la falta de medios de los Ayuntamientos, cuestión ésta que no justifica la falta de eficacia en la actuación de la Administración municipal, pues,

²⁰⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, págs. 814 y 815.

²⁰⁶ Ponente: González Navarro. RJ 1990\8750.

²⁰⁷ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*El ruido en la reciente jurisprudencia*”, RAP, número 125, 1991, págs. 319 – 343.

como recordó el Defensor del Pueblo Andaluz en la *queja 99/309*²⁰⁸, si el Ayuntamiento no cuenta con medios suficientes para ejercer la competencia debe solicitar el asesoramiento y la colaboración de la Diputación Provincial conforme prevé la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local en el artículo 26.3 y el artículo 36.1, y en el caso de Andalucía en base también al artículo 10 de la Ley 11/1987, de 26 de diciembre, reguladora de las relaciones entre la Comunidad Autónoma y las Diputaciones Provinciales de su territorio.

En otros casos, cuando el Ayuntamiento cumple con las disposiciones contenidas en la ordenanza municipal y en la normativa aplicable a las actividades clasificadas observamos como una vez que adopta la resolución oportuna al caso, ésta si no es cumplida voluntariamente por el titular de la actividad queda sin ser ejecutada. Así ocurrió en la *queja 99/849*, en la *queja 99/851*, en la *queja 97/2318* y en la *queja 93/2233* en las que tras dictar las respectivas Alcaldías un Decreto de clausura, éste no se ejecuta²⁰⁹ y la actividad continúa contaminando. La intervención municipal inmediata en cualquiera de estos casos y en la ejecución de los Decretos quedaría justificada no sólo por la larga situación que soportaban los vecinos afectados, sino porque las respectivas Alcaldía tiene competencia para velar por su salubridad y tranquilidad en virtud del artículo 1.1. y 3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Es necesario un cambio de talante en la Administración, es necesaria una mayor sensibilización de la Administración Municipal, para mejorar la calidad de vida, dentro de un sistema de libertad que implique la adopción de medidas y el establecimiento de fórmulas de garantía a favor de la generalidad de los administrados, para lo que se encuentran legitimados los Ayuntamientos, y que, en los casos planteados, se consigue con la ejecución del acuerdo municipal, o bien, con la adopción de las medidas oportunas para legalizar la actividad denunciada, si procede.

²⁰⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 864 – 866.

²⁰⁹ Para las dos primeras quejas ver el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, pag. 866; para la tercera queja ver el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 454 y 455 y para la cuarta queja ver el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 937 - 939.

4.2.2. Quejas relativas a las actividades industriales y comerciales

4.2.2.1. Las actividades clandestinas

La gran mayoría de las quejas recibidas sobre actividades clasificadas se refieren a las molestias que sufren los ciudadanos por los ruidos, olores y humos de determinadas actividades cuyo ejercicio debe ser sometido a la preceptiva licencia municipal. Entre ellas, a su vez, hay que destacar las que se refieren a actividades que se desarrollan sin contar con las debidas licencias, existiendo otras que, amparadas en la licencia legalmente concedida, causan malestar a los ciudadanos por no ajustarse plenamente a las limitaciones de funcionamiento que la ley establece.

Respecto a aquellas que funcionan sin licencia, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara. La Sentencia de 1 de febrero de 1980 y de 3 de febrero de 1982 consideran clandestinas las actividades que funcionan sin licencia, procediendo como consecuencia de tal clasificación la clausura de la misma²¹⁰. En el mismo sentido la Sentencia de 13 de diciembre de 1977 para la que la instalación y apertura de una actividad incluida en el Reglamento de Actividades Molestas requiere la previa licencia municipal. En caso contrario, el funcionamiento se reputa ilegal y se ha de proceder a la clausura hasta que se obtenga su legalización. Por otra parte e insistiendo en estas mismas consideraciones, la Sentencia de 23 de diciembre de 1982, señala que una actividad que comenzase a funcionar simultáneamente a la solicitud de la licencia, debe ser considerado su funcionamiento como clandestino y podrá clausurarse inmediatamente.

A tenor de todo lo expuesto, entendemos que supone una irregularidad el funcionamiento de una actividad clasificada sin la correspondiente licencia municipal, debiendo el Ayuntamiento proceder a clausurar la actividad denunciada. Pues bien, aunque la Jurisprudencia tiene esta claridad de planteamiento parece no haberse transmitido a la Administración.

Un ejemplo de actividad clandestina y de la permisividad de la Administración frente a ésta la encontramos en la *queja 518/89*, relativa al funcionamiento de una fábrica de pan en el Municipio de Monturque, en la provincia de Córdoba, que generaba importantes molestias por ruidos, siendo su funcionamiento clandestino al no disponer de la preceptiva licencia tramitada

²¹⁰ Ponentes Paulino Martín Martín, EDJ 1982/518 y José María Ruiz-Jarabo Ferrán, Aranzadi 1980\1646.

conforme al Reglamento de Actividades Molestas Ante la falta de colaboración del Ayuntamiento el Defensor del Pueblo Andaluz le formuló Recordatorio del deber legal de auxiliar a la Institución, así como una Sugerencia posterior, de cese y regularización de la actividad que fue finalmente aceptada²¹¹.

Otro ejemplo significativo lo configura la *queja 55/89*, en la que un ciudadano extranjero, vecino del Ayuntamiento de Pechina, en la provincia de Almería, denunciaba la instalación y el funcionamiento irregular de una fábrica de embarcaciones deportivas²¹². Recabados los preceptivos informes de la Alcaldía y la Dirección Provincial de la Agencia de Medio Ambiente, se dedujo que los titulares de la actividad estaban tramitando ante el Ayuntamiento la preceptiva licencia. En consecuencia, ante dicha infracción, y siguiendo los dictados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes enunciada, el Defensor del Pueblo Andaluz hizo pública en su informe anual la irregularidad el funcionamiento de una actividad clasificada, como la fábrica de embarcaciones deportivas sin la correspondiente licencia municipal y sugirió al Ayuntamiento que procediera, en cumplimiento del ordenamiento jurídico, a clausurar la actividad denunciada. El Ayuntamiento contestó al Recordatorio mediante escrito al que adjuntó copia del expediente tramitado de la actividad objeto de la queja y tras un detenido estudio de la documentación, el Comisionado Parlamentario Andaluz constató que la actividad seguía funcionando sin tener licencia de apertura.

Frente a este comportamiento, dado que el Defensor del Pueblo Andaluz carece de facultades coercitivas, se ratificó en el contenido del recordatorio legal formulado en un principio y seguidamente dio cuenta de todo ello al Delegado Provincial de Gobernación de Almería para que adoptara las medidas que legalmente correspondieran a los hechos denunciados.

Dos tipos distintos de actividades eran las causantes de las molestias que se denunciaban en la *queja 96/1073*. En ella, la interesada ponía de manifiesto al Defensor del Pueblo Andaluz los ruidos que causaban una guardería y una academia de sevillanas, actividades ubicadas en los bajos del inmueble de su domicilio familiar, sito en la localidad de Antequera en la provincia de Málaga²¹³. Según la interesada dichas actividades no estaban debidamente legalizadas y carecían de las medidas de insonorización adecuadas.

²¹¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1991, pag. 452.

²¹² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1990, págs. 278 – 281.

²¹³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 522 y 523.

Solicitado el preceptivo informe al Ayuntamiento, y recibido éste se constató que las actividades denunciadas carecían de las preceptivas licencias de apertura y se encontraban en funcionamiento, estando el expediente de la guardería en trámite mientras que no constaba tramitación alguna respecto a la academia de baile.

Ambas actividades requerían la concesión de licencia municipal de apertura. Y, asimismo, respecto a la actividad calificada, se precisaba informe previo favorable de Calificación Ambiental a que se refiere el artículo 32 y siguientes de la reseñada Ley de Protección Ambiental.

En conclusión, estamos ante otro ejemplo de irregularidad en el funcionamiento de una actividad calificada como era la Academia de Baile situada en el local de la planta baja de un edificio sin que esta dispusiera de la preceptiva licencia municipal de apertura. Igualmente, debía considerarse irregular el funcionamiento de la actividad de Guardería que se ejercía en otro local de la planta baja de dicho edificio, sin haber obtenido la correspondiente licencia de apertura. En consecuencia, el Defensor del Pueblo Andaluz formuló la recomendación de clausurar y cesar efectivamente las actividades denunciadas, hasta tanto se concedieran las licencias de apertura. Asimismo formuló Recomendación en el sentido de que la Alcaldía ejerciera con mayor rigor las medidas de policía y control necesarias para prevenir o impedir el funcionamiento de actividades sin disponer de la preceptiva licencia municipal de apertura, tramitada conforme a las disposiciones de aplicación²¹⁴. Esta Recomendación no es vana pues la experiencia del Defensor del Pueblo muestra, paradójicamente, que si un Ayuntamiento no es capaz de atajar este tipo de fenómenos, no es que baje la guardia sino que deja de actuar en absoluto²¹⁵.

La *queja 627/91* sobre funcionamiento molesto por ruidos de una actividad de envasado y molido de especias situada en el casco urbano del Municipio de La Algaba, en la provincia de Sevilla²¹⁶, nos va a servir para ilustrar una situación que con frecuencia se repite en nuestras ciudades. Del examen de la queja se infería que el Ayuntamiento había tramitado inicialmente el expediente de concesión de la licencia conforme al Reglamento de Actividades Clasificadas, pero llegado el

²¹⁴ Ley de Protección Ambiental y Reglamentos de desarrollo, o en su caso, Reglamento de Actividades Molestas Insalubres Nocivas y Peligrosas de 1961 para expedientes iniciados con anterioridad al 11/1/1996.

²¹⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs. 802 – 805.

²¹⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, págs. 693 y 694.

momento de comprobar la adecuación de la actividad a las medidas correctoras, según el artículo 34 del citado Reglamento, éste no se cumplimentó, y la actividad continuó su funcionamiento sin licencia definitiva.

Tal circunstancia suponía una conculcación de la legislación en materia de actividades clasificadas, representada en el momento de tramitación de la queja por el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, que, en su artículo 29, señalaba la obligatoriedad de que toda actividad clasificada contara con la oportuna licencia municipal, sin la que no puede entrar en funcionamiento; lo que reiteraba el artículo 34 del propio Reglamento, que tampoco permitía el funcionamiento de este tipo de industrias, aún cuando se poseyera licencia, si no se había comprobado “*in situ*” por funcionario técnico competente el cumplimiento de las exigencias técnicas impuestas con la licencia, es decir la autorización provisional no faculta el ejercicio de la actividad si la posterior comprobación de las exigencias técnicas impuestas con la licencia.

Situaciones semejantes a la anterior se denunciaron en la *queja 8901572*, la *queja 9001786* y la *queja 9212886*, todas ellas tramitadas por el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales. En la primera, se exponía por el promovente que a pesar de sus denuncias ante la Administración, que arrancan de noviembre de 1986, no se adoptaban medidas eficaces para evitar las múltiples y graves molestias y vibraciones que producía una industria textil ubicada junto a su vivienda, empresa que carecía, además, de la necesaria licencia municipal definitiva de actividades clasificadas²¹⁷. En la segunda, la compareciente señalaba en su escrito que, a pesar de sus continuas denuncias, el municipio de Alcalá de Henares no procedía a corregir las múltiples molestias tanto por la emisión de humos y gases tóxicos, como por los ruidos procedentes de la maquinaria que producía una industria de artes gráficas que carecía de la preceptiva licencia de apertura. Dichas molestias afectaban no sólo a las viviendas colindantes, sino a una guardería infantil, a un ambulatorio de la Seguridad Social y a un Colegio de E.G.B. ambos cercanos a la misma²¹⁸. En la tercera queja se ponía de manifiesto la instalación de una nave industrial colindante con la vivienda del interesado consistente en un taller mecánico dedicado a la reparación de automóviles y camiones sin contar con la preceptiva licencia municipal de apertura²¹⁹.

²¹⁷ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1990, pag. 429.

²¹⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, págs. 798 y 799.

²¹⁹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, págs. 999 – 1003.

En todas estas quejas expuestas que son un claro ejemplo de la permisividad de municipal a situaciones irregulares, la recomendación dada tanto por el Defensor del Pueblo como por el Defensor del Pueblo Andaluz fue coincidente: que no se continuara ejerciendo la actividad sin que antes se girara la oportuna visita de comprobación por el funcionario técnico competente y en tanto se legalizara su situación. Si de la visita de comprobación se observaban deficiencias, recordaban a los Ayuntamientos que podían conceder hasta un segundo plazo al objeto de proceder a su corrección. Si una vez agotado el plazo no se adoptaban las medidas ordenadas, recordaba a los Alcaldes que el artículo 38 del citado texto legal dando audiencia al interesado, debían dictar providencia en la que se impusieran sanciones que consistían en multas, llegando incluso a la retirada definitiva de la licencia concedida; debiendo procederse, en todo caso, a la clausura y cese de la actividad después de impuestas tres multas consecutivas por reiteración en las faltas mencionadas.

En el estudio de las quejas presentadas al Defensor del Pueblo Andaluz hemos observado situaciones en las que la visita de inspección se lleva a cabo como un mero trámite sin comprobar efectivamente el cumplimiento de las condiciones impuestas en la licencia. Un ejemplo de ello es la *queja 94/453*, en la que un vecino de La Campana, en la provincia de Sevilla, denunciaba las molestias por ruidos, gases y riesgos para la salud, que padecía por la existencia de un taller de chapa y pintura del sector del automóvil. En este caso aunque la Alcaldía informó que la actividad se había calificado que y que contaba con licencia de apertura, no se habían acreditado que las medidas correctoras instaladas en la misma, fueran las que impuso la Comisión Provincial de Calificación de Actividades.

En consecuencia tuvo que recomendar al Ayuntamiento que se ordenara una visita de inspección y se concediera un plazo para la adopción de las medidas correctoras exigidas por la comisión de Calificación de Actividades. Posteriormente el Defensor del Pueblo Andaluz recibió de nuevo informe de la Alcaldía en el que se comunicaba la aceptación de las resoluciones, actuándose en el sentido propugnado²²⁰.

4.2.2.2. Licencia inadecuada respecto a la actividad que se desarrolla

En la *queja 92/315*, un vecino de Tomares, en la provincia de Sevilla, comunicaba al Defensor del Pueblo Andaluz la existencia de una actividad que, pese

²²⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1995, pag. 559.

a tener licencia de almacén de productos cárnicos, estaba funcionando en forma inadecuada a la licencia concedida, pues utilizaba un sótano anexo, con entrada por calle peatonal, como garaje, habiéndose modificado la actividad ejercida a almacén frigorífico polivalente, funcionando como tal sin tener la oportuna licencia, causando los vehículos que realizaban la carga y descarga molestias a los peatones y a los residentes en la zona, así como el detrimento de las condiciones de limpieza y buen estado de la vía pública²²¹.

Otro ejemplo de esta circunstancia en la que los interesados solicitan licencia para una actividad y después añaden algún elemento no previsto en la solicitud de licencia lo encontramos en la *queja* 92/1666 y la *queja* 92/2167. El asunto que motivó la admisión a trámite de los escritos de los interesados fue las molestias por ruidos que procedían de establecimientos ubicados en un Centro Comercial, en la calle Levante, en Torre del Mar, en Vélez Málaga, provincia de Málaga. Según referían los afectados, dichos establecimientos no disponían de licencia para emitir música en el interior. Solicitados los preceptivos informes al Ayuntamiento de Vélez-Málaga, Dirección Provincial de la Agencia de Medio Ambiente de Málaga, y Delegación de Gobernación, éstos se recibieron puntualmente. Estudiando el contenido de dichos informes se desprendía que eran numerosas las actuaciones llevadas a cabo por las Administraciones Municipal y Autonómica para resolver los problemas denunciados por el afectado. Así, eran plausibles tanto la iniciativa tomada por dicho Ayuntamiento de reunir a los titulares de los establecimientos, para *"discutir las medidas que la Corporación tenía previsto aplicar a fin de normalizar el ejercicio de las actividades emplazadas en el referido conjunto"*, como la iniciativa de incoar expedientes sancionadores a distintos titulares de establecimientos por incumplimiento de horarios de cierre y molestias por ruidos, que se resolvieron con la clausura temporal de los mismos. No obstante lo anterior, muchos establecimientos seguían funcionando sin disponer de la preceptiva licencia de apertura tramitada conforme al Reglamento de Actividades Molestas, y, en algún caso, sin haberse emitido el preceptivo informe a que se refiere el artículo 34 del mismo.

Ante estas situaciones irregulares el Comisionado Parlamentario Andaluz formuló al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Vélez-Málaga una Recomendación concretada en que procediera a la clausura y cese de las actividades

²²¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 485 – 487.

que funcionaban sin licencia de apertura, y la legalización de aquellas que funcionaban con licencia inadecuada²²².

4.2.2.3. El emplazamiento de las actividades

La legislación prevé que las actividades clasificadas tengan que estar a determinada distancia de los núcleos de población, pero el desarrollo urbano ha hecho inoperante dicha previsión. No en vano, muchas de las quejas que se presentan tienen su razón de ser en la ubicación de la actividad.

La queja 98/3596 es representativa de los conflictos de intereses y derechos que se producen entre los titulares del derecho a la libre iniciativa económica y de actividades empresariales y, los del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y, los inherentes a una digna calidad de vida. En ella, los interesados ponían de manifiesto que en el centro de la Barriada de Palomares, en Cuevas de Almanzora, provincia de Almería, las instalaciones de una actividad dedicada a construcciones metálicas, cerrada durante bastante tiempo, estaban siendo readaptadas para su nueva puesta en funcionamiento, con las consiguientes molestias que produciría el mantenimiento de la misma en un lugar residencial, con infracción

²²² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 919 y 920. En relación a esta queja la Sentencia de la Sala 3ª de 16 de junio de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía condena al Ayuntamiento de Vélez Málaga al pago de una indemnización a los afectados de ruidos y vibraciones producidos por una serie de bares y pubs. Tras hacer una brillante recopilación jurisprudencial sobre la responsabilidad de la Administración competente, en este caso la Local, por daños medioambientales, el Tribunal Superior de Justicia afirma que el funcionamiento anormal de los servicios municipales relativos al control, a priori o a posteriori, de los bares y establecimientos similares con música, debe dar lugar a indemnización a los ciudadanos que no tiene la obligación de soportar en sus viviendas la contaminación acústica generada por dichos establecimientos y que no es evitada por la Administración a través del ejercicio de las competencias propias.

Al Tribunal le consta que a pesar de las numerosas actuaciones iniciadas por los recurrentes para hacer cumplir al Ayuntamiento de Vélez-Málaga sus obligaciones al respecto, aportando informes oficiales que indican la superación del nivel de 30 decibelios permitidos, hasta llegar a los 120 que tienen que soportar los recurrentes, que a pesar de las diversas actuaciones que llevó a del Defensor del Pueblo y los documentos que acreditan las sucesivas peticiones a la Administración demandada de los recurrentes en auxilio y en defensa de la legalidad, el Ayuntamiento de Vélez-Málaga lesiona derechos fundamentales pues no aplica la Ley Autonómica 7/1994 de 18 de mayo de Protección Ambiental, ni el Decreto Autonómico 74/1996 de 20 de febrero, que en su artículo 69 regula y obliga la inmediata suspensión de obras o actividades que atenten contra dicha calidad del aire. No cumple la obligación de la suspensión de actividades y la adopción de medidas correctoras. Obligación a la que está sujeta la Administración demandada por el artículo 22 de dicho Reglamento. Obligaciones legales que el Ayuntamiento incumple tolerando las actividades denunciadas, y que incluso sanciona formalmente, aunque no ejecuta. Conducta de abusiva tolerancia que debe merecer, al menos, el reproche de la declaración de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, con su oportuna condena e indemnización a los ciudadanos que han soportado dicha deficiencia municipal sin obligación legal de hacerlo. Ponente: D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, EDJ 2003/39423.

del planeamiento según los interesados y, en contra del respeto a los principios señalados en el artículo 45.1 de la Constitución²²³.

Admitida la queja, se solicitó el preceptivo informe a la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento. Por el escrito de los interesados el Comisionado Parlamentario tenía sospechas sobre la envergadura de la instalación industrial, que no parecía ser un simple taller como la presentaba la propiedad y el Ayuntamiento. Para confirmar dichas sospechas solicitó a la Administración municipal: copia del expediente administrativo tramitado; copia de los informe técnicos y jurídicos emitidos al respecto; copia de la memoria resumen del proyecto técnico cuya autorización se pretendía; copia de los escritos de alegaciones formuladas y respuestas recibidas de los Órganos administrativos autonómicos en relación con el procedimiento de calificación de la actividad.

Recibida la información y documentación solicitadas, se comprobó que se trataba de una actividad de conformado y plegado de chapa en la zona indicada, que en opinión del Defensor del Pueblo Andaluz, en lo concerniente a su emplazamiento era totalmente inadecuada, por la naturaleza de la actividad y por la potencia de la maquinaria con que contaba. Además de ello existían viviendas medianeras y en plantas superiores y, por si fuera poco, en el trámite de informe ambiental se habían producido un cúmulo de errores, deficiencias técnicas y carencias, según la Delegación Provincial de la Consejería de Medio Ambiente. Se comprobó además que existía contraposición entre la Administración Local concernida y la Autonómica en cuanto a si la actividad debería ser objeto de calificación o de informe medioambiental. Igualmente, se constataba que la Delegación Provincial citada, en base a las carencias y defectos del proyecto, informó desfavorablemente el proyecto, por lo que procedía la denegación de licencia municipal de apertura y la clausura de la actividad.

El Comisionado Parlamentario Autonómico incidió en sus resoluciones, en la necesidad de proceder al cierre de la actividad, ya que una industria de aquella naturaleza no debía estar emplazada en la calle mayor de la Barriada de Palomares, por las graves afecciones al medio urbano y por los riesgos o perturbaciones que puede suponer para derechos como el de la protección de la salud y del descanso de los vecinos.

²²³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 456 – 458.

En la *queja 99/2262*, el interesado exponía que colindante con el dormitorio de su vivienda se encontraba ubicado un almacén con latas de pinturas, tubos de PVC y materiales de construcción que producían olores molestos y en determinadas horas del día se oían fuertes ruidos procedentes de dicha actividad como si estuvieran realizando trabajos de reparación en el almacén denunciado. Asimismo, denunciaba la existencia de roedores en el citado almacén²²⁴.

En la tramitación de las actuaciones, se efectuó visita al domicilio afectado por Asesor de la Institución, para comprobar in situ la situación denunciada por el interesado. De la visita realizada se sintetizaron las siguientes observaciones: la vivienda era de alquiler, constaba de dos habitaciones, el dormitorio tenía una ventana que daba a un patio de luces construido como medida correctora para la actividad denunciada; en dicho patio existía en la parte frontal de abajo un hueco tapado con una losa provisional y en el techo existía una chimenea para evacuación; en el patio de acceso a la vivienda existían dos habitaciones que servían de almacén para los materiales de construcción y fontanería que, a juicio del asesor de la oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, resultaban un foco de insalubridad. Por todas estas circunstancias la situación de la vivienda era deficiente, existiendo un medio ambiente inadecuado, razón por la cual el Defensor del Pueblo Andaluz manifestó su Recomendación de que dicha actividad se trasladara a un polígono industrial.

Dos ejemplos de las bondades de la actividad tanto del Defensor del Pueblo como del Defensor del Pueblo Andaluz los tenemos en la *queja 9001786*, en el caso del primero, y de la *queja 97/1042*, en el caso del segundo. En la *queja* tramitada por el Comisionado de las Cortes Generales se denunciaba que, a pesar de continuas denuncias, el municipio de Alcalá de Henares no procedía a corregir las múltiples molestias que producía una industria de artes gráficas, tanto por la emisión de humos y gases tóxicos, como por los ruidos procedentes de la maquinaria que afectaba no sólo a las viviendas colindantes, sino a una guardería infantil, a un ambulatorio de la Seguridad Social y a un Colegio de E.G.B. cercanos a la misma²²⁵.

En la investigación se comprobó por el Defensor del Pueblo que, en un principio, la industria carecía de la preceptiva licencia de apertura, pero tras adoptarse las medidas correctoras necesarias se concedió la licencia municipal. En este caso, la eficacia de la actuación del comisionado parlamentario, no sólo se constató por la legalización de una actividad clandestina, sino porque el

²²⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 515 y 516.

²²⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, págs. 798 – 799.

Ayuntamiento, los vecinos y la empresa habían mantenido una serie de conversaciones con la finalidad de buscar un nuevo emplazamiento para la industria de artes gráficas y que finalmente dieron como resultado la adopción de los oportunos acuerdos urbanísticos.

En el caso de la queja tramitada por el Comisionado Parlamentario Andaluz, se ponía de manifiesto que en los bajos de la vivienda donde tenía su domicilio el interesado, en la Ciudad de Málaga, se instaló una actividad de llenado de extintores, que por el peligro de la misma, se habían producido tres explosiones en menos de un año, no debería haberse instalado en aquel lugar, causando además molestias por las emisiones-inmisiones de partículas de polvo y de ruidos que se producían²²⁶.

Por la información y documentación que el Defensor del Pueblo Andaluz recibió tanto del Ayuntamiento como del interesado, se constató que, aunque la actividad contaba con licencia y la Administración Municipal actuaba para velar porque la misma cumpliera las normas autonómicas y las Ordenanzas municipales vigentes en la materia, el lugar en el que se ubicaba no era el más adecuado para garantizar el derecho a la protección de la salud de las personas, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el derecho a la intimidad familiar en el propio domicilio, entendida como ausencia de ingerencias o molestias extremas que impidan el descanso, o que dificulten o hagan incómoda la estancia en el propio domicilio.

En consecuencia, el Comisionado Parlamentario Autonómico formuló a la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Málaga, Recomendación en el sentido de que a la mayor brevedad se procediera a acordar con el titular de la licencia el traslado de la actividad a otro lugar más adecuado, en el que no se produjeran molestias ni perturbaciones al vecindario, provenientes de los incumplimientos como el que se estaba comprobando por el Ayuntamiento al permitir o autorizar una actividad inadecuada en suelo urbano, que sólo admitía un uso comercial en los bajos construidos a tal fin. La respuesta del Ayuntamiento a dicha recomendación fue positiva, pues informó que estaba actuando en el sentido propugnado desde la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz.

²²⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 483 y 484.

4.2.2.4. Medidas correctoras que no se ejecutan o son ineficaces

Las Administraciones públicas disponen siempre del instrumento de las medidas correctoras para solventar las molestias originadas durante el funcionamiento de la actividad clasificada. En cuanto que las licencias de las actividades pertenecen a las licencias de funcionamiento las Administraciones deben revisar y actualizar estas medidas si con motivo de su aplicación demuestran ser inservibles para el objetivo perseguido de restaurar las relaciones de vecindad, la seguridad y el bienestar.

No obstante, la tramitación de las quejas revela una ausencia de celeridad y eficacia por parte, principalmente, de las Administraciones locales, y subsidiariamente, de las autonómicas, en la adopción de las medidas correctoras necesarias para que la actividad potencialmente molesta deje de serlo. Un ejemplo de ello es la *queja de oficio 1370/92* que el Defensor del Pueblo Andaluz inició ante las molestias por los ruidos y humos malolientes ocasionados por una fábrica de ladrillos en el Paraje Zamarula Alta, en el Municipio de Huércal de Almería²²⁷. Del examen de la información recibida se constataron dilaciones por parte del Ayuntamiento en exigir a la empresa la ejecución de las medidas correctoras, pues había transcurrido casi un año para imponer la retirada temporal de la licencia de apertura.

Otro ejemplo de dilación en adoptar medidas correctoras frente a la contaminación acústica concurre en la *queja 95/2855* que se refiere a una actividad de prefabricados de hormigón, radicada en la localidad de La Zubia, en la provincia de Granada, que causaba molestias al vecindario, entre otras: ruidos molestos, vibraciones y contaminación²²⁸. El interesado comunicó que la actividad era clandestina, pues no contaba con licencia municipal de apertura y la de obras fue concedida en forma no ajustada a Derecho, siendo declarada ilegal mediante Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en fecha 6 de Junio de 1994.

Admitida a trámite la queja por el Defensor del Pueblo Andaluz, se solicitó informe a la Alcaldía, en lo concerniente a los aspectos relativos a la concesión de licencia de apertura y funcionamiento. En el informe enviado se constataba que la actividad mencionada estaba funcionando en el mismo lugar desde 1978, teniendo en trámite su legalización, por lo que se había incumplido la obligación de obtener

²²⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, pag. 694.

²²⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 489 – 491.

licencia de apertura y funcionamiento de la actividad. En consecuencia con lo anterior, el Defensor del Pueblo Andaluz formuló a la Alcaldía Recordatorio del deber de cumplir el artículo 84.1.b, de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, que establece la posibilidad que tienen los Municipios de someter a control preventivo y previa licencia el ejercicio de actividades por los particulares. Asimismo formuló a la Alcaldía una Recomendación en el sentido de que se procediera a impedir el funcionamiento de la actividad en cuestión, hasta que la misma no contara con la licencia de apertura y consecuentemente se hubieran adoptado las medidas correctoras al efecto.

Con posterioridad el Ayuntamiento informó que se habían aceptado las Resoluciones y que se había procedido a ordenar el cierre de la actividad, hasta su legalización. Pero pasado un tiempo, el interesado comunicó al Comisionado Parlamentario que la actividad seguía en funcionamiento, luego a la medida adoptada de cierre de la fábrica y clausura no le había seguido la adopción de ninguna medida que complementara las anteriores, para impedir el funcionamiento “*de facto*” de las instalaciones que causaban molestias al vecindario. En consecuencia las medidas adoptadas no resultaron eficaces.

Otro ejemplo en el que, a pesar de la adopción de un acuerdo municipal, no se llevan a cabo las medidas correctoras necesarias para cesar una actividad que produce contaminación acústica lo encontramos en el expediente de *queja 94/1081* en el que el interesado ponía de manifiesto que en la zona próxima a la cuenca del río Monterroso, en Estepona, provincia de Málaga, se estaba llevando a cabo la ejecución de obras de explanación y allanamiento, en un lugar que el Plan General de Ordenación Urbanística calificaba como suelo no urbanizable, para la instalación de un desguace de vehículos automóviles, llegándose a depositar varios de ellos en la parcela que se estaba acondicionando a tal efecto, sin las oportunas licencias²²⁹.

Solicitado el correspondiente informe a la Alcaldía, el Defensor del Pueblo Andaluz se halló en la necesidad de reiterar el mismo ante la falta de respuesta. Una vez recibida la información solicitada, el Comisionado Parlamentario Autonómico consideró que el acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Estepona, con fecha 23 de Mayo de 1994, concediendo licencia para adecuación de parcela para desguace y depósito de vehículos en la zona referida, era nulo de pleno derecho, pues no se siguió el procedimiento establecido al efecto para las

²²⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 487-489.

instalaciones o actividades a ubicar en suelo no urbanizable. En consecuencia, formuló a la Alcaldía el Recordatorio del deber de cumplir lo establecido en el artículo 16.3, de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de Junio, que en aquel momento establecía el procedimiento a seguir para la autorización de edificaciones e instalaciones en suelo no urbanizable, y en clara conexión con lo anterior, le formuló Recomendación en el sentido de que se procediera a la revisión del acto de concesión de la licencia, por tratarse de un acto administrativo nulo de pleno derecho, en aplicación de lo que establece el artículo 62.1) de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, siguiendo para ello el procedimiento establecido en el artículo 102, del mencionado texto legal.

La Alcaldía, pese a no aceptar expresamente las resoluciones, informó de la paralización del funcionamiento de la actividad y la suspensión de la licencia de obras. Con posterioridad, el interesado comunicó que seguía funcionando la actividad y que los vehículos para desguace se seguían depositando en la parcela.

Por tal motivo, el Defensor del Pueblo Andaluz reabrió las actuaciones y solicitó la emisión de informe al respecto, así como el plan de actuaciones que para solucionar el problema tuviera previsto llevar a cabo la Administración Municipal, sobre todo teniendo en cuenta que ya con fecha 15 de Febrero de 1995 se había decretado el cese de la actividad. De nuevo tuvo que formular reiteraciones y Recordatorio del deber de colaborar preferente y urgentemente con la Institución, pues la Alcaldía tardó ocho meses en responder que se había desestimado la pretensión de autorizar la instalación del desguace y depósito de vehículos por considerar que dicha instalación no reunía los requisitos de utilidad pública e interés social que exigía la legislación vigente.

Ante esa situación, el Defensor del Pueblo Andaluz estimó que la realidad de los hechos conformadores de la situación real de la actividad denunciada, no había cambiado respecto a la clandestinidad ya constatada, pues el hecho de que la Corporación hubiera acordado no reconocer la utilidad pública o interés social de la actividad cuestionada, no suponía la adopción de medidas concretas respecto a la misma y su existencia, ni respecto al desalojo o retirada de los desechos de vehículos allí depositados.

En el expediente de *queja 99/928* el interesado comunicaba que desde hacía tiempo solicitaba la adopción de medidas en relación con las molestias por ruidos

generados por el funcionamiento de un motor diesel para producción de electricidad, en una actividad de fabricación de textiles en el Municipio de Herrera en la provincia de Sevilla²³⁰. Pese a las continuas peticiones para que el Ayuntamiento actuara, según el interesado, no había podido lograr que el funcionamiento de aquella máquina fuera sometido a control e insonorización para que se redujeran a límites legales y reglamentarios las emisiones-inmisiones del ruido que generaba.

De la documentación recibida se desprendía: Que la actividad textil, contaba con licencia municipal para la instalación y puesta en funcionamiento de depósito de combustible para alimentación de grupo electrógeno; que el procedimiento seguido fue el de calificación ambiental que no resultaba adecuado, en opinión del Defensor del Pueblo, para la prevención y protección medioambientales, debiendo haberse seguido el procedimiento de informe ambiental; que la actividad, según las denuncias suscritas por diversos vecinos, causaba molestias por ruidos, debido a la deficiente insonorización y, consiguiente incumplimiento de medidas correctoras contempladas en el proyecto presentado para obtener la licencia, estando pendiente visita de inspección y comprobación solicitada a la Diputación.

En consecuencia con todo lo anterior, el Comisionado Parlamentario Autonómico formuló a la Alcaldía, para que diera cumplimiento a lo establecido en el artículo 22 y siguientes de la Ley 7/1994, de 18 de Mayo, de Protección Ambiental, en relación con el Anexo II de la misma, la Recomendación de que se exigiera a la actividad denunciada la obtención de licencia de apertura, previo sometimiento a procedimiento de informe ambiental, ya que no se había acreditado que la misma la poseyera, con independencia de que la modificación por instalación de un depósito de combustible de 25.000 litros de capacidad, si contaba con una licencia concedida habiendo seguido un procedimiento inadecuado.

Mientras se obtenía la licencia, la actividad debía haber sido reputada como clandestina y previo trámite de audiencia al titular, debían haberse adoptado las medidas cautelares correspondientes, entre las que cabía el cierre de la actividad, hasta tanto la misma contara con las debidas autorizaciones y licencias obtenidas conforme a los procedimientos legal y reglamentariamente exigibles.

La adopción de tal medida, de carácter no sancionador, resultaba adecuada al ordenamiento jurídico, como lo viene interpretando reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, y contribuía a evitar las molestias por ruidos y las lesiones a los

²³⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 513 – 515.

derechos a la protección de la salud, a la inviolabilidad del domicilio en el sentido de invasión del pacífico uso y disfrute del lugar de domicilio personal y familiar, y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, debiendo actuar en coordinación con la Diputación para tras la visita de inspección de técnico de la misma, imponer correcciones.

Al margen de lo anterior y, toda vez que la Administración Municipal tenía solicitado de la Excma. Diputación Provincial la realización de visita de inspección y comprobación de técnico de ésta, a fin de que se tomaran las pertinentes mediciones, el Defensor del Pueblo Andaluz también formuló Recomendación a la Presidencia de la Diputación Provincial, en el sentido de que procediera a disponer lo oportuno para que se prestara con la mayor urgencia la colaboración solicitada, en cumplimiento de las obligaciones que incumben a la Diputación Provincial por aplicación de lo establecido en el artículo 36 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Una vez efectuadas las mediciones, éstas arrojaron niveles de ruido calificados por el Comisionado Parlamentario Autonómico como intolerables.

De la respuesta que la Alcaldía dio al Defensor del Pueblo Andaluz se puede extraer una actitud que tiene la intención de enmascarar una situación irregular y que por ende falta a la veracidad. Decimos esto porque la autoridad municipal envió diversa documentación, entre ellos, la pretendida licencia de apertura de la actividad, cuando lo cierto era que tal documentación únicamente resultaba acreditativa del pago de un impuesto municipal desconociéndose además de que actividad se trataba. Además de ello envió documentos técnicos y administrativos de un depósito de propano que en modo alguno se podían identificar con el conjunto de la actividad.

Otra actitud impropia de un Ayuntamiento que merece ser destacada es la de la *queja 91/1705* tramitada por el Defensor del Pueblo Andaluz y en la que se denunciaban las actividades molestas por ruidos que producían dos talleres, uno de carpintería metálica y otro de carpintería de aluminio, ambos situados en pleno casco urbano, y con licencias municipales concedidas, tras ser efectuada la calificación de las actividades por la Comisión Provincial²³¹. En este caso el Ayuntamiento argumentó ante el Defensor del Pueblo Andaluz que no había podido comprobar la adecuación de las actividades a las medidas correctoras impuestas por la Comisión, pues carecía de personal técnico, y la ayuda solicitada a la Agencia de Medio Ambiente había sido denegada. Mientras que, a lo largo de la investigación de la

²³¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 948 – 949.

queja el Comisionado Parlamentario Autonómico pudo comprobar que los hechos no sucedieron así, pues la entonces Agencia de Medio Ambiente había emitido informe sobre deficiencias, y había requerido al Ayuntamiento su subsanación.

4.2.2.5. Irregularidades en la concesión de licencias de actividades clasificadas:

En la *queja 102/91*, el interesado aportaba la documentación justificativa, sobre las molestias por polvo y ruido, entre otras, que ocasionaba una fábrica de piedra artificial situada en Purullena-Granada, y sobre los efectos negativos a la salud de los vecinos²³². En la documentación aportada por el quejoso se acompañaba un escrito de la Dirección Provincial de la, entonces, Agencia del Medio Ambiente en Granada de fecha 21 de junio de 1990 por el que se informaba como desfavorable el expediente de apertura, indicando que la proximidad de las viviendas con la actividad hacían inoperantes algunas de las medidas correctoras que se pudieran implantar. Ante esta indudable situación de ilegalidad el Defensor del Pueblo Andaluz procedió a formular el precedente Recordatorio de deberes legales, indicando entre otras consideraciones que el informe desfavorable de la Comisión Provincial de Calificación de Actividad, era en todo caso vinculante para el Ayuntamiento de Purullena en la concesión de la licencia, de conformidad con el artículo 7.2 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

Concurre en la problemática expuestas la *queja 9028304*, tramitada por el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales²³³. El interesado manifestaba que con fecha 21 de septiembre de 1990 el Ayuntamiento de Marín, en Pontevedra dictó un Decreto por el que se ordenaba la clausura de un establecimiento de pescadería y charcutería, por carecer de licencia de apertura. Al parecer el indicado Decreto no había sido ejecutado, razón por la que el interesado dedujo queja ante el Defensor del Pueblo. El Ayuntamiento de Marín informó que no se había llevado a cabo el precinto del local denunciado, por cuanto en el mismo se estaban realizando obras para la adopción de medidas correctoras indicadas por la alcaldía en resolución de 5 de septiembre de 1990.

El interesado se dirigió de nuevo a esta institución para poner de manifiesto que las medidas correctoras adoptadas eran insuficientes, ya que persistía el ruido producido por cuatro motores de refrigeración y uno de aireación. Por otro lado,

²³² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1991, pag. 459.

²³³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, págs. 822 – 824.

alegaba, que el local seguía careciendo de licencia de apertura, motivo por el que se reabrieron las actuaciones del Comisionado de las Cortes con la citada Corporación. Ante estas alegaciones el Ayuntamiento emitió informe en el que comunicaba que la Comisión Municipal de Gobierno acordó conceder al titular de la actividad denunciada licencia definitiva de apertura para poner en funcionamiento la actividad de charcutería-pescadería desarrollada, adjuntando igualmente el último informe técnico sobre el nivel de ruidos generados en el establecimiento.

Sin embargo, el Defensor del Pueblo constató una aparente contradicción entre el otorgamiento definitivo de licencia de apertura y los sucesivos informes técnicos que demostraban la necesidad de adoptar medidas correctoras de la actividad para su adecuación a la legislación vigente. En este sentido, los sucesivos informes técnicos del aparejador municipal no dejaban lugar a dudas: los niveles sonoros producidos y transmitidos a las viviendas excedían de los límites previstos en las normas municipales, en la norma básica de la edificación sobre condiciones acústicas de los edificios de 1988 y en las normas subsidiarias provinciales. En consecuencia, y en la medida en que la licencia había sido otorgada con carácter definitivo sólo era posible extraer una de estas dos conclusiones: que la licencia expresamente otorgada no autorizaba los niveles sonoros producidos, en cuyo caso la actividad desarrollada debería ajustarse a los límites de la licencia otorgada, o que la licencia otorgada amparaba los niveles de ruidos denunciados, los cuales, como se había acreditado en sucesivos informes técnicos, sobrepasaban los límites permitidos por las normas aplicables, en cuyo caso, debía procederse a la revisión de oficio de la licencia otorgada en los términos del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el artículo 53 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local.

En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, el Defensor del Pueblo procedió a formular la sugerencia de que por el Ayuntamiento se procediera a adoptar las medidas necesarias para ajustar el nivel de ruidos producido por el establecimiento a los niveles permitidos por las ordenanzas y por norma básica de la edificación sobre condiciones acústicas de los edificios, revisando si fuera necesario la licencia otorgada por acuerdo de la Comisión municipal de Gobierno. Ante dicha sugerencia el Ayuntamiento de Marín remitió informe técnico de fecha posterior a la formulación de la sugerencia en el que se acredita que la transmisión de ruidos a la vivienda del denunciante era superior a la permitida en la legislación vigente. Ello venía a confirmar que la actividad denunciada, pese a tener licencia de

funcionamiento otorgada, no se ajustaba a los límites legalmente establecidos para su desarrollo.

4.2.2.6. La falta de medios técnicos y de personal de los Ayuntamientos

En otras ocasiones la ausencia de actividad no se puede achacar tanto a la desidia municipal como a la falta de medios tanto técnicos como humanos necesarios para hacer frente a las inspecciones y visitas técnicas esenciales a fin de disponer de las pruebas periciales pertinentes que demuestren la existencia, en su caso, de infracción a la legislación vigente.

En la *queja 627/91* se denunciaba una actividad de envasado y molido de especias. Todas las actividades mencionadas estaban ubicadas en pleno casco urbano, y tras diversas denuncias de los vecinos, los Ayuntamientos respectivos alegaban la imposibilidad municipal de llevar a cabo las inspecciones necesarias por carecer de personal técnico²³⁴.

La conclusión del Defensor del Pueblo Andaluz vuelve a reiterar en relación con precedentes quejas que la pasividad de la Administración local no puede excusarse en la falta de medios técnicos o personales pues el ordenamiento jurídico pone al alcance de los entes locales instrumentos jurídicos suficientes como el auxilio o asesoramiento técnico, económico o personal de la Diputación Provincial respectiva y de los organismos autonómicos. Las Diputaciones Provinciales no pueden olvidar que tienen la importante función de asegurar la prestación integral y adecuada de los servicios municipales en la totalidad del territorio provincial: elaborando o facilitando a los municipios la asistencia jurídica necesaria para la elaboración de Ordenanzas, prestando asistencia técnica a través de la disposición de sonómetros o a través de la tramitación de licencias.

En el caso de la *queja 99/643* se denunciaba el funcionamiento irregular de una baguetería-restaurante en San Fernando, Cádiz, cuyo funcionamiento en horario nocturno causaba grandes molestias²³⁵. La actividad estaba siendo objeto de continuas denuncias ante el Ayuntamiento, e incluso la Alcaldía había llegado a decretar la adopción de medidas correctoras, pero no había sido suficiente. Cómo el motivo de la queja se refería al ruido procedente de la cocina que funcionaba hasta

²³⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 948 – 949.

²³⁵ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, pag. 509.

altas horas de la noche, impidiéndole conciliar el sueño a los afectados, el Defensor del Pueblo Andaluz recomendó al Ayuntamiento que efectuara mediciones en horario nocturno a lo que el Ayuntamiento respondió que debido a la falta de medios técnicos no podía actuar en consecuencia. Este argumento, a juicio del Comisionado Parlamentario no resultaba adecuado pues el Ayuntamiento afectado tenía la entidad poblacional suficiente para la adquisición de medios, tales como sonómetros, que le permitieran hacer frente a la prestación de tales servicios municipales con medios propios.

4.2.2.7. El problema de la competencia sustitutoria

Los ruidos producidos por un local de negocio en los bajos del edificio en que el reclamante tenía su vivienda motivaron diversas denuncias al Ayuntamiento de Reinos, en Cantabria y, ante su pasividad y falta de contestación, ante la Delegación del Gobierno en Cantabria. Según el compareciente se habían producido dos requerimientos de la Delegación del Gobierno y la imposición de una sanción al titular del local, no habiendo sido atendidos los primeros ni ejecutada la sanción, mientras que las denuncias dirigidas al Ayuntamiento no habían surtido efecto alguno²³⁶.

Admitida la queja en relación con las dos Administraciones de referencia, en la medida en que el municipio constituye la primera Administración llamada a intervenir en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y la Diputación Regional en caso de inactividad de la primera como consecuencia de su competencia sustitutoria, la tramitación de la misma tuvo derroteros muy diferentes en función de las dos Administraciones implicadas. El Ayuntamiento de Reinos tras diversas solicitudes de información comunicó que concedió licencia de obras para insonorizar el local denunciado, pero que ante la tardanza en comenzar las mismas, por Decreto de 11 de febrero de 1991 había procedido a la clausura del local. No obstante dicho informe, el interesado alegó que el citado local seguía abierto al público aportando en apoyo de su afirmación informe de la Jefatura de la Policía local. Requerido nuevo informe al Ayuntamiento de Reinos sobre las alegaciones anteriores, manifestó que no había vuelto a recibirse en el Ayuntamiento denuncia alguna relativa al funcionamiento de la actividad. En todo caso, el establecimiento se encontraba cerrado al público por razones ajenas a la actuación del Ayuntamiento, ya que el titular de la actividad tenía otorgada licencia de apertura. Pese a ello el

²³⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, págs. 824 y 827.

interesado insistió de nuevo en los motivos de su queja adjuntando acta notarial que daba fe de la apertura al público del local denunciado, lo que dio lugar a una nueva intervención del Defensor del Pueblo con el Ayuntamiento de Reinosa en orden a la regularización de la situación denunciada, sin que hasta la fecha de cierre del Informe de 1992 y, pese a diversos requerimientos, se comunicara dicha regularización.

Ello pone de manifiesto, dado que la queja viene tramitándose desde 1989 la escasa colaboración de la Corporación con el Comisionado de las Cortes Generales y una apreciable dejación de sus funciones ante las denuncias de irregularidades en el funcionamiento de una actividad molesta por parte de los vecinos²³⁷. Este dato, además del escrito de queja del interesado, justificaba la intervención del Defensor del Pueblo con la Delegación del Gobierno en Cantabria, la cual informó que, desde el momento en que tuvo conocimiento de los hechos denunciados, se dirigió al Ayuntamiento de Reinosa por entender que la cuestión planteada era de la competencia municipal.

No obstante, se añadía que ante la inhibición del Ayuntamiento, requirió del titular de la actividad la adopción de medidas correctoras tendentes a evitar los hechos denunciados. Por lo demás no había recaído resolución en el expediente sancionador ya que según la Delegación del Gobierno, el Ayuntamiento de Reinosa, contando con técnicos municipales y en una materia objeto de su competencia, intentaba implicar a la Delegación en una cuestión ajena a su competencia. Este informe fue posteriormente refrendado por el Consejero de la Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria en el que manifestó que la Diputación Regional no podía ejercer sustitutoriamente las competencias atribuidas a los Alcaldes, ya que las competencias en esta materia no habían sido transferidas a la Comunidad Autónoma, siendo en consecuencia todavía el órgano competente el Delegado del Gobierno en Cantabria.

La comunicación recibida planteaba en toda su intensidad tanto el problema de las competencias de ejecución sustitutoria como el de la sucesión de competencias entre Administraciones públicas, en virtud de la descentralización territorial del poder operado por los Estatutos de Autonomía.

Sobre estas cuestiones, el Defensor del Pueblo consideró literalmente, en escrito dirigido al Consejero de la Presidencia, lo siguiente: “*Los Decretos de*

²³⁷ Ver Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1990, págs. 426 y 427.

transferencia no pueden convertirse en el obstáculo para el ejercicio de competencias estatutariamente asumidas. En este sentido, al igual que en el caso de Cantabria, la mayoría de las Comunidades Autónomas constituidas en el año 1981, no han conocido Decretos de transferencia de competencias en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, al entender el Estado y cada una de la Comunidades constituidas en virtud de sus Estatutos de Autonomía que, precisamente, si esta norma prevé tal competencia, los órganos de la Comunidad Autónoma quedan automáticamente apoderados para su ejercicio”.

Este punto de vista ha sido explícitamente refrendado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 25/1983, de 7 de abril²³⁸, según la cual *“la titularidad de la competencia sobre una materia o la atribución del ejercicio de una determinada función a uno u otro Ente Territorial, no es una cuestión que pueda decidirse en virtud de un Decreto de transferencias, sino a través del reparto de competencias que se derivan del denominado bloque de constitucionalidad. En este sentido, la atribución de competencias por el Estatuto implica la posibilidad de su ejercicio inmediato si para ello no se requieren medios personales o materiales, por lo que, en este caso, tampoco es posible hablar de transferencia del ejercicio de competencias”.*

Por su parte el Estatuto de Autonomía para Cantabria no dejaba lugar a dudas sobre la competencia de la Comunidad Autónoma cuando, en su artículo 24.a) atribuye a la Diputación Regional de Cantabria la función ejecutiva o gestión en materia de protección del medio ambiente. En la misma línea, el artículo 60 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, apodera a la Administración de las Comunidades Autónomas a la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de las obligaciones impuestas directamente por la Ley a las Entidades Locales en caso de incumplimiento de las mismas, previo requerimiento y a costa y en sustitución de ellas.

Conforme a los datos que anteceden, se infiere que la Comunidad Autónoma, teniendo Título competencial estatutariamente atribuido y en los términos establecidos en la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local podía y debía ejercer, con carácter sustitutorio, las competencias no ejercidas por el Alcalde de Reinos. El Defensor al amparo de los artículos 28 y 30 de la Ley 3/1981, procedió a recomendar a la Consejería de Presidencia que ejerciese su competencia de ejecución sustitutoria

²³⁸ Fundamentos Jurídicos 3 y 4.

respecto de la actividad denunciada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 39 y siguientes del Reglamento de Actividades Molestas, en relación con el artículo 24.a) del Estatuto de Autonomía para Cantabria. La aceptación o rechazo de la recomendación se demoró cierto tiempo como consecuencia de un cambio de titularidad en la referida Consejería. No obstante, remitido el informe solicitado, el nuevo titular del departamento mantuvo su criterio de no ejercer la competencia cuya titularidad le correspondía, sobre la base, esencialmente, de los siguientes argumentos: a) Las competencias las continuaba ejerciendo el Delegado del Gobierno pese a la aprobación del Estatuto no planteándose hasta la actualidad cuestión de competencia en los expedientes tramitados; b) La intervención de la Diputación Regional equivaldría a desautorizar las actuaciones del Delegado del Gobierno.

En todo caso la Diputación Regional manifestó al Defensor del Pueblo su voluntad de ejercer competencias que estatutariamente le correspondieran a través de la adopción del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de febrero de 1988 por el que solicitaba de la Administración del Estado la transferencia en materia de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. El mantenimiento de la postura descrita fue determinante para que el Defensor del Pueblo manifestara a la Diputación Regional de Cantabria que la Administración del Estado y, concretamente, el Ministerio para las Administraciones Públicas consideraba, en sintonía con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional referida, que no era necesaria la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que ya las poseyeran estatutariamente, ni tampoco era necesario el traspaso de medios de cualquier clase si la naturaleza de la función ejercida no lo requería. A esta postura del Ministerio para las Administraciones Públicas, achacaba el Defensor del Pueblo, que el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria de 21 de febrero no tuviera materialización alguna.

El Defensor del Pueblo afirmó que era cierto que la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma ejercía una competencia de la que en principio no era titular, pero no era menos cierto que el cauce para que la Diputación Regional pudiera resolver esta cuestión en favor de su propio ámbito, estaba establecido a través del procedimiento de requerimiento de incompetencia y, en su caso, de conflicto previsto en los artículos 63 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Quedaría, finalmente, excluido de esta conclusión aquel supuesto en el que el ejercicio de la función pública en cuestión requiriese especiales medios materiales o personales, para lo cual se requeriría, en efecto, un traspaso de servicios. Sin

embargo, no parecía éste el caso, ya que no se trataba de una actividad prestacional que requiriera una organización específica. El traspaso de servicios para el mero ejercicio de una competencia de carácter sustitutoria como era la supervisión de la actividad de los particulares de modo que ésta se ajustara a los límites legalmente establecidos, difícilmente requería tal organización, sobre todo cuando la Diputación Regional se encontraba dotada en esos momentos de una estructura organizativa para el ejercicio de su competencia estatutaria de gestión en materia de protección del medio ambiente.

Consecuentemente, el Defensor del Pueblo insistió en que, por la Diputación Regional de Cantabria, se instasen los procedimientos previstos en la legislación para asumir efectivamente sus competencias en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, a los efectos de poder intervenir positivamente en la resolución de las cuestiones planteadas en la queja. En el último informe que la Consejería de Presidencia remitió al Comisionado de las Cortes Generales aceptó la recomendación en lo que se refería al impulso de los procedimientos que preveía la legislación para asumir con carácter general las competencias que le correspondían. Sin embargo, la recomendación efectuada en orden a la positiva resolución de las distintas cuestiones concretas que se suscitaban en materia medioambiental y, en particular, de ruidos en relación con la cuestión planteada encontró la oposición de la Consejería basada en la necesidad de un previo Real Decreto de transferencias, en contra del criterio mantenido por el Defensor y por el TC, según el cual dicho mecanismo no es el único para el ejercicio efectivo de sus competencias, ya que ni es necesario un Real Decreto de transferencias para el ejercicio de competencias que ya tiene atribuidas, ni es especialmente adecuado un traspaso de medios para el ejercicio de la competencia sustitutoria respecto de la inactividad municipal.

4.2.2.8. La pasividad administrativa frente a la denuncia de los vecinos y frente a la actuación del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz

La persistencia del elevado nivel de ruidos en España y la pasividad e ineficacia de las medidas que para paliar o solucionar definitivamente este problema, demuestran las Administraciones públicas competentes, que remite de manera indudable a la Administración local, sigue siendo la causa o motivo principal de las quejas recibidas en materia de actividades molestias, insalubres, nocivas y peligrosas. Los Ayuntamientos siguen demostrando una especial tolerancia hacia el desarrollo y ejercicio de actividades que si, en una inadecuada concepción de la dinámica socioeconómica, pueden constituir una fuente de riqueza e ingresos para el desarrollo de su término municipal, implican la degradación en las reglas de la convivencia y en

los parámetros de la calidad de vida. Por ello, en el ejercicio de una actividad económica priman más las consecuencias positivas de la actividad en sí, como pueden ser la creación de empleo, movimiento y circulación de mercancías, residentes en los municipios y, en definitiva, crecimiento económico y aumento de la calidad de vida, pero apostillemos, calidad de vida económica, que los efectos negativos que las mismas pueden causar a la salud de las personas y al medio ambiente en general, a causa de los ruidos, vibraciones o emisiones contaminantes.

Muestra de ello es el expediente de la *queja 97/393*, en el que la interesada manifestaba que, en el inmueble colindante con la vivienda de su propiedad en Priego de Córdoba, se construyó un almacén para frutas y verduras, en el que, sin reformas de ningún tipo, se instaló una cámara frigorífica²³⁹. Dicha actividad, tal y como reflejaba en el expediente municipal y como habían constatado en diversas inspecciones los servicios técnicos de la Consejería de Medio Ambiente, incumplía los niveles de inmisión de ruidos en la vivienda contigua. Según informaba la interesada, había presentado denuncia ante la Administración Municipal, sin que el Ayuntamiento adoptara una medida efectiva.

El formulante de la *queja 92/1630*, manifestaba haber presentado innumerables denuncias durante ocho años a la Policía local y al Ayuntamiento de Sevilla, sin que se adoptaran medidas suficientes para paliar las molestias que le producían el funcionamiento de una industria de precocinados y un taller de mecánica y pintura de automóviles, colindantes con su domicilio familiar²⁴⁰.

En otras quejas el Defensor del Pueblo Andaluz ha tenido que recordar cuestiones tan básicas en el correcto proceder de las Administraciones públicas como la obligación de contestar expresamente a los escritos de los interesados tal y como establece el artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. Este Recordatorio legal fue formulado en la *queja 95/3977*, en ella, el interesado comunicaba que en la calle donde habitaba, en el Municipio de Peligros, provincia de Granada, funcionaba una fábrica de harina, que producía molestias a causa del ruido que generaba. El interesado manifestaba que él y varios vecinos se habían dirigido en repetidas ocasiones a la Alcaldía, sin que recibieran respuesta a sus escritos²⁴¹. Iguales resultados se obtuvieron de los escritos dirigidos al Ayuntamiento de Nerva y a la Delegación de Medio Ambiente de Huelva por la formulante de la *queja 97/1974*. En

²³⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 484 y 485.

²⁴⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 932 – 934.

²⁴¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 491 y 492.

los citados escritos denunciaban las molestias por ruidos y humos que producía el funcionamiento de una Panadería, sin que ninguna de las dos instancias administrativas adoptara medidas algunas que subsanaran las deficiencias en las instalaciones de la actividad²⁴².

En el caso de la *queja 92/39*, el foco de molestias lo producía el funcionamiento de un supermercado, como consecuencia de las tareas de carga y descarga de la mercancía, y limpieza del local. Igual que en la *queja* anterior, la actuación del Defensor del Pueblo Andaluz se centró en el Recordatorio de deberes legales motivado por la falta de respuesta del Ayuntamiento de Cádiz a varios escritos del interesado sobre la comprobación de ruidos, y las denuncias ante la Policía Local sobre las molestias. Por esta razón formuló una Recomendación en el sentido de que se resolviera expresamente el procedimiento que debió iniciarse en relación con los escritos y denuncias de los interesados, efectuándose las inspecciones y comprobaciones que fueran necesarias para la determinación del nivel de emisión-inmisión de ruidos, para lo cual debía dotarse a los funcionarios intervinientes de los correspondientes medios materiales²⁴³.

También el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales ha tenido constancia de esta conducta administrativa irregular. Una muestra de ello es la *queja 8914225* en la que el reclamante denunciaba los ruidos producidos por un local de negocios en los bajos del edificio donde residía²⁴⁴. Dichos ruidos motivaron diversas denuncias al respectivo Ayuntamiento de Reinosa y, ante su pasividad y falta de contestación, ante el Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma. Según el compareciente se habían producido dos requerimientos de la Delegación del Gobierno y la imposición de una sanción al titular del local, no habiendo sido atendidos los primeros ni ejecutada la sanción, mientras que las denuncias dirigidas al Ayuntamiento no habían surtido efecto alguno.

²⁴² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 455 y 456.

²⁴³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1993, págs. 949 y 950. Paradigmática por la contundencia de la medida, en cuanto a las operaciones de carga y descarga y la consecuente emisión de ruidos es la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de julio de 2002 que acordada en su fallo, tras reconocer la inactividad del Ayuntamiento, consistente en no reaccionar para corregir las molestias provocadas por ruidos derivados de las operaciones de carga y descarga, requerir al Ayuntamiento de Palamós para que adoptara las medidas procedentes para cesar la vulneración de los derechos fundamentales y, particularmente, de forma inmediata, se le requirió para que hiciera efectiva la prohibición de efectuar operaciones de carga y descarga en horario nocturno de 20:00 h a 8:00 h, de acuerdo con la Ordenanza de Policía y Buen Gobierno del Ayuntamiento de Palamós. Ponente Juan Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, EDJ 857/2002.

²⁴⁴ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, págs. 824 - 827.

No es inusual por tanto que el Defensor del Pueblo de Cortes Generales o el Defensor del Pueblo Andaluz se vea obligado a tener que hacer más de un requerimiento para que la obligación legal de emisión de informe preceptivo y de atención preferente por parte de las Administraciones públicas se cumpla. Así Mientras en la *queja 9004104* tramitada por el Defensor del Pueblo y relativa al ruido que producía la actividad de carga y descarga de 1 a 3 de la madrugada, de un supermercado, éste tuvo que hacer tres requerimientos al Ayuntamiento correspondiente para que finalmente recibiera el informe después de un año y medio desde la solicitud²⁴⁵, en la *queja 9016129* relativa al funcionamiento irregular de un supermercado, pese a los tres requerimiento que hizo al Ayuntamiento, finalmente no se obtuvo respuesta de la Administración Local²⁴⁶.

En numerosas ocasiones el Defensor del Pueblo Andaluz se ve obligado advertir o declarar la actitud hostil y entorpecedora de la Administración pública. Ejemplo de ello es la *queja 98/1992*. En ella, el interesado manifestaba que padecía continuas molestias por la existencia en los bajos de su vivienda, en Granada, de una actividad de venta de comida rápida que funcionaba casi las 24 horas del día, sin insonorización ni evacuación de humos, lo que hacía que tuvieran que vivir con las ventanas cerradas, debido a los olores y los ruidos que producían los extractores, electrodomésticos, persianas, etc. Informaba que la situación descrita, hacía insoportable la convivencia vecinal, siendo los más perjudicados los menores, en edad escolar, y los ancianos. Denunciando los hechos en varias ocasiones ante la Alcaldía, no se había obtenido resultado alguno positivo²⁴⁷.

En la tramitación de esta queja el Defensor del Pueblo Andaluz formuló Advertencia de declaración de falta de colaboración a la Delegación Municipal de Urbanismo y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Granada, debido a la demora en contestar a las reiteradas peticiones de informe al respecto. Una vez recibido el informe y formulada la oportuna resolución, dirigida a la Delegación Municipal mencionada, no fue respondida, motivo por el cual el Comisionado parlamentario procedió a elevar a la superior Autoridad de aquel Municipio, la Alcaldía, el expediente y la resolución, sin obtener tampoco respuesta, lo que justifica el proceder a la inclusión de la queja en el Informe Anual al Parlamento.

²⁴⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, págs. 796 y 797.

²⁴⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pag. 832.

²⁴⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, pag. 456.

4.2.3. Quejas relativas a los establecimientos y locales de actividades recreativas

La incidencia de estas actividades sobre el medio ambiente urbano resulta indudablemente acentuada en una Comunidad como la andaluza, en la que existe una proliferación de establecimientos de hostelería, ocio y diversión, en cualquier núcleo de población por pequeño que sea. En este asunto se plantea la existencia de un conflicto de intereses y derechos, que pueden resultar incompatibles, por el uso irregular, incorrecto e incivilizado de uno de ellos el derecho al ocio y diversión; pero que sin duda, el abuso de ese derecho que puede provenir de un comportamiento falto de educación, viene generado por un cambio de costumbres y hábitos en algunos grupos sociales, que durante los fines de semana buscan un escape a sus problemas, así como una forma de divertirse, de alternar. En este punto emerge la importancia de compaginar adecuadamente los intereses contrapuestos y de dotar de una normativa autonómica ajustada a la realidad actual y comprensiva de todas las circunstancias y elementos que confluyen.

De esta problemática se hace eco la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz en un gran número de quejas sustentadas por entidades ciudadanas o colectivos de propietarios cuyos domicilios se ven rotos en su intimidad familiar, su descanso interrumpido, cuando no impedido por la contaminación acústica grave, repercutiendo incluso en el ejercicio adecuado del derecho al trabajo por la falta de descanso adecuado. También los medios de comunicación se hacen eco, con relativa frecuencia, de los problemas ambientales y sociales planteados por estas actividades recreativas de ocio y diversión.

En lo referente a actividades clasificadas, aunque los Comisionados Parlamentarios han percibido un aumento de quejas en las que se denuncian molestias por las actividades clasificadas antes analizadas, la gran mayoría de las quejas obedecen a un mismo patrón: los vecinos de las viviendas cercanas a las actividades denuncian las molestias, básicamente por ruidos, y algunas por humos y olores, que se derivan del funcionamiento de establecimientos recreativos; principalmente Discotecas, Pubs... Una de las sugerencias que el Defensor del Pueblo Andaluz ha hecho en el sentido de mejorar la calidad de las edificaciones ha sido proponer al Estado que apruebe una regulación más rigurosa de los contenidos técnicos de la edificación²⁴⁸.

²⁴⁸ La NBE.CA-81 se ha mostrado una normativa insuficiente sobre aislamiento en las

A ello ha de añadirse la potenciación en las labores inspectoras que garantice el cumplimiento de la normativa existente. No olvida el Comisionado parlamentario Autonómico la competencia de los entes locales en la gestión de sus intereses y por ello sugiere a los Ayuntamientos como medidas para luchar contra el ruido que aprueben Ordenanzas municipales de edificación o construcción que contemplen la reducción de los impactos acústicos en las zonas residenciales y que recojan como requisito obligatorio para conceder la licencia de obras la insonorización, así como la obligación del mantenimiento de cierre de puertas y ventanas como presupuesto para la eficacia de medidas correctoras.

Algunas de las denuncias inciden en las molestias causadas por los ruidos que se derivan de la falta de adecuación de los locales en lo referente al aislamiento acústico que exige la normativa vigente, teniendo como foco productor de la contaminación acústica el exceso de decibelios que emiten los aparatos de música del local, como solución a este problema real el Defensor del Pueblo Andaluz sugiere que se adopten medidas fiscales que incentiven que las empresas y particulares inviertan en aislamiento acústico. Otras veces las quejas tienen su razón de ser o en el incumplimiento de los horarios de cierre de los locales o en la acumulación de locales en una misma zona, teniendo como foco productor de la contaminación acústica el jolgorio que los clientes, bien en el interior del local o en sus proximidades, circunstancia, esta última, que ha dando lugar al denominado “botellón”, problema frente al que las Administraciones locales se ven impotentes para hacerle frente²⁴⁹.

La contaminación acústica es, como ya hemos dicho en reiteradas ocasiones, un fenómeno que degrada la calidad de vida urbana y la intimidad de las personas, y que por tanto tiene una enorme repercusión social. Las causas de las quejas que

construcciones. No se puede dejar de mencionar un avance en el sentido de la recomendación del Defensor del Pueblo Andaluz, el hecho de que la Disposición Adicional Quinta de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre del Ruido, establece que a los efectos de lo dispuesto por los artículos 1484 y siguientes del Código Civil, se considerará concurrente un supuesto de vicios o defectos ocultos en los inmuebles vendidos determinante de la obligación de saneamiento del vendedor en el caso de que no se cumplan en aquéllos los objetivos de calidad en el espacio interior fijados conforme al artículo 8.3 de esta Ley. Artículo 1484 del Código Civil: “*El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.*”

²⁴⁹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2001, págs. 436 – 438.

tienen por asunto las molestias que causan los establecimientos de ocio se sitúan, en tres puntos principales:

- las deficientes medidas de insonorización y el incumplimiento de los horarios de cierre de los locales.
- tolerancia, pasividad y falta de rigor de los Ayuntamientos, y en su defecto, de las Delegaciones de Gobernación en aplicación de la normativa vigente.
- carencia de suficientes medios técnicos y personales en los Ayuntamientos más grandes y ausencia de ellos en los pequeños, que exige una más eficaz asistencia y mejor coordinación de los servicios asistenciales de las Diputaciones Provinciales y de los órganos autonómicos.

Un hecho que, en general, se observa en las quejas es que los ciudadanos se dirigen al Defensor del Pueblo Andaluz cuando ya han agotado los cauces amistosos con los propietarios o empleados de los establecimientos y, por exigencia del Estatuto del Defensor, la vía administrativa ante el Ayuntamiento y las instancias autonómicas. En sus escritos se denota, generalmente, una angustia por las graves molestias que vienen padeciendo durante largo tiempo, y también la decepción por la inhibición o tolerancia municipal a veces, y otras por la escasa efectividad de las medidas municipales para solucionar el problema²⁵⁰.

4.2.3.1. Las actividades clandestinas y las licencias inadecuadas

Al igual que hemos visto en los epígrafes dedicados a las actividades agropecuarias, las actividades comerciales y las actividades industriales, la gran mayoría de las quejas recibidas que tiene por objeto los establecimientos de ocio y esparcimiento se refieren al desarrollo de dicha actividad bien sin contar con la preceptiva licencia o bien contando con licencia legalmente concedida, causando malestar a los ciudadanos por no ajustarse plenamente a las limitaciones de funcionamiento que la ley y la autorización establecen.

Respecto a aquellas que funcionan sin licencia, ya hemos visto como la jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara. La Sentencia de 1 de febrero de 1980 y de 3 de febrero de 1982 consideran clandestinas las actividades que funcionan sin

²⁵⁰ Vid. MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, Jesús “*Medio ambiente urbano (ruidos y actividades molestas)*. Balance de la experiencia y actuaciones del Defensor del Pueblo Andaluz ante la problemática”, IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, págs. 99 – 124. Alicante, 5, 6 y 7 de octubre de 1994.

licencia, procediendo como consecuencia de tal clasificación la clausura de la misma²⁵¹. En el mismo sentido la Sentencia de 13 de diciembre de 1977 para la que la instalación y apertura de una actividad incluida en el Reglamento de Actividades Molestas requiere la previa licencia municipal, reputándose su funcionamiento, en caso contrario, ilegal debiéndose proceder a la clausura hasta que se obtenga su legalización. Por otra parte e insistiendo en estas mismas consideraciones, la Sentencia de 23 de diciembre de 1982, señala que una actividad que comenzase a funcionar simultáneamente a la solicitud de la licencia, debe ser considerado su funcionamiento como clandestino y podrá clausurarse inmediatamente.

A tenor de todo lo expuesto, entendemos que supone una irregularidad el funcionamiento de una actividad clasificada sin la correspondiente licencia municipal, debiendo el Ayuntamiento proceder a clausurar la actividad denunciada. Este criterio jurisprudencial no siempre es aplicado por las Administraciones Públicas y prueba de ello es la permisividad de las Administraciones locales a la existencia de establecimientos clandestinos, de ahí que el Defensor del Pueblo haya llegado a afirmar que la principal causa de persistencia del ruido de España, radique en la poca eficacia de la Administración en aplicar las normas²⁵².

Ejemplo de lo afirmado es la *queja 9014460* en la que un vecino de Parla en Madrid, denunciaba la apertura de un establecimiento-bar en la urbanización de la comunidad de propietarios que representaba. Dicho establecimiento que no contaba con la preceptiva licencia municipal como constató el Defensor del Pueblo, producía constantes y graves molestias, sin que, a pesar de dos años de denuncias ante el Ayuntamiento, éste hubiese realizado actuación alguna tendente a corregir los hechos denunciados²⁵³, obviando el deber que tiene de impedir el funcionamiento de actividades no autorizadas tal y como afirma la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 1998²⁵⁴. También en la *queja 8806661* se denunciaba que la actividad que llevaba a cabo una discoteca lo hacía sin licencia, pues aunque en un principio disponía de licencia municipal como sala de

²⁵¹ Ponente Paulino Martín Martín, EDJ 1982/518.

²⁵² Vid. RETUERTO BUADES, Margarita, “*La experiencia del Defensor del Pueblo y la Contaminación Acústica*”, IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo; págs 85 – 95. Alicante, 5, 6 y 7 de octubre de 1994.

²⁵³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, pag. 801.

²⁵⁴ Ponente Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, EDJ 1998/20283.

baile y disponía de la autorización definitiva de apertura como sala de fiestas, carecía de la preceptiva licencia de actividad clasificada en su modalidad de molesta²⁵⁵.

La peculiaridad de este caso radicaba en que el Ayuntamiento entendía que dicha actividad estaba regulada en el Reglamento de Espectáculos Públicos de 3 de mayo de 1935 y exenta de calificación como molesta. Por su parte el Defensor del Pueblo no compartió el anterior criterio, por no considerarlo ajustado a derecho, dados los inequívocos términos al respecto del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de 27 de agosto de 1982, del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, de 20 de noviembre de 1961, y de la Ley 3/1989, de 2 de mayo, de Actividades Clasificadas de la Comunidad Valenciana. Por tanto formuló a la corporación local una sugerencia en el sentido de que se estudiara la conveniencia de adecuar la actividad dedicada a discoteca, mediante la instrumentación de procedimiento establecido a la mencionada Ley 3/1989, de 2 de mayo.

Igualmente el Defensor del Pueblo Andaluz ha recibido numerosas quejas de actividades sin licencia que producen contaminación acústica. Así la *queja 97/2620*, en la que un vecino de Castilblanco de los Arroyos en Sevilla comunicaba que bajo su vivienda, en local comercial, se ejercía la actividad de bar, produciendo el mismo reiteradamente molestias, pues no estaba debidamente insonorizado y al parecer carecía de licencia, cuestión esta que quedó acreditada durante la tramitación de la queja. Como resolución a la queja el Comisionado Parlamentario Andaluz formuló a la Alcaldía el recordatorio legal de ejercer las facultades que a las Corporaciones Locales asigna el artículo 84.1 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, pues aunque el interesado comunicó que había presentado diversas denuncias, el Ayuntamiento ni le había respondido, ni había adoptado medida alguna. Igualmente el Defensor del Pueblo Andaluz le recordó a la Alcaldía que debía impedir el funcionamiento de la actividad mientras no tuviere licencia²⁵⁶.

Ante una situación de clandestinidad la Administración local ha de responder con un Decreto de cierre de la actividad que ha de ser efectivamente ejecutado, pero esta respuesta no es siempre contundente y a ello se refiere la *queja 98/1112*, en la que la interesada, vecina del municipio de Aznalcázar, acreditaba mediante documentación municipal en la que así se reconocía, el funcionamiento de un bar, junto a su domicilio, careciendo de la preceptiva licencia. La documentación que

²⁵⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, págs. 805 y 806.

²⁵⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 470 – 479.

aportaba era una orden de cierre cautelar de la Alcaldía, no llevada a efecto. En consecuencia, constando acreditados por la documentación que aporta la interesada los extremos anteriormente expuestos y que en Resolución de la Alcaldía de nº 13/98, de 11 de Febrero de 1998, no se imponía el cierre del establecimiento, el Defensor del Pueblo Andaluz formuló el Recordatorio del deber de cumplir lo establecido en el artículo 4.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local que establece que las Corporaciones Locales pueden intervenir en la actividad de los ciudadanos a través del sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. Igualmente formuló la Recomendación en el sentido de que inmediatamente se procediera al cierre cautelar, previo trámite de audiencia, de la actividad que se ejercía por el titular sin la debida licencia. A pesar de estas resoluciones que pretendían acomodar la actuación de la Administración al principio de legalidad, la Alcaldía Presidencia del Ayuntamiento de Aznalcázar respondió que no las aceptaba porque le preocupaba preferentemente el ejercicio de la actividad económica, pues suponía el sustento de una familia²⁵⁷.

Igual incumplimiento se hace público en la *queja 93/1870*, afectante al Ayuntamiento de Villaralto en la Provincia de Córdoba²⁵⁸. El asunto se refería a la actividad de un bar que se encontraba funcionando sin disponer de la preceptiva licencia municipal de apertura, tramitada conforme al Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 30 de Noviembre de 1961. Del informe municipal recibido resultó que por Decreto de la Alcaldía, de fecha 14 de Junio de 1993, se ordenó la clausura de la actividad reseñada hasta tanto se subsanaran las deficiencias señaladas en el informe que había emitido, la entonces, Agencia de Medio Ambiente. A pesar de las medidas adoptadas por el Ayuntamiento para compatibilizar la actividad denunciada y el interés general concretado en el ejercicio del derecho al esparcimiento, ocio y tiempo libre, como el no menos protegible derecho al descanso, aún continuaba funcionando el bar sin habersele concedido la correspondiente licencia de apertura, tramitada conforme al Reglamento de Actividades. En base a lo anterior el Defensor del Pueblo Andaluz, cuya actuación fue eficaz, formuló Recordatorio y Sugerencia en el sentido de que se procediese a la ejecución efectiva del Decreto dictado por esa Alcaldía de fecha 14 de Junio de 1993, por el que se dispuso la clausura y cese de la actividad hasta que, se concediese la oportuna licencia de apertura y funcionamiento.

²⁵⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 470 – 479.

²⁵⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 926 – 927.

En otros casos, la actividad se desarrolla con la obtención de la preceptiva licencia municipal, pero el titular de la actividad o va incorporando elementos que la licencia no prevé o va ampliando el negocio sin la preceptiva licencia. Este último fue el caso de la *queja 94/1827* en la que el interesado exponía que en una finca colindante con su vivienda, en la localidad de Zuheros en Córdoba, se ejercía la actividad de bar-cafetería sin la correspondiente licencia de apertura que provocaba molestias por su funcionamiento, ya que tenía instalados equipos de reproducción sonora de música y la actividad que tenía en la planta baja del inmueble la había ampliado a la planta alta²⁵⁹. Entre la documentación aportada por el interesado se contenía copia de Decreto de la Alcaldía en el que se ordenaba el cierre de la actividad, manifestando sin embargo el interesado que la misma continuaba en funcionamiento. A la vista de lo informado por el Ayuntamiento y la Consejería de Medio Ambiente, el Defensor del Pueblo Andaluz constató que dicha actividad contaba con la preceptiva licencia de restaurante sin música, en la planta baja del inmueble. Sin embargo, la actividad se continuaba ejerciendo en la planta alta y con música. Esta situación, suponía el incumplimiento de lo dispuesto en la licencia de apertura, lo que debía ser controlado por el Ayuntamiento.

En consecuencia, se formuló por el Comisionado Parlamentario Andaluz a la Alcaldía Recomendación en el sentido de que por personal de los servicios correspondientes, Servicios Técnicos y/o de Policía Local, se procediera a realizar visitas de inspección y comprobación al establecimiento de referencia, para velar porque se diera cumplimiento a las obligaciones de correcto funcionamiento de la actividad autorizada, denunciando la instalación de elementos no contemplados en licencia, y sancionando, en su caso, aquellos incumplimientos que se detectaran e impidiendo su instalación. La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1991 es contundente en su argumentación del fallo, pues los Ayuntamientos han de adoptar medidas ejemplarizantes y drásticas cuando las licencias incumplen las condiciones a la que se subordinan, así, aún suponiendo el máximo y último grado de disciplina de actividades, las licencias deben ser revocadas cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron su otorgamiento o cuando sobrevengan otras que, de haber existido hubieran justificado la denegación²⁶⁰.

²⁵⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 476 y 477.

²⁶⁰ Ponente Eladio Escusol Barra, EDJ 1991/6936. La sentencia confirmaba la revocación de una licencia municipal para la apertura de un establecimiento destinado a Bar de 3ª categoría, sin ambiente musical. La licencia otorgada tenía una serie de condicionamientos que fueron sistemáticamente incumplidos lo que llevó al Ayuntamiento a revocar la licencia de apertura con la consiguiente clausura de la actividad desarrollada.

En la *queja 95/3948*, la interesada ponía de manifiesto que colindante con su domicilio de la localidad de Guillena en Sevilla, se encontraba situado un pub que le ocasionaba molestias por ruidos producidos por la música a volumen elevado, máquinas de futbolines, etc., impidiendo el descanso nocturno a los miembros de su familia, así como afectando negativamente a los estudios de algunos miembros de aquélla. Asimismo exponía que había enviado escritos al Ayuntamiento de Guillena y a la Policía Local denunciando los hechos, sin que hubiera recibido respuesta alguna²⁶¹.

Del informe y la documentación obrante en el expediente municipal se desprendía que continuaban las molestias por ruidos producidos por equipos de reproducción sonora de música, por los futbolines, por las actuaciones en vivo y por los clientes que consumían bebidas expeditas por el dueño del local en la vía pública, concretamente bajo las ventanas de los dormitorios de la promotora y su familia, con el consiguiente efecto negativo sobre el necesario descanso nocturno. También, se desprendía de la información remitida por el Ayuntamiento que la situación se producía los fines de semana hasta altas horas de la madrugada, con infracción del régimen de horarios. Según el expediente municipal la actividad para la que se había concedido licencia, era la de Bar-Cafetería, no Pub-Cafetería. La licencia municipal se concedió por Decreto de la Alcaldía, de fecha 20 de Julio de 1993, previo informe de la Comisión Provincial de Calificación de Actividades; en la citada Resolución sí figura la categoría de Pub-Cafetería. En el Informe de Calificación, no figuraba autorización para instalación de equipo musical, establecía el cierre a las 22 horas, y no constataba la autorización para instalar juegos recreativos.

Además, el promovente de la queja venía denunciando la actividad molesta desde el 5 de Junio de 1992, fecha en la que no contaba con licencia, sin embargo el Ayuntamiento no actuó con eficacia y coordinación, continuando las molestias al vecindario.

Por las mismas razones que se expusieron al citar la queja reseñada anteriormente a ésta, el Defensor del Pueblo Andaluz formuló a la Alcaldía Recomendación en el sentido de que se procediera a comprobar, de acuerdo con la normativa medioambiental autonómica de aplicación, Ley 7/1994, de Mayo y, en aquel momento, el Decreto 74/1996, de 20 de Febrero, los niveles de ruidos que

²⁶¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 481 – 485.

producía la actividad, y su adecuación a los límites establecidos, debiendo solicitar la cooperación y ayuda técnica necesarias si carecía de medios propios. Igualmente requirió a la Alcaldía que se procediera a la retirada de los elementos musicales, juegos recreativos o cualquier otra instalación no autorizada, al considerarse ilegal su funcionamiento, conforme al Reglamento de Calificación Ambiental y que se procediera a iniciar las actuaciones para que por el órgano Municipal competente, se efectuara la comprobación del cumplimiento o del incumplimiento de horarios por parte del establecimiento,

Al igual que en la queja anterior, la Alcaldía no contestó por lo que se procedió a la inclusión de la queja en el Informe Anual al Parlamento de Andalucía.

En la *queja 95/2779*, la interesada como presidenta de la Comunidad de Propietarios del edificio en el que habitaba, en la localidad de Benalmádena en Málaga, presentó ante el Defensor del Pueblo Andaluz un escrito denunciando las serias molestias por ruidos de música que se producían en un establecimiento destinado a bar. Al parecer, además del equipo de música, tenía música en directo, sin contar con licencia para ello e incumpliendo los horarios de cierre²⁶².

Tras formular una reiteración de la petición inicial de informe, la Alcaldía, comunicó que el establecimiento en cuestión contaba con licencia de apertura para bar sin música y sin cocina, siendo posteriormente solicitada por el titular la ampliación de la licencia a bar con música en vivo, sin que el Ayuntamiento, casi tres años después aún no hubiera resuelto al respecto pues, según decía, había adquirido recientemente un medidor de ruidos, dando las oportunas órdenes a la Policía Local para que efectuara mediciones en el establecimiento y en las viviendas contiguas.

El Comisionado Parlamentario Andaluz, formuló a la Alcaldía Recomendación en el sentido de que actuara con estricto cumplimiento de los principios que se contemplan en el artículo 103.1 de nuestra Constitución. Ello, toda vez que consideró que, con la actuación seguida en el asunto a que se contraía la presente queja, no se había dado cumplimiento al principio de eficacia, ni se había actuado con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, ni se había servido a los intereses generales, pues derechos fundamentales como la protección de la Salud, reconocido en el artículo 43 de la Constitución, y el de disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 45 de la misma, habían podido resultar lesionados con la actuación seguida. En efecto, debido

²⁶² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 478 y 479.

a la permisividad y tolerancia municipal, las molestias que estaban padeciendo los vecinos inmediatos al local, constituidas principalmente por ruidos provenientes de los elementos musicales instalados en el establecimiento y de actuaciones musicales celebradas en el mismo, así como por los ruidos a causa de la congregación de personas y vehículos, en sus inmediaciones, perjudicaban el descanso y constituían un riesgo para la salud de las personas residentes en el inmueble.

Asimismo, formuló a la Alcaldía Recomendación sobre el cumplimiento estricto por el Ayuntamiento de la comprobación urgente de los niveles acústicos del repetido local, procediéndose conforme al artículo 37 del Reglamento de Actividades Clasificadas e imponiendo en su caso, la sanción de cese de la actividad o clausura del establecimiento, adoptándose las medidas precisas para garantizar la eficacia del procedimiento administrativo. Finalmente, recomendó que en ejercicio de las facultades y atribuciones que a los Alcaldes en general les confiere el artículo 21 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, velara por la adecuación del funcionamiento de la actividad a la licencia concedida.

Un comportamiento en el sentido de las recomendaciones efectuadas por el Defensor del Pueblo Andaluz, mostraría que la Administración Municipal está sensibilizada con la necesidad de mejorar la calidad de vida, dentro de un sistema de libertad que implica la adopción de medidas y el establecimiento de fórmulas de garantía a favor de la generalidad de los administrados, que en el caso investigado se conseguiría limitando la música y los focos sonoros a unos niveles más normales, en su caso, con la insonorización del local, y para lo que estaba legitimado el Ayuntamiento. Aún así, la Administración local mostró su escasa sensibilidad por tal problema, además de un desprecio notable por la institución que le sugería pues no emitió respuesta alguna.

A modo de conclusión extraemos dos circunstancias comunes a todos los expedientes citados. En primer lugar, aunque el problema en cuestión es complejo, cabe centrarlo en un primer momento en conseguir que, tanto el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, como el derecho al descanso y los conexos con él, esto es el derecho a la protección de la salud y el de ausencia de ingerencias de cualquier tipo en la vida personal y familiar en el propio domicilio, se compagine con el derecho a la diversión, mediante un ejercicio racional y ponderado de este último, de forma que el límite de uno se aplique donde empiece el ejercicio del otro y, con el derecho a la libertad de iniciativa económica en el marco de una economía libre de mercado. Ante esta situación, corresponde a los Ayuntamientos un papel principal en la promoción y articulación de aquella conciliación de derechos e intereses, sin que les quepa desentenderse y desoír los planteamientos, reclamaciones y denuncias en

ese sentido de los ciudadanos y las Resoluciones de los Comisionados Parlamentarios al respecto. También es común, en segundo lugar, como hemos constatado en todos los expedientes reseñados, la falta de diligencia y de eficacia de las Autoridades Municipales en atajar los problemas que el funcionamiento incontrolado e irregular de las actividades y establecimientos de esta naturaleza, cuando se produce, origina a los ciudadanos. Resultando, en ocasiones, palmaria la falta de conciencia del problema social generado, déficit que insistimos, en ocasiones, resuelven algunos de nuestros municipios inclinándose por favorecer un mal entendido, creemos, desarrollismo localista, a expensas de un sector de determinados servicios que, pretendidamente, benefician a la residencia y al empleo en los núcleos urbanos.

4.2.3.2. La concentración de locales y la ubicación de las ferias

El Defensor del Pueblo ha afirmado que el urbanismo y el planeamiento urbanístico como ordenación física del territorio y de las actividades que en éste se desarrollan, asignando usos y destinos al suelo, constituía una herramienta esencial y directamente vinculada a la ubicación de las actividades y fuentes productoras de molestias. De hecho, teóricamente, los planes urbanísticos han de acotar y distribuir las zonas en función de su uso industrial, residencial y de servicios. Sin embargo, la realidad social y el desarrollo, tanto urbano como demográfico, han evidenciado el incumplimiento de las distancias respecto de los emplazamientos de nuevas actividades y la llegada de las zonas urbanas a las industriales y la confusión y mezcla que de todo ello resulta: coexistencia ilógica e irracional de usos y actividades, potencialmente ruidosas, molestas y contaminantes, en zonas de consideración residencial, cuya difícil compatibilidad llega al extremo de que, desde el punto de vista de los planes de ordenación urbana, se permitan tales coexistencias²⁶³.

Dicha afirmación no es más que el resultado de las numerosas quejas que esta institución ha tramitado y a través de las cuales se constata la realidad a pie de calle, realidad como la expuesta en la *queja 9115496* en la que la Alcaldía de Galende, en Zamora, manifestaba que no podía hacer cumplir el bando que había aprobado para la protección del medio ambiente, en relación a bares y pubs existentes en un centro comercial. La misma Alcaldía radicaba el problema de la concentración de bares, en que cuando elaboró las normas subsidiarias de planeamiento no se separaron

²⁶³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1996, págs. 424 – 426.

debidamente las zonas residenciales de las de ocio, por lo que adoptaba el compromiso de proceder a la revisión de las mismas para dar una solución²⁶⁴.

Del estudio de las quejas presentadas se extrae otra causa de la acumulación de locales cual es la autorización indiscriminada de actividades. Dicha causa fue especialmente puesta de manifiesto en una queja que tenía como lugar de referencia la localidad de El Puente de Sanabria²⁶⁵. El exceso de ruido y sistemático incumplimiento del horario de cierre por cinco establecimientos de ocio y esparcimiento muy próximos ente sí, determinó la admisión de una queja formulada por la propietaria de un hostel ya que por la cercanía de los citados establecimientos a aquél resultaba imposible el descanso nocturno del hospedaje.

Solicitado informe al entonces Gobierno Civil de Zamora, competente en materia de horarios de establecimientos públicos y recreativos, comunicó que el conflicto existente era cíclico al reproducirse e incrementarse cada temporada estival. Las partes en dicho conflicto quedaban representadas, de un lado, por el desarrollo de las expectativas turísticas de la zona, y de otro, por la exigencia de la adecuación de actividades lucrativas particulares al interés general y, consecuentemente, su conciliación con los derechos e intereses del resto de los vecinos. El problema era, sin duda, significativo por cuanto el Gobierno Civil tramitó y resolvió treinta y seis expedientes sancionadores en 1992 en los que impuso multas por importe de 2.830.025 pesetas. A septiembre de 1993 se habían incoado catorce expedientes y se habían dado específicas instrucciones a la Guardia Civil para que intensificase la vigilancia de la zona y formulase las correspondientes denuncias en caso de infracciones del horario de cierre.

El Ayuntamiento de Galende, por su parte, comunicó al Defensor del Pueblo que los establecimientos denunciados contaban con licencia de actividad y funcionamiento pero reconocía que en los meses de julio y agosto era frecuente que se produjera una concentración excesiva de clientela y algarabía callejera, siendo difícil de resolver el problema planteado pese a que la Alcaldía estaba tomando las medidas oportunas para garantizar el horario de cierre. A pesar de la atención y diligencia puestas por las Administraciones públicas concernidas en el problema planteado, lo cierto era que el índice de conflictividad entre los vecinos y turistas crecía cada año, no pudiéndose considerar extraño a este proceso el constante crecimiento de locales de ocio en un reducido espacio. Ante tal situación el

²⁶⁴ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pag. 833.

²⁶⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, págs. 1005 y 1006.

Comisionado de las Cortes Generales fundamentó una recomendación dirigida al Ayuntamiento de Galende en los términos que siguen: *“Esta institución no puede desconocer que el turismo constituye una fuente de recursos que el Ayuntamiento de Galende legítimamente puede utilizar para la promoción desarrollo económico y bienestar de la comunidad, pero parece indudable que la autorización indiscriminada de actividades, a veces poco conciliables si están demasiado próximas (ocio y descanso nocturnos), o la concentración excesiva de las mismas puede ir en detrimento del desarrollo del bienestar y la calidad de vida perseguidos. La decisión de esta cuestiones es de la exclusiva competencia municipal dentro de los parámetros generales del ordenamiento.”* El Ayuntamiento aceptó dicha recomendación y se comprometió a ejercer sus competencias en cuanto al control preventivo de solicitudes de licencia para el establecimiento de locales de esparcimiento y ocio, al objeto de evitar que, por su grado de concentración o relativa incompatibilidad con otras actividades igualmente lícitas se produjeran situaciones de conflicto entre los vecinos, turistas o titulares de actividades, en detrimento del bienestar, el desarrollo y la calidad de vida de los mismos.

Con esta falta de previsión en la planificación urbanística y la autorización indiscriminada de actividades no es extraordinario que se ubiquen en un reducido espacio de la ciudad un número considerado de locales de ocio, como ocurría en la *queja 9003182*, en la que una asociación de vecinos solicitaba la mediación del Defensor del Pueblo para solucionar el problema que afectaba a los vecinos que habitaban en la zona donde se encontraban instalados al menos treinta locales, en un radio inferior a 500 metros²⁶⁶. O la queja en la que el compareciente denunciaba las molestias que le ocasionaba la existencia de aproximadamente 38 locales de ocio repartidos por su barrio²⁶⁷. Esta problemática se reconduce a los problemas de densidad que con parámetros urbanísticos tenían que asumir los responsables de la programación territorial y las ordenanzas urbanas²⁶⁸.

²⁶⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1990, pag. 428.

²⁶⁷ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1999, pag. 494.

²⁶⁸ Esta problemática fue tempránamente planteada por el profesor SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “La afectación de bienes de Dominio Público”, Sevilla, 1979, págs. 192-196 y 222-224. Ver la recepción del parámetro de la densidad propuesto por el profesor Sánchez Blanco en la legislación canaria y balear. Canarias: Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias; Ley 6/2002, de 12 de junio, sobre medidas de ordenación territorial de la actividad turística en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 6/2001, de 23 de julio, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del turismo en Canarias; Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo. Texto Refundido de Ordenación del territorio y espacios naturales protegidos.

Entre las quejas tramitadas por el Defensor del Pueblo Andaluz destacamos la *queja* 97/2785, en la que los interesados, miembros de una Comunidad de Propietarios de la zona Nueva Enramadilla, de Sevilla, exponían que en aquella parte de la Ciudad, estaban proliferando multitud de establecimientos públicos que debido a los equipos de reproducción sonora de que estaban dotados, a la concentración de personas en la vía pública, pues algún establecimiento expendía bebidas para consumir en ella y, debido al incumplimiento de horarios, estaban produciendo graves efectos de contaminación acústica en la zona²⁶⁹. Destacamos también la *queja* 98/2504, en la que una Asociación de Vecinos del popular Barrio de Triana, manifestaba que en la zona de Chapina (C/ Castilla, C/Alfarería, C/ Ronda de Triana, Plaza de la Amargura, Núcleo Residencial Numancia, etc) se producían graves episodios de contaminación acústica debido a la concentración de establecimientos de ocio al aire libre, en Puerta de Triana del Recinto de la Cartuja. En los mismos, dotados de potentes equipos de reproducción sonora, se producían igualmente actuaciones en vivo; incumpléndose horarios, pues en ocasiones finalizaban las actuaciones y el funcionamiento de los locales a las 6 o a las 7 de la mañana²⁷⁰.

En la *queja* 99/1134, la interesada, en representación de la Comunidad de Propietarios Residencial, sita en la Ciudad de Jaén, presentó escrito de queja denunciando la situación en la que se encontraban los vecinos de la zona desde hacía más de tres años, debido a la masiva concentración de pubs que allí se ubicaban. Estas denuncias tenían su justificación en los innumerables alborotos, ruidos, destrozos e infracciones de diversa índole a la normativa vigente que se producían en dichos establecimientos y en las calles circundantes, lo que hacía imposible la normal convivencia de los vecinos de tales viviendas, sobre todo durante los fines de semana²⁷¹.

En la *queja* 99/1442, una Asociación de Vecinos de Barbate, Cádiz, denunciaba la situación de malestar que padecían a causa de las molestias producidas por una serie de bares cercanos a la zona en la que vivían, constatando posteriormente el Defensor que existía una saturación de establecimientos de ocio en la zona. Dicha acumulación de locales concentraba a gran cantidad de gente hasta

Baleares: Ley 8/2003 de 25 de noviembre, de medidas urgentes en materia de ordenación territorial y urbanismo en las Illes Balears; Ley 14/2000, de 21 de Diciembre, de Ordenación Territorial; Ley 6/1999, de 3 de Abril, de las Directrices de Ordenación Territorial de las Illes Balears y de Medidas Tributarias.

²⁶⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 470 – 479.

²⁷⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 470 – 479.

²⁷¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 488 – 496.

altas horas de la madrugada, impidiendo el descanso nocturno y convirtiendo la calle en un basurero con bolsas, botellas, vidrios rotos, vomiteras... A esto se sumaba el ruido de la música de algunos locales que mantenían las puertas abiertas²⁷².

Estas quejas ponen de manifiesto el incremento en el grado de conciencia ciudadana que va existiendo en materia ambiental, y específicamente de impacto acústico, siendo cada vez mayor el número de ciudadanos que constituyen formas asociativas para demandar de los poderes públicos, en especial de las autoridades municipales, actuaciones eficaces en la regulación, supervisión y control del correcto ejercicio de las actividades de ocio encuadradas en los establecimientos autorizados para ello. Al ciudadano español le resulta cada vez más difícil verse privado de su derecho a la intimidad personal y familiar, de su derecho al descanso y a la tranquilidad y de su derecho a la salud en detrimento del desarrollo económico de unos pocos que perturban la habitabilidad de su vivienda y de su barrio.

Frente a estas situaciones y estos conflictos de intereses, tanto el Defensor del Pueblo como el Defensor del Pueblo Andaluz no han dejado de reiterar que el éxito en la lucha contra la contaminación acústica se debe basar principalmente en la prevención, reduciendo en la medida de lo posible la contaminación en su origen²⁷³. Dicha prevención ha de concretarse y hacerse efectiva en la planificación y normación de la distribución territorial de los posibles inmisores de ruido²⁷⁴, planificación ésta que debe prevalecer sobre la territorial y urbanística por cuanto que se trata de una planificación ambiental²⁷⁵.

Esta prevalencia de la protección medioambiental considerada por el Defensor del Pueblo es también el criterio jurisprudencial predominante con expresa referencia en la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1990, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de abril de 1991, y muy especialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2001, en la que, si bien no se reconoce el derecho de la actora, se sienta una doctrina según la cual los efectos perturbadores del ruido sobre la convivencia ciudadana pueden llegar a constituir el fundamento de una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a las Administraciones públicas. El Tribunal Constitucional sostiene en esta Sentencia que una exposición prolongada a unos

²⁷² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2000, págs. 488 – 496.

²⁷³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1998, pag. 61.

²⁷⁴ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs. 802 – 805.

²⁷⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1997, pag. 434.

determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impida o dificulte gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida²⁷⁶.

Tanto el Defensor del Pueblo como el Defensor del Pueblo Andaluz, han sugerido en numerosas quejas la declaración de zonas medioambientales protegidas cuando han constatado la excesiva concentración de establecimientos, fundamentalmente de ocio diversión, y su acumulación en determinadas zonas del casco urbano. El efecto de dicha declaración consiste en que a las actividades que pretenden instalarse en dichas zonas ambientalmente protegidas se les exigen unas condiciones más restrictivas con el objeto de prevenir el efecto negativo que la excesiva concentración de locales en un casco histórico puede provocar²⁷⁷. Ahora bien, la declaración de esta zona no es un fin en si misma, pues de nada sirve si las determinaciones que implica no se aplican, de nada sirve si no se produce una debida vigilancia y exigencia del cumplimiento de las condiciones impuestas y de nada sirve si frente a la infracción de las condiciones no se recurre a la potestad sancionadora. Ejemplo de lo que estamos exponiendo es la queja que recibió el Defensor del Pueblo relativa a los barrios del Puig de Sant Pere, Es Jonquet, El Terreno y Las Maravillas, de Palma de Mallorca. Los problemas que denunciaban los promoventes de la queja consistían en la excesiva acumulación de establecimientos de ocio en zonas residenciales, cuyo horario coincidía con las horas de descanso nocturno de los vecinos, haciéndose incompatible con la vida residencial y familiar²⁷⁸.

Esta situación había provocado el abandono de muchas viviendas por parte de sus residentes. De la documentación aportada se comprobó que el Ayuntamiento de Palma de Mallorca había aprobado, en el año 1995, la Ordenanza municipal para la protección del medio ambiente contra la contaminación por ruidos y vibraciones, la cual establecía, en su artículo 34, la posibilidad de declarar determinadas zonas acústicamente contaminadas. Esta declaración comportaba algunas limitaciones: la prohibición de otorgamiento de nuevas licencias de apertura o funcionamiento cuando se incumplan los requisitos de distancias que se expresaban en el artículo 35

²⁷⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2001, págs. 436 – 438.

²⁷⁷ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1996, págs. 424 y 425.

²⁷⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1999, pag. 496.

de la ordenanza, así como la imposición de horarios de funcionamiento o de apertura al público, tanto para las actividades existentes como para las que pudieran autorizarse.

No obstante se expresaba que, hasta la fecha, ninguna de tales medidas había sido adoptada por el Ayuntamiento, pese a que el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares había confirmado, en el recurso interpuesto por una asociación mallorquina de cafeterías, bares y restaurantes, la legalidad de esta normativa municipal. Por ello, se padecía una situación penosa en los domicilios cercanos, debido a que la actividad musical continuaba ejerciéndose con puertas y ventanas abiertas, concurriendo una presencia masiva de gente en las estrechas calles del barrio que consumían bebidas en la vía pública, causaban destrozos y producían algarabía callejera hasta altas horas de la madrugada, impidiendo, en consecuencia, el descanso de los vecinos que se sentían desprotegidos y privados de sus derechos. Asimismo se manifestaba que se seguían abriendo nuevos locales en la zona, lo que venía a empeorar, aun más, la grave contaminación acústica de los barrios antes citados.

Esta queja no es más que el ejemplo de una situación generalizada excesivamente frecuente: el aparato normativo y teórico puede considerarse aceptable y suficientemente resuelto, pues en la jerarquía normativa el propio Ayuntamiento se había dotado de una Ordenanza con oportunas medidas, pero en la práctica, la inobservancia del ordenamiento jurídico era manifiesto y reiterado, pues no sólo no se aplicaban las medidas a los locales existentes, sino que se estaban abriendo locales nuevos. Los Ayuntamientos parecen olvidar que si un sector de la ciudad ha sido propuesto por la Inspección Ambiental municipal como “zona saturada” por la concentración de bares y actividades ruidosas, así como por el incremento de tráfico rodado, entonces la apertura de un nuevo local de esas características agravará la contaminación acústica que se padece.

Además de ello, cuando el Ayuntamiento se ha dotado de una Ordenanza que prevé dicha declaración y se dan las circunstancias para declararla, la Corporación local queda obligada a la observancia de sus propias Ordenanzas, de manera que la definición de la “zona saturada”, que impone medidas congruentes para solucionar la contaminación, obliga también a atender con prioridad el derecho al descanso de los vecinos, por encima de los legítimos intereses de los empresarios de los locales de ocio, sin que quepan situaciones como la descrita en la *queja de oficio 0200124* en la que el Ayuntamiento, en este caso de Sevilla, incluso frente a la firme oposición de los vecinos, estudiaba la posibilidad de autorizar la apertura de una nueva discoteca en un sector de la ciudad que había sido declarado zona saturada por la concentración

producida en la misma de bares y actividades causantes de ruido y de incremento del tráfico de vehículos²⁷⁹.

En este punto incide la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en relación a la referida Ordenanza del Ayuntamiento de Palma de Mallorca de 19 de julio de 1995 para la protección del medio ambiente contra la contaminación por ruidos y vibraciones²⁸⁰. La ordenanza preveía la posibilidad de declaración de zona acústicamente contaminada y la adopción de “*las medidas congruentes con las situaciones a corregir*” que se enumeraban. Pues bien, para el Tribunal la expresión “*las medidas congruentes con las situaciones a corregir*” no significa que el Ayuntamiento pueda o no discrecionalmente adoptar aquellas medidas necesarias para corregir la situación de contaminación acústica, de modo que si las medidas adoptadas son inocuas o no sirven para corregir la situación de contaminación acústica que ha derivado en la declaración de zona acústicamente contaminada, deberá entenderse que el Ayuntamiento no ha interpretado debidamente la previsión normativa, y por ello deberá ser objeto de revisión jurisdiccional. Para la Sala, la única discrecionalidad estuvo en la decisión del Ayuntamiento de elaborar una ordenanza contemplando la declaración de zona acústicamente contaminada, pues no estaba obligado a hacerlo; pero una vez elaborado el reglamento se agotó la discrecionalidad, y el Ayuntamiento no tiene otra opción que aplicar la norma²⁸¹.

Lo expuesto nos permite afirmar que la persistencia de la contaminación acústica tiene un terreno abonado en la inaplicación e inobservancia de las normas por las Administraciones Públicas, mientras que la eficacia en la lucha contra ruido sólo se conseguirá a través de una decidida y enérgica intervención pública, previniendo más que reparando y poniendo las potestades de policía administrativa al servicio del medio ambiente.

En cuanto a las quejas relativas a la ubicación de ferias tramitadas por el Defensor del Pueblo destacamos la *queja 9322137* en la que un vecino de Zaragoza planteaba los graves problemas que se producían en su calle y en otras colindantes durante la celebración de las ferias patronales por su afectación al tráfico, a la

²⁷⁹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2002, págs. 810 – 814.

²⁸⁰ Ponente Fernando Socías Fuster, EDJ 1999/29148.

²⁸¹ Vid. ACOSTA GALLO, Pablo, “*Ruidos nocturnos por afluencia masiva de público a locales de ocio e intervención municipal (la STSJ de I.B. de 29 de julio de 1999)*”, REALA número 282 – 296, enero – abril de 2000.

seguridad, a la limpieza y los ruidos derivados de la proximidad del recinto ferial²⁸². Así como la *queja 9116505*, relativa a la feria de Córdoba en la que nos vamos a detener para destacar la capacidad de respuesta del Ayuntamiento frente a la contaminación acústica y la adopción de medidas adecuadas para paliarla. La ubicación de la feria de Córdoba en los jardines de un lugar céntrico de la ciudad, colindantes con numerosas edificaciones residenciales, fue lo que dio lugar a la queja citada²⁸³. En ella se denunciaban las graves molestias, tales como ruido excesivo hasta altísimas horas de la madrugada, humos, suciedad, etc., derivadas del referido evento, que asimismo provoca un considerable deterioro, cuando no destrucción, de los jardines que le servían de marco. Por otra parte, se manifestaba en la queja, que aunque la duración oficial de la feria era de tres días, su duración real era de casi diez días, período en el que las personas que habitaban los bloques de viviendas que daban a dicho recinto ferial, se veían imposibilitadas de conciliar el sueño y descansar adecuadamente.

A todo ello, había que añadir la consideración de que, desde las exigencias de la protección civil en el supuesto de que se produjese un accidente o calamidad pública que requiriera la protección y socorro de personas y bienes, la ubicación de la feria de Córdoba en los jardines del centro de la ciudad, dificultaba las labores de auxilio y evacuación de personas. Planteada así la cuestión, el Alcalde de Córdoba alegó que el Ayuntamiento había logrado el acuerdo de todas las fuerzas políticas que lo componían para acometer el traslado de la feria a un lugar más idóneo, compromiso que finalmente fue asumido, pues la feria se trasladó de lugar.

Significativo, y a la vez conmovedor, es el problema de fondo planteado en la *queja 97/1227* promovida por un ciudadano de la Ciudad de Sanlúcar de Barrameda, Cádiz, ante el Defensor del Pueblo Andaluz, cuya vivienda estaba ubicada en la denominada Calzada del Ejército, de aquella urbe gaditana²⁸⁴. En aquel expediente el interesado comunicaba que anualmente, con ocasión de la celebración de la Feria de la Manzanilla, que tradicionalmente se ubicaba en la Calzada del Ejército de la localidad mencionada, tenía que padecer en su domicilio, las continuas molestias y ruidos que generan las casetas, atracciones y puestos, instalados en el recinto. Telefónicamente, comunicó al Comisionado Parlamentario Autonómico que anualmente debía trasladar a su esposa, ya entrada en años, al domicilio de un hijo

²⁸² Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1995, pag. 929.

²⁸³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, pag. 814.

²⁸⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, pag. 547.

que residía en Madrid, permaneciendo él en el hogar familiar, en evitación de que pudiera ocurrir cualquier accidente o catástrofe que pusiera en riesgo el archivo documental privado que custodia en su vivienda, viéndose obligado a concertar póliza de seguro al efecto y a instalar medidas contra incendios y atracos ya que adosadas a la valla perimetral de la vivienda donde residía, se instalaban varias casetas. Además, según se informaba en la queja, se originaba, también anualmente, una situación de riesgo que se podía incrementar en caso de catástrofe como incendio, emergencias, etc., pues, en tales situaciones, el acceso a la zona de los servicios de urgencia, se veía entorpecido y dificultado en extremo.

Añadía el interesado que había formulado diversas peticiones ante la Alcaldía, exponiendo el problema y pidiendo una solución, sin que se le facilitara respuesta. El interesado manifiesta que la instalación de la Feria en el lugar indicado era posterior a la urbanización y edificación de la zona, por lo que se debía buscar otra ubicación en la que no causara aquellos problemas. Mientras que se buscaba una nueva ubicación, sugería que las casetas e instalaciones que se colocan junto a su vivienda fueran alejadas al menos un par de metros evitando riesgos y amortiguando mínimamente las molestias que padecía y sufría anualmente.

Dada la situación extrema que transmitía el afectado en su escrito y la naturaleza de los riesgos y molestias denunciados, el Defensor del Pueblo Andaluz solicitó de la Alcaldía que el informe sobre los extremos denunciados se emitiera con la mayor urgencia posible. La información que la institución andaluza solicitaba del órgano municipal se refería a los siguientes extremos: previsiones, actuaciones y plan de etapas, en su caso, que tuviera el Ayuntamiento adoptadas o pendientes de ejecutar respecto al cambio de ubicación de la Feria; en caso contrario, indicación sobre si se pensaba, a raíz de esta queja o reclamación, buscar algún lugar alternativo para aquella ubicación y, si se pensaba adoptar algún tipo de medidas tendentes a limitar las emisiones musicales y a aminorar los riesgos expuestos; si se contaba con una reglamentación u ordenanza de feria y, por último, la existencia de otras medidas provisionales que se propusieran por esa Alcaldía al respecto de los hechos denunciados.

Dado que la información anterior había sido solicitada a la Alcaldía poco antes del inicio de la Feria de la Manzanilla en la Ciudad sanluqueña, y dados los hechos que se exponían en la queja, el Defensor del Pueblo Andaluz adoptó, dentro del marco procedimental sumario e informal que se establece en la Ley 9/1983, de 1 de Diciembre, una resolución intermedia en este expediente. Tal resolución, debía ser tendente a suscitar, en la medida en que no estuviere siendo así, una actuación preventiva inmediata de la Alcaldía en relación a tratar de lograr una reducción o

amortiguación de las consecuencias negativas o inconvenientes que el desarrollo de las celebraciones y actividades propias de los festejos comportaban para la generalidad de la población residente en la zona donde se ubicaba pues la naturaleza urbanística de la zona era residencial y el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y a disfrutar del propio domicilio en una atmósfera de tranquilidad y armonía se veía perturbado por ingerencias del entorno.

En consecuencia, en aras de su protección se formuló a la Alcaldía Recomendación en el sentido de que se procediera, a la mayor urgencia y con finalidad preventiva, a disponer la elaboración y a aprobar y publicar un Bando que hiciera referencia a los siguientes extremos:

- Advertencia a los titulares de casetas, atracciones, quioscos y demás instalaciones de feria sobre el deber de limitar las emisiones-inmisiones de ruidos y otras provenientes de los focos de generación de los mismos, cualquiera que fuere su naturaleza, a los límites legal y reglamentariamente establecidos y, en caso de lo contrario, advertencia de las posibles sanciones que el incumplimiento pudiera acarrear.
- Advertencia igualmente a aquéllos, de la obligación que les impone la normativa reguladora de bienes y patrimonio local de dejar los bienes de dominio público ocupados con sus instalaciones, en las mismas condiciones en las que los recibieron y, en caso de lo contrario, advertencia de las sanciones que pudieran derivarse del incumplimiento de aquellas obligaciones.

Asimismo, se formuló Recomendación a la Alcaldía en el sentido de que procediera a Decretar, con la mayor urgencia posible:

- La adopción por los servicios municipales competentes, debidamente coordinados con los Servicios Sanitarios, Bomberos, Protección Civil y con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de las medidas preventivas necesarias destinadas a garantizar la seguridad de las personas residentes en la zona y de los inmuebles y edificaciones de su residencia, en evitación o minoración de cualquier riesgo que pudiera afectar a aquella seguridad, y a garantizar la adopción de medidas adecuadas en caso de que por cualquier circunstancia se debiere llevar a cabo la intervención de aquellos servicios.
- La adopción por los Servicios Municipales competentes de las medidas necesarias para que, debidamente dotados de medios personales y técnicos,

pudieran detectar, realizando inspección preventiva, y actuando de oficio o actuando en caso de denuncia, los incumplimientos en materia de sanidad, seguridad y/o de protección ambiental, levantando las correspondientes actas que permitieran instruir los expedientes sancionadores pertinentes.

- La constitución de un servicio municipal de atención al público, en general, ubicado en la zona, se estableciera debidamente señalado y con línea/s telefónica/s para la atención de cualquier reclamación de las personas afectadas y su puesta en conocimiento de forma inmediata de las Autoridades y Servicios competentes, debiendo hacer pública la existencia y ubicación de tal servicio y teléfono de contacto en el Bando de la Alcaldía anteriormente referido.

Si valoramos el contenido de estas Recomendaciones, el Defensor del Pueblo Andaluz le indica al Ayuntamiento las medidas a adoptar en la labor de previsión de conflictos que tendría que haber asumido el Ayuntamiento como referencia habitual en su gestión.

Por lo que se refiere a la ubicación de la Feria de Sanlúcar en otro lugar para los años próximos y sucesivos, ante la falta de información de la Alcaldía sobre previsiones, plan de etapas, reglamentación de feria, etc., que se le había solicitado y, dado que la realidad de los hechos denunciados permitía afirmar con rotundidad que el lugar en el que se estaba ubicando el real de feria no era el más adecuado, debido a los graves perjuicios y riesgos que se causan a los derechos a la protección de la salud, a disfrutar de un medio ambiente adecuado, al descanso en un ambiente familiar y domiciliario sin ingerencias en el disfrute del mismo y al ornato y dominio público, se formuló a la Alcaldía Recomendación de que a la mayor urgencia y brevedad, adoptara iniciativa en tal sentido, incluyendo en el Orden del día de la sesión más próxima del pleno municipal la adopción de acuerdo sobre el cambio de ubicación de la feria para el próximo y sucesivos años, trasladando la misma a lugar adecuado e idóneo desde el punto de vista, por supuesto, de la protección y garantías de los derechos fundamentales y bienes jurídicos antes mencionados, previos los trámites de audiencia e información pública necesarios y aconsejables.

Dado que por la Alcaldía no se respondió en ningún momento a los escritos, el Defensor del Pueblo Andaluz resolvió la inclusión de la *queja 97/1227* en el Informe Anual al Parlamento de Andalucía.

Incide en la problemática expuesta la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003²⁸⁵, en la que concurren los siguientes datos.

Por acuerdo del Ayuntamiento de Gijón se desestimó la petición, formulada por una Comunidad de Propietarios, para que se declarase que el espectáculo denominado Semana Negra constituía una actividad molesta y se asignase para las futuras ediciones una nueva ubicación, fuera del casco urbano. Contra la anterior resolución se interpuso por la Comunidad de Propietarios un recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el que recayó sentencia de fecha 16 de noviembre de 1999 por la que se estimaba en parte el recurso interpuesto, se anulaba el acuerdo impugnado y se declaraba que las instalaciones de sucesivas ediciones del espectáculo denominada Semana Negra no podrían situarse en el Parque Inglés. En su primer motivo de casación, el Ayuntamiento alegaba que la sentencia recurrida infringía el artículo 71.2, en relación con los artículos 2.3, 3.1 y 74 a 91 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, puesto que al declarar que las instalaciones que componían el conjunto denominado “Semana Negra” no podrían colocarse en el Parque Inglés, estaba condicionando el derecho del Ayuntamiento a usar de un bien del dominio público municipal en la forma que estimara pertinente. Este motivo de casación fue desestimado, argumentando que no existían potestades discrecionales en contra de la legalidad y la sentencia de instancia anulaba el acuerdo impugnado porque comprobó que los ruidos producidos por las atracciones instaladas en el Parque Inglés durante la denominada Semana Negra superaban ampliamente los límites establecidos en la correspondiente Ordenanza y originan molestias insoportables a los vecinos.

En el segundo motivo de casación, el Ayuntamiento alegaba que las infracciones de los límites establecidos en la Ordenanza no habían sido cometidas por el Ayuntamiento sino por los explotadores de las diversas atracciones instaladas, que incumplieron las limitaciones impuestas al concederse la correspondiente autorización municipal. Tampoco este motivo de casación prosperó, pues el Tribunal valoró la conducta del Ayuntamiento en relación con las molestias que las distintas atracciones de feria instaladas en la Semana Negra causaban a los vecinos más próximos, llegando a la conclusión de que es el propio Ayuntamiento el que actúa

²⁸⁵ Ponente Ricardo Enríquez Sancho, EDJ 2003/50160.

ilegalmente al no ponderar debidamente la naturaleza de las actividades desarrolladas en un lugar inmediato a una zona residencial, dato que se comprueba en el propio acuerdo municipal, en el que el Ayuntamiento reconocía que se causan molestias al vecindario, aunque se despreciaba su importancia por limitarse a unos cuantos días del año.

4.2.3.3. El incumplimiento del horario de cierre de los establecimientos públicos de diversión

En aspectos como el del horario de cierre, las atribuciones competenciales están delimitadas con claridad por la Ley 13/1999, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía²⁸⁶ y a la Orden de 13 de abril de 2002, por la que se regulan los horarios de apertura y cierre de los establecimientos públicos en la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁸⁷. Sin embargo, los incumplimientos del régimen establecido, como demuestran las numerosas quejas tramitadas, son sistemáticos.

Así la *queja 433/90*, en la que el Defensor del Pueblo Andaluz recomendó al Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda, Cádiz, que adoptara primeramente, las sanciones pertinentes al propietario del local destinado a Bar por el reiterado incumplimiento del horario de cierre y, en segundo lugar, que ordenara a la Policía Local la vigilancia del funcionamiento de dicho bar a fin de comprobar el cumplimiento estricto de la normativa en materia de horarios de cierre y ruidos²⁸⁸. En la *queja 97/633* el interesado también exponía como debía soportar en su domicilio de la localidad de Pizarra, en la provincia de Málaga, las molestias por ruidos, que producían los establecimientos existentes en la zona, especialmente un pub con barbacoa que no cumplían el horario de cierre, y que utilizaba como terraza los aparcamientos de la zona²⁸⁹. En la *queja 97/3038* los interesados denunciaban las molestias por ruidos que producía el funcionamiento de un bar-pub-cafetería, sito en Benacazón provincia de Sevilla, así como el incumplimiento del horario de cierre al tener abierto al público hasta altas horas de la madrugada²⁹⁰. En la *queja 95/3116*, la

²⁸⁶ La competencia para sancionar se recoge en el artículo 29.

²⁸⁷ Artículo 8. Régimen sancionador: Las infracciones a lo dispuesto en la presente norma dará lugar a la incoación de los correspondientes expedientes sancionadores por los respectivos Ayuntamientos o por la Consejería de Gobernación, a través de sus órganos con competencia para ello, siendo de aplicación a estos efectos lo dispuesto en el Capítulo V de la Ley 13/1999, y demás normativa vigente de aplicación.

²⁸⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1991, pag. 454.

²⁸⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, pag. 447.

²⁹⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 447 – 451.

parte interesada denunciaba las molestias por ruidos, procedentes de equipos de música y cante de los clientes, que ocasionaba el funcionamiento de un Bar situado en los bajos de su domicilio en Sevilla y que además incumplía los horarios de cierre²⁹¹.

Característica común de todas las quejas citadas era el hecho de que los interesados indicaban que habían denunciado los hechos ante el Ayuntamiento sin que se adoptaran medidas, en el caso de la última queja la denuncia inicial se había formulado cuatro años antes de la presentación del escrito de queja al Defensor del Pueblo Andaluz. En otros casos que veremos en los apartados siguientes, a la infracción del incumplimiento del horario de cierre se le unen otras circunstancias tales como la ausencia de la licencia de apertura o la obtención de una licencia inadecuada.

Contribuye a agudizar la problemática expuesta, la falta de control riguroso y sanciones eficaces para disuadir de los incumplimientos de horarios de cierre, ya bastante amplios, lo que permite que no se respete el régimen horario y, en cierto modo, estimula el hábito de la juventud a permanecer en la calle hasta altas horas de la madrugada.

Precisamente por los reiterados incumplimientos y por la ineficacia de la potestad sancionadora, los horarios de cierre de los establecimientos destinados a distraer el ocio o proporcionar divertimentos o consumiciones como objetivo inmediato o directo, deben ser objeto de una tutela especial por la Administración en cuanto al cumplimiento estricto del régimen establecido como reconoce la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1992²⁹².

En la medida en que muchos ruidos excesivos que se originan durante la noche en los locales públicos se producen con posterioridad a la hora legal del cierre, el control de los horarios incide de modo importante en el control de los ruidos, con lo cual los Delegados de Gobernación deben coadyuvar a paliar el problema y favorecer el normal descanso y sosiego nocturno de los vecinos, aplicando con rigor la citada Orden con la debida colaboración de los servicios municipales correspondientes. Para ello es necesario que las Administraciones Públicas se tomen en serio la sugerencia del Defensor del Pueblo Andaluz de incrementar la coordinación entre los servicios municipales y los órganos competentes de la

²⁹¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 513 – 530.

²⁹² Ponente Francisco José Hernando Santiago, EDJ 1992/3548.

Administración del Estado, Subdelegados del Gobierno, y de la Administración de la Junta de Andalucía, Delegaciones de Gobernación y Consejería de Medio Ambiente, y de las Diputaciones Provinciales. Para ello, el Comisionado Parlamentario ha mostrado un camino: constituir, en su caso, y dar una utilización más eficaz a las Juntas Locales de Seguridad en cuyo seno, con la participación y coordinación de las Administraciones implicadas, cabría discutir y arbitrar medidas preventivas, de vigilancia y sancionadoras para asegurar la pacífica convivencia vecinal, conforme prevé la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de Febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1990, declara que no es ocioso señalar que en materia de espectáculos públicos, la actividad gubernativa se enmarca dentro de las funciones de policía que la Administración ha de desarrollar en ponderación del orden público más que mercantil²⁹³.

Esta interpretación jurisprudencial pareció no ser asumida por el Ayuntamiento protagonista de la *queja 9212766* que tramitó el Defensor del Pueblo ya que en respuesta a la sugerencia de que cerrara un discoteca por la falta de acondicionamiento de ésta y el exceso de ruidos y vibraciones que ello producía, manifestó que el establecimiento objeto de la queja era el único al que podían acudir los jóvenes del término municipal por lo que de cerrarse, tendrían que acudir a otros pueblos²⁹⁴. Con esta respuesta el Ayuntamiento demostró una especial tolerancia hacia el desarrollo y ejercicio de actividades que constituían una fuente de riqueza e ingresos para el desarrollo de su término municipal. Por ello, en el ejercicio de una actividad económica priman más para la Administración pública local las consecuencias positivas de la actividad en sí, como pueden ser la creación de empleo, el movimiento y circulación de mercancías y, en definitiva, el crecimiento económico, que los efectos negativos que las mismas pueden causar a la salud de las personas y al medio ambiente en general, a causa de los ruidos, vibraciones o emisiones contaminantes. Con este proceder el Ayuntamiento olvida también el criterio jurisprudencial de entender que los bares, cafeterías y otros establecimientos de análoga naturaleza, están destinados a distraer el ocio o proporcionar

²⁹³ Ponente Pedro Antonio Mateos García, EDJ 1990/5914.

²⁹⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz a las Cortes Generales de 1992, págs. 821 y 822.

consumiciones, por lo que prevalecen las medidas de policía y no las de fomento del libre comercio²⁹⁵.

De los datos suministrados por las Delegaciones de Gobernación referidos a los expedientes sancionadores, tramitados entre los años 1991 y 1995, relativos a los municipios capitales de provincia, y la información facilitada por los representantes municipales consultados en la *queja de oficio 93/2608* que tramitó el Defensor del Pueblo Andaluz se desprende que la gestión procedimental de los expedientes tiene graves deficiencias, entre ellas²⁹⁶:

- El excesivo tiempo para la resolución de los expedientes; por lo general más de 6 meses.
- La inadecuada calificación de las infracciones en materia de horario de cierre, al considerarse como leves, teniendo en cuenta la importancia de los bienes jurídicos protegidos²⁹⁷.
- La poca efectividad de las sanciones impuestas, pues o son de cuantía escasa, y/o no se ejecutan, o no se cobran o no se aplican realmente, con lo cual quedan impunes conductas infractoras reiteradas.

Esto también lo ha puesto de manifiesto el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales en la *queja 9300142* en la que un vecino de Granada manifestaba que una discoteca existente en los bajos de su Urbanización en Almuñécar, aún después de habersele incoado tres expedientes sancionadores seguía inobservando los horarios de cierre²⁹⁸. En la *queja 9010825* relativa a un establecimiento de Disco-Pub en una urbanización en Estepona, provincia de Málaga²⁹⁹, el Ayuntamiento había impuesto sucesivas multas al establecimiento sin que las molestias cesaran, ya que el titular las pagaba porque su escasa cuantía era un coste asumido dentro del funcionamiento de la actividad. Por esta razón, el Comisionado de las Cortes Generales sugirió que el

²⁹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 29 de julio de 1999. Ponente: Don Fernando Socías Fuster. RJCA 1999\1966.

²⁹⁶ Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz que lleva por Título “Contaminación acústica en Andalucía derivada de actividades recreativas y consumo de bebidas en las vías públicas, mayo 1996, págs. 153 – 162.

²⁹⁷ Esta conclusión ha de entenderse superada pues la Ley 13/1999, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía en su artículo 20.19 tipifica no ya como leves sino como graves el incumplimiento de los horarios permitidos de apertura y cierre de establecimientos públicos destinados a espectáculos públicos o a actividades recreativas.

²⁹⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, pag. 1003.

²⁹⁹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, págs. 828 y 829.

Ayuntamiento debía imponer otras sanciones diferentes que garantizaran la ejecución de las medidas correctoras. En este mismo sentido se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, en la Sentencia de 29 de Octubre de 2002 cuando tras analizar las sanciones de multas que se impusieron a distintos establecimientos de ocio la Sala se mostró convencida de que las sanciones eran “pírricas” en relación con la intensidad y duración de los daños³⁰⁰.

Es de capital importancia para paliar la contaminación acústica que los poderes públicos entiendan que aunque las normas se hayan de cumplir voluntariamente, en caso contrario, es decir, si se contravienen los horarios legalmente establecidos, estamos ante una conducta ilícita y culpable del titular del establecimiento, con lo que la norma se ha de hacer cumplir, debiendo las autoridades públicas competentes actuar con rigor y eficacia, utilizando los medios de ejecución forzosa previstos en el artículo 96 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, todo ello con aplicación del principio de proporcionalidad y con las debidas garantías jurídicas.

La Recomendación dirigida por el Defensor del Pueblo Andaluz a la Consejería de Gobernación en la tramitación de la *queja* 93/2608, se concretó en que se extremara el control sobre el cumplimiento del horario de cierre de locales de ocio y diversión, y en que se elevara las cuantías de las multas a imponer por sanción municipal, al objeto de que éstas tuvieran efectos disuasorios. Para que lo anterior resultara efectivo sugirió que los expedientes sancionadores se tramitaran en un plazo corto y que las sanciones se ejecutaran con celeridad. A tales efectos, valoró positivamente la conveniencia de incrementar los medios personales y materiales. En este mismo sentido, también se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la Sentencia de la Sala 3ª de 30 de septiembre de 2003³⁰¹. La Sala

³⁰⁰ Ponente: Don Enrique Quiñonero Cervantes. El acto administrativo impugnado fue la denegación presunta por silencio administrativo de la reclamación de resarcimiento de responsabilidad patrimonial por los daños causados por el Ayuntamiento de Cartagena, por dejación de funciones de policía ambiental respecto de diversos establecimientos hoteleros. En el periodo de dos años al titular de un establecimiento que ocasionaba contaminación acústica se le incoaron dos expedientes sancionadores cuyo resultado práctico fue que la actividad molesta no cesó y que tan sólo se sancionó en el primer expediente con 100.000 pesetas y en el segundo con 200.000. Ver Fundamento Jurídico Tercero. JUR 2002\8475.

³⁰¹ Ponente: Don Laureano Estepa Moriana. EDJ 2003/74573. El recurrente interpuso recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sevilla de 22 de febrero de 2000 que desestimaba la reclamación por las molestias que sufría como consecuencia de la actividad del establecimiento ubicado en el inmueble donde residía, y contra el acuerdo de la Alcaldía de Sevilla de 14 de marzo de 2000 que concedía licencia inicial de apertura

estima que se pueden adoptar medidas de control adecuadas para evitar el ruido, y permitir el descanso de los vecinos, entre las que se encuentra la dotación policial adecuada que exija en todo momento el cumplimiento de cuantas normas y ordenanzas estén vigentes en sus estrictos términos. Precisamente, fue la falta de adopción de esta medida lo que determinó que la Sala estimara el recurso y declarara que la Administración incumplía en su función de policía el deber de vigilancia de los horarios de cierre. Una vez más encontramos identidad de planteamientos entre el Defensor del Pueblo y los Tribunales.

Volviendo a la *queja* 93/2608, la respuesta recibida de la Consejería de Gobernación, decía que se habían confeccionado un Borrador de Orden reguladora de los horarios de apertura y cierre de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que modificaba, con carácter restrictivo los horarios establecidos en la entonces vigente Orden de 14 de mayo de 1987. Sin embargo, si observamos la tabla de horarios de la Orden de 14 de mayo de 1987 y la tabla de horarios de su sucesora, la Orden de 25 de marzo de 2002, no se observa una reducción de horarios sino una ampliación de los mismos.

A modo de conclusión, destacamos la identidad de planteamientos entre el Defensor del Pueblo, el Defensor del Pueblo Andaluz y los órganos jurisdiccionales respecto del problema de la “movida” y el incumplimiento de los horarios de cierre. Todos ellos reconocen que los Ayuntamientos no pueden usar métodos represivos salvajes ni impedir concentraciones de jóvenes o el consumo de alcohol o la utilización de vehículos a motor. Reconocen igualmente que la responsabilidad de los padres, los educadores y la sociedad en general no es ajena al fenómeno, porque la falta de educación, cultura, solidaridad y civismo de los jóvenes son la causa de los efectos indeseables de este fenómeno³⁰².

Todos comparten igualmente que no sólo la Administración municipal, sino la del Estado y la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus respectivas competencias pueden combatir mediante el ejercicio de la acción policial

para establecer un bar sin cocina ni música.

³⁰² Entre otras Sentencias ver la Sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía (Sede en Sevilla), de 29 de octubre de 2001. Ponente: Doña María Luisa Alejandro Durán, EDJ 2001/69503, o la más reciente Sentencia de 30 de septiembre del mismo Tribunal Superior de Justicia. Y respecto al Defensor del Pueblo Andaluz ver el Informe especial que lleva por Título “Contaminación acústica en Andalucía derivado de actividades recreativas y consumo de bebidas en las vías públicas”, mayo 1996. Entre la Doctrina: PÉREZ MARTOS, José, “La protección jurisdiccional frente al ruido (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo)” REALA, número 288, 2002, págs. 215 – 244.

correspondiente, el tráfico de estupefacientes, la violencia callejera, etc, para que se haga efectiva la Seguridad Ciudadana³⁰³.

Todos son conscientes de que es necesario un refuerzo en la voluntad de las Administraciones públicas, pues siendo plausibles todas las medidas legislativas, no basta con regular mediante las oportunas ordenanzas la protección del medio ambiente, la prohibición de venta de alcohol fuera de los establecimientos que tengan licencia para ello, la limpieza de los lugares públicos, sino que con los medios adecuados se hagan efectivas dichas ordenanzas impidiendo que se sobrepasen los límites de emisión de ruidos procediendo al cierre de los establecimientos que lo incumplan e incluso dispersando las concentraciones de jóvenes cuando se sobrepasen dichos límites. En este mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Moreno Gómez contra España al condenar a las autoridades españolas al pago de una indemnización, pues aunque el Ayuntamiento adoptó algunas medidas tendentes a asegurar el respeto de los derechos fundamentales afectados, también lo es que toleró, y de esta forma contribuyó a, la reiterada inobservación de las reglas que él mismo había establecido.

No se trata de ejercer una represión policial, sino dentro de los límites de dicha función denunciar una y otra vez las infracciones administrativas, incomodar y disuadir sin descanso a los jóvenes en sus comportamientos y no favorecer dichas concentraciones, porque los derechos de los jóvenes a expresarse y reunirse encuentran sus límites en los derechos de los demás ciudadanos a la libre circulación, al descanso y a la propia vida entendida en un sentido amplio y no sólo físico, que se ven menoscabados al no adoptar las Administraciones públicas las medidas adecuadas y suficientes para paliar al menos los efectos negativos. A la Administración le incumbe en su función de policía el cumplimiento del deber de vigilancia de horarios de cierre, aunque las medidas necesarias para ejecutar dicha competencia sean impopulares y puedan tener un coste electoral. Los Defensores y los Tribunales le recuerdan a la Administración que, como proclama el artículo 103 de la Constitución, debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho así como a los fines que la justifican.

³⁰³ La Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid, de 18 de junio de 1998, en su fundamento de derecho tercero afirma que tanto la Seguridad Ciudadana como el Medio ambiente son títulos de intervención en la actividad de los particulares que pueden converger cuando algún establecimiento abierto al público pueda vulnerar el horario de cierre establecido perturbando la tranquilidad y la paz ciudadanas afectando al medio ambiente.

4.2.3.4. La falta de Coordinación de las Administraciones Públicas y las irregularidades en actuación administrativa

La falta de articulación y eficacia en la actuación de órganos de una misma Administración, en relación con la pronta y eficaz respuesta a las situaciones o problemas que denuncian los ciudadanos por afectar a su derecho al descanso, intimidad e inviolabilidad del domicilio y a su salud, tiene síntesis en la *queja* 96/1074, promovida por una señora jubilada y que vivía sola³⁰⁴. La interesada, manifestaba que había formulado, en repetidas ocasiones, denuncia ante la Policía Local y por medio de escritos, remitidos al Ayuntamiento, por conducto de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, sobre las molestias que le estaba produciendo el funcionamiento de una actividad de bar sita en los bajos de su vivienda, en la Ciudad de Sevilla. Las citadas molestias estaban causadas por los ruidos excesivos originados por los concurrentes al local, y por el funcionamiento de aparatos reproductores de música y actuaciones en vivo, en determinadas fechas y fiestas. Asimismo, manifestaba haber denunciado el incumplimiento de horarios por parte del titular del establecimiento.

Debido a que de la documentación remitida por la afectada se desprendía la existencia de circunstancias concurrentes que hacían preocupante el problema para la persona que lo estaba padeciendo, además de las normales peticiones de informe a los órganos municipales competentes, por miembros de la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, se llevó a cabo una visita al Servicio de Protección Ambiental del Ayuntamiento de Sevilla, para supervisar diversa documentación relativa a la actividad denunciada.

Consultados el expediente de Disciplina Ambiental y el expediente de concesión de licencia, constaba en los mismos el apercibimiento de sanción y del precinto de aparatos de emisión sonora, si en plazo de 15 días no se subsanaban deficiencias como la falta de calibración y precintado de limitador acústico. Pese a que tales medidas no se habían adoptado, transcurrido aquel plazo, al igual que tampoco se había solicitado el cambio de titularidad por la nueva persona que regentaba el local, no se había impuesto sanción alguna. En el expediente de licencia constaba que, con fecha 5 de Julio de 1996, se había concedido el cambio de titularidad y la licencia sometida a condiciones especiales y generales que en la misma se especificaban, habiéndose realizado también visita de comprobación por los Técnicos municipales, no detectándose anomalías. Igualmente, constaban en

³⁰⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 481 – 485.

ambos expedientes denuncias realizadas por la Policía Local a petición de la interesada en la queja, en las que se expresaban horas de comparecencia de los agentes, que puestos en consonancia con los hechos detectados en aquellas comparecencias ponían de manifiesto el incumplimiento del régimen de horarios.

Posteriormente, se volvió a efectuar una nueva visita de trabajo por personal de la Institución al departamento municipal referido. En la visita se les informó que se instaló un limitador acústico en el equipo de música y recibió la regente del establecimiento la autorización del cambio de titularidad. El funcionario local hizo entrega de una copia de las actas de inspección al local objeto de la queja al personal de la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz, informándole que en el aspecto de control horario no se había actuado. En el expediente de queja se constataba que la promotora de la misma estaba denunciando la actividad desde 1993, por incumplimiento de horarios y por molestias que le causaba su funcionamiento. Tales denuncias se estaban formulando a los agentes de la Policía Local y en algunas, los guardias actuantes hacían constar que la actividad estaba en funcionamiento y la hora en que comprobaban tales circunstancias, lo que contribuía a determinar que el régimen de horarios para establecimientos de esta naturaleza se estaba incumpliendo.

Pese a lo anterior, en una palpable muestra de ineficacia y descoordinación, las Delegaciones Municipales y los correspondientes Servicios, nada habían actuado al respecto, sobre el incumplimiento horario constatado por la propia Policía Local en diversas ocasiones. En consecuencia, el Defensor del Pueblo Andaluz formuló a la Alcaldía-Presidentencia del Ayuntamiento de Sevilla, Recordatorio del deber de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, Reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al enunciar que las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Como el Comisionado Parlamentario Andaluz consideró que no se había actuado eficazmente y con coordinación, también formuló a la Alcaldía Recomendación en el sentido de que en el ejercicio de las facultades y atribuciones que a los primeros ediles corresponden por expresa asignación contenida en el artículo 21 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, debía disponer lo oportuno para que por los agentes de la Policía Local se efectuasen periódicamente visitas de comprobación al local en cuestión, para detectar si por el titular del establecimiento, quienquiera que fuere, se cumplían los horarios de cierre; decretándose la incoación de expediente sancionador cuando fuera

necesario. Actuando en la forma recomendada se lograría una mayor eficacia y coordinación, principios de actuación exigibles a las Administraciones Públicas en virtud de lo establecido en el artículo 103.1 de la Constitución.

Debido a la falta de respuesta por parte de los órganos municipales referidos, el Defensor del Pueblo Andaluz decidió efectuar la inclusión de la queja en el Informe Anual al Parlamento de Andalucía.

En la *queja 9212766*, encontramos dos procederes irregulares de la Administración local: la autorización de una actividad a pesar de superar los límites sonoros y la dejación de sus funciones, olvidando el titular de la corporación local el principio de irrenunciabilidad de la competencia. En 1992 compareció el interesado ante el Defensor del Pueblo, en nombre de una comunidad de vecinos de Alcora, en Castellón, para formular queja en relación con la falta de acondicionamiento y exceso de ruidos y vibraciones producidos desde 1989 por la discoteca instalada en los bajos del inmueble³⁰⁵. Manifestaba que el Ayuntamiento de Alcora había autorizado la apertura al público del citado local en 1990 a pesar de que las actas de inspección de los servicios técnicos municipales acreditaban que el ruido transmitido a las viviendas superaba el límite de 35 dB legalmente permitido. Ésta es la primera irregularidad y actuación contraria al ordenamiento jurídico que encontramos en este expediente de queja. Por lo demás, las múltiples denuncias efectuadas con posterioridad y corroboradas por el informe técnico, el que se señalaba que la actividad denunciada sobrepasaba los límites de la autorización, no habían dado lugar a ninguna actuación tendente a la adopción de medidas correctoras o a la clausura del local o cese de la actividad.

Ante esta situación y previa denuncia de la comunidad de propietarios, el Consejero de Administración Pública de la Generalitat Valenciana dictó en 1991 resolución por la que se imponía a los titulares de la actividad una sanción de 300.000 pesetas, requiriéndoles la adopción de medidas correctoras en el plazo de un mes, resolución que no había sido ejecutada, según el formulante, en ninguno de sus términos. Ello determinó la remisión de diversas denuncias dirigidas a la Agencia de Medio Ambiente en las que se insistía sobre la persistencia de la actividad sin que al parecer, se hubiera adoptado medida alguna.

Admitida la queja por el Comisionado de las Cortes Generales y solicitada información en el ámbito de las competencias y actuaciones realizadas por el

³⁰⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, págs. 821 y 822.

Ayuntamiento de Alcora y la Consejería de Administración Pública de la Generalitat Valenciana, el Ayuntamiento manifestó que el titular de la actividad tenía licencia otorgada, y que las actas de inspección de los servicios técnicos municipales acreditaban el correcto acondicionamiento del local para que el límite de 35 dB no fuera sobrepasado.

Además de ello, el Ayuntamiento afirmaba que el límite parecía haber sido infringido según denuncias del formulante, pero como quiera que la Dirección General de Interior de la Generalitat había incoado expediente sancionador al amparo de la Ley Valenciana 3/89, de 2 de mayo, valoraba que no era posible el ejercicio de su potestad sancionadora por los mismos hechos. En todo caso la Alcaldía no estimaba conveniente proceder a la retirada temporal o definitiva de la licencia alegando tres argumentos para ello: primero alegaba que las deficiencias en el funcionamiento de la actividad eran subsanables a través de los procedimientos sancionadores incoados; segundo, que el establecimiento era el único local nocturno al que podían acudir los jóvenes del término y si se cerraba tendrían que acudir a otros pueblos; y tercero, que la concesión de licencia fue objeto de impugnación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en recurso número 464/91. A tenor del informe evacuado, el Defensor del Pueblo procedió a suspender su actuación con el Ayuntamiento hasta que se dictase sentencia estimatoria o desestimatoria de la impugnación de la licencia otorgada.

Tiempo después, la Consejería de Medio Ambiente procedió, de acuerdo con lo previamente solicitado por el Comisionado de las Cortes Generales, a efectuar en 1992 una inspección en el local al objeto de determinar si las medidas correctoras exigidas en la resolución de 1991 habían sido efectivamente adoptadas, constatándose en la misma finalmente su incumplimiento.

De ambos informes, parecía inferirse un tratamiento diferenciado por las dos Administraciones competentes de la cuestión objeto de la queja. Por un lado, el Ayuntamiento, contemplando lógicamente los intereses municipales, consideraba que la superación de los límites legalmente establecidos podían ser tratados en sede de un expediente sancionador que tramitaba en aquel momento la Administración de la Comunidad Autónoma, y también consideraba que era innecesaria la revocación de la licencia, porque el Ayuntamiento figuraba como demandado en el recurso contencioso por su concesión. Por otro lado, la Consejería de Administración Pública, desde la perspectiva de la defensa de la legalidad medioambiental, impuso una sanción grave al titular de la actividad al amparo de lo establecido en el artículo 14.2 de la Ley 3/1989 de las Cortes Valencianas Reguladora de las Actividades Clasificadas.

Hay algunos datos más que concurren en la actuación de las dos Administraciones y que conviene tener en cuenta: el evitar la doble imposición de sanción impedía al Ayuntamiento actuar como Administración sancionadora sin perjuicio de su potestad de propuesta; la facultad de iniciar el expediente sancionador correspondía, en virtud de la normativa autonómica al Alcalde y subsidiariamente al Consejero ante la constatación de una infracción y de la consiguiente inactividad municipal, previa comunicación de éste a aquél, puesto que quien tramita el expediente era la Consejería, quedaba reforzada la presunción de una cierta inactividad municipal, y si bien es claro, que el acto de otorgamiento de la licencia era objeto de revisión jurisdiccional en un proceso en el que el Ayuntamiento figuraba como demandado, las infracciones posteriores a su otorgamiento nada tenían que ver con la cuestión “*sub iudice*”.

Por esta razón, y por el hecho de que el expediente sancionador había sido incoado por un órgano de la Generalitat, correspondía, a juicio del Defensor del Pueblo, a la Administración autonómica, impulsar el procedimiento sancionador de modo que el titular de la actividad denunciada ajustara su actividad a la legalidad vigente o cesara en su ejercicio.

4.2.3.5. La falta de medidas administrativas efectivas y las actitudes de los titulares de la actividad

De la tramitación de las quejas, se constata que, ante la formulación de denuncias en materia fundamentalmente de ruidos, las Administraciones locales que cuentan con los necesarios medios técnicos, efectúan una primera intervención, consistente en realizar las oportunas mediciones facultativas las cuales, en la mayoría de las ocasiones, reflejan la superación de los límites sonoros máximos establecidos en la normativa vigente. No faltan quejas en las que se constatan irregularidades en las actuaciones administrativas efectuadas para llevar a cabo las mediciones o situaciones en la que efectuadas éstas, no despliegan toda su eficacia; así, en la *queja 0101733* las inspecciones no quedaban documentadas con formalidad, pues se efectuaban por personal carente de titulación profesional adecuada³⁰⁶.

³⁰⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs. 802 – 805. Existen múltiple fallos jurisprudenciales que han tenido oportunidad de analizar la corrección de los actos materiales comprendidos en las inspecciones administrativas cuyo objeto es la comprobación del cumplimiento de los límites legales del ruido. Así una de las alegaciones más comunes de los sujetos suele ser que la inspección ha sido realizada por policías municipales y no por funcionarios técnicos. A este respecto el TS, Sentencia de 22 de octubre de 1995, ha manifestado que “*cuando la Policía Municipal, empleando los medios técnicos adecuados, lleva acabo la comprobación no se produce*

En la *queja 221/91* el Ayuntamiento comunicó al Defensor del Pueblo Andaluz que no pudo llevarse a la práctica las mediciones porque el interesado no se encontraba en el domicilio. Con posterioridad a esta respuesta municipal el Comisionado Parlamentario Andaluz tuvo conocimiento de que el Ayuntamiento no había comunicado al afectado con antelación el día y la hora para realizar los actos de comprobación del nivel de ruidos en el domicilio³⁰⁷.

En otros casos las mediciones se llevan a cabo a horas o temporadas del año inadecuadas, como en la *queja 9010825*, en la que, como respuesta a los ruidos que producía durante la temporada de verano un establecimiento en Estepona, Málaga, el Ayuntamiento efectúa las inspecciones durante los meses de diciembre a abril, época a todas luces inadecuada. Por ello el Defensor del Pueblo sugirió que se efectuara la inspección durante el mes de agosto³⁰⁸.

La práctica de las mediciones es muy importante para determinar la culpabilidad y la responsabilidad del infractor y ello lo pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Cataluña de 1 de octubre de 1999 en la que se denegaron como prueba ciertas mediciones que llevaron a cabo por el servicio de inspección de Actividades Industriales³⁰⁹. Las irregularidades fueron varias: quedó probado que los técnicos, tras comprobar que el aparato musical del establecimiento no disponía de limitador, pidieron que se pusiera al máximo volumen y en tal situación se practicaron las mediciones en el domicilio del denunciante que dieron un resultado superior en decibelios al permitido, sin que el acta levantada especificara en que habitación se tomaron. Este dato reconocido por el propio técnico inspector, de que para practicar la medición se hizo subir a la actora el volumen de su aparato al máximo pone de manifiesto lo viciado de la actuación y lo poco representativa de la realidad del sonido emitido, pues del volumen constatado en la inspección no fue responsable la actora sino que se produjo a consecuencia de la petición u orden del propio inspector. Igualmente la jurisprudencia ha manifestado la necesidad de que las mediciones se efectúen en más de una ocasión, pues de lo

una vulneración del Reglamento (...). Esto de ningún modo puede llevar a entender que la intervención del funcionario técnico prevista por el reglamento puede ser sustituida por la actuación de la Policía municipal en todo caso, procediendo esta sustitución únicamente en aquellos supuestos en que el empleo de instrumentos utilizados por personas sin una formación específica respecto a la materia dé lugar de forma indudable a resultados técnicamente correctos”.

³⁰⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1992, págs. 682 – 692.

³⁰⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, págs. 828 y 829.

³⁰⁹ Ponente: Sra. Dª. Mª del Pilar Martín Coscolla, EDJ 1999/45773.

contrario es muy difícil desvirtuar la presunción de inocencia³¹⁰. Lo correcto hubiera sido, sin previo aviso a los encargados del establecimiento, practicar la medición en la vivienda del denunciante y sólo después compararlo con el ruido existente con el aparato musical apagado.

Otras veces las mediciones se llevan a cabo después de un tiempo de espera inaceptable, como en la *queja 8806661*, que se formuló ante el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales acerca de las molestias ocasionadas por una discoteca dado el altísimo nivel sonoro de la actividad. En este caso, la medición acústica en el dormitorio del afectado se llevó a cabo después de más de seis años desde la denuncia inicial, arrojando unos resultados en decibelios muy superiores al nivel máximo establecido³¹¹. En otros casos, la *queja 9300652* o la *queja 9319897*, tras la formulación de las denuncias, la Administración municipal no actúa justificando su inactividad en la falta de medios tanto técnicos como humanos necesarios para hacer frente a las inspecciones y visitas técnicas³¹².

Ante estas respuestas tanto el Defensor del Pueblo como el Defensor del Pueblo Andaluz se encargan de recordar a los municipios la labor de asistencia y colaboración que tienen encomendada por ley las Diputaciones y también los órganos de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, las respuestas de las Administraciones no dejan de sorprendernos. En la *queja 97/3659*, que fue promovida por varios afectados debido a las continuas molestias que originaba un pub radicado frente a su domicilio, en la Calle Mayor de Garrucha en Almería, el Municipio no contaba con la colaboración que había instado de la Entidad Provincial para inspeccionar el local denunciado, porque la Diputación no contaba con personal suficiente y medios materiales al efecto³¹³.

En muchas ocasiones, tras concederse el plazo previsto en la normativa aplicable para que se proceda a corregir las deficiencias, la actuación municipal no agota el resto de las medidas puestas a su disposición para conseguir una efectiva desaparición o eliminación de la molestia. No deja de resultar llamativa la resistencia de ciertos Ayuntamientos a decretar la clausura de establecimientos sobre los que pesan de forma incontrovertida informes municipales sobre los que se constatan el

³¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sala 3ª, de 16 de junio de 1998.

³¹¹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, págs. 805 y 806.

³¹² Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1995, págs. 360 – 362.

³¹³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 447 – 451.

incumplimiento reiterado de las disposiciones legales o reglamentarias, así los expedientes de *queja* 0026063, 0100893 y 9322099, entre otros³¹⁴. Ni tampoco deja de ser llamativo que después de dictar el Decreto de clausura, éste sea meramente formal sin llegar a adoptar medidas para que sea efectivo, así en los expediente de *queja* 98/1112, 94/1827 y 841/92³¹⁵.

Las denuncias de estas situaciones también las ponen de manifiesto los Tribunales, así el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la Sentencia de la Sala 3ª de 30 de Septiembre de 2003, conoció de un caso en el que la prueba aportada en el expediente administrativo ponía de manifiesto que con el número de expedientes abiertos durante catorce años y las actuaciones de la policía municipal, la permisividad por una parte y la inactividad municipal por otra contribuían a las molestias y los ruidos que impedían el descanso³¹⁶. El afectado no había dejado desde 1988 hasta el año 2000 de denunciar las molestias que ocasionaba un bar. En todos estos casos tanto el Defensor del Pueblo como el Defensor del Pueblo Andaluz cursan el recordatorio del deber legal que tiene las Administraciones de cuidar para que su actividad sea eficaz tal y como establece el artículo 103.1 de la Constitución. Tal y como afirma el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en Sentencia de la Sala 3ª de 1 de junio de 1999, de nada sirve la actividad administrativa consistente en llevar a cabo las correspondientes visitas de inspección cuando éstas se quedan en la mera constatación de los niveles de ruidos superiores a los permitidos, sin adoptarse las pertinentes medidas materiales para impedir el funcionamiento del establecimiento que infringe el ordenamiento jurídico, al menos, mientras no conste de forma fehaciente y técnica que se respetan las exigencias de la normativa en vigor³¹⁷.

En la *queja* 9002471 tramitada por el Defensor del Pueblo un vecino del municipio de Córdoba denunciaba las molestias que venía sufriendo desde el año 1987, producidas por una discoteca ubicada en las inmediaciones de su domicilio³¹⁸. Admitida a trámite, se solicitó la correspondiente información al Ayuntamiento de Córdoba a fin de que informara sobre las razones por las que no se había exigido el cumplimiento de los decretos municipales de fechas 22-6-88, 16-2-89 y 3-5-89, en

³¹⁴ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs. 810 – 814.

³¹⁵ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 477 – 479; de 1994, págs. 926 y 927 y de 1992, págs. 682 y 692, respectivamente.

³¹⁶ Ponente: Sr. D. Laureano Estepa Moriana. EDJ 2003/74573.

³¹⁷ Ponente Fernando Nieto Martín, EDJ 1999/49243.

³¹⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1992, págs. 827 y 828.

los que se imponía a los titulares de la citada discoteca una serie de medidas correctoras, y acerca de las medidas que se pensaban adoptar en relación con los hechos reiteradamente denunciados por el formulante de la queja.

Dado el tiempo transcurrido desde que a mediados de 1987 se presentaron las primeras denuncias sobre el funcionamiento irregular de esa actividad y las infructuosas inspecciones realizadas a la misma por los técnicos municipales al haber sido éstas programadas defectuosamente, el Defensor del Pueblo consideró que el Ayuntamiento de Córdoba no estaba actuando de acuerdo con los principios de economía, eficacia y coordinación consagrados en los artículo 103.1 de la Constitución; en el artículo 6 de la Ley 7/85, de 2 de abril; en el artículo 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo y en el artículo 147 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales. Por todo ello, se formuló un recordatorio de deberes legales para que, en cumplimiento de los preceptos antes referenciados, se adoptaran las medidas oportunas para conseguir la definitiva subsanación de las deficiencias detectadas por los servicios municipales.

Después de diversos requerimientos efectuados al Ayuntamiento de Córdoba, éste informó que la Comisión de Gobierno municipal había acordado la clausura de la discoteca por un período de tres meses. En lamentable secuencia en 1993, el promovente de la queja volvía a ponerse en contacto con la oficina del Defensor del Pueblo porque la aludida discoteca había vuelto a funcionar sin que se hubieran subsanado las deficiencias detectadas, y sin respetar la orden de clausura.

Con cierta frecuencia el titular de la actividad, ante la falta de seguimiento y control municipal, no adopta ningún tipo de medida, continuando con el funcionamiento de la actividad y sin que los Ayuntamientos, una vez agotados los plazos, procedan a incoar el correspondiente expediente sancionador. Incluso ante denuncias tramitadas hasta prácticamente el final, como en la *queja 9802324*, ha sido preciso que el Defensor del Pueblo cursara sugerencia a los Ayuntamientos para que, en cumplimiento de la obligación que imponen a la Corporación, la Constitución y la Ley de Bases del Régimen Local, se prosiguiera con la tramitación del expediente sancionador instruido contra el titular del establecimiento decretando su clausura entre tanto se resolviera el expediente, al quedar acreditada la comisión de

infracciones graves y los reiterados incumplimientos; así los expedientes de queja 0111787, 0112855 y 9510087 tramitados por el Defensor del Pueblo³¹⁹.

De entre los expediente de queja tramitado por el Defensor del Pueblo Andaluz detengámonos en la *queja* 96/2482 en el que la interesada denunciaba las molestias por ruido que le producía la Peña situada debajo de su domicilio en Sevilla, debido al alto volumen de la música y a la megafonía del bingo instalado en dicho local, que, según comunicaba, carecía de licencia de apertura. Asimismo exponía que se sentía intimidada por los miembros de dicha Peña debido a los insultos y amenazas de que había sido objeto. En la documentación enviada remitía copia de los escritos de denuncia presentados ante el Ayuntamiento en Agosto de 1996, sin que hasta la fecha de la presentación de queja se hubiera ya resuelto el problema³²⁰.

El Comisionado Parlamentario Andaluz constató que el Ayuntamiento había iniciado expediente sancionador al titular de la Peña, sin embargo, habiendo transcurrido más de 5 meses, no sólo no se había resuelto, sino que continuaba funcionando la actividad que ocasionaba graves molestias por ruidos. Por añadidura concurría el dato de que se había dictado Sentencia, en juicio de faltas, en la que se declara hecho probado la situación de ilegalidad administrativa de la Peña.

Por todo ello, el Defensor del Pueblo Andaluz recomendó, en primer lugar que, sin más dilación, se ejecutara el cese de la actividad ordenada por la Alcaldía, y en segundo lugar, que se resolviera el expediente sancionador incoado imponiendo las sanciones que procedieran. Esta queja es una muestra de que aunque el Ayuntamiento había realizado diversas actuaciones para controlar el funcionamiento irregular de la actividad denunciada, estas medidas no habían tenido la necesaria eficacia para evitar los efectos negativos de ruidos y humos que se venían soportando, pues deberían haberse adoptado medidas cautelares mientras se tramitaba el expediente sancionador. En este punto incide la Sentencia de 10 de abril de 2003 de la Sala 3ª del Tribunal, Supremo que apreció una pasividad reprochable a un Ayuntamiento porque, a pesar de la propuesta del instructor, en el expediente que el Ayuntamiento remitió al Tribunal, no constaba que el Ayuntamiento adoptara las medidas cautelares que le fueron solicitadas y que la normativa aplicable le permitía

³¹⁹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2003, págs. 810 - 814.

³²⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1997, págs. 513 - 530.

y obligaba a adoptarlas para paliar las molestias que por ruidos y vibraciones provocaba una Discoteca³²¹.

En otras ocasiones, se realizan las medidas correctoras impuestas encaminadas a evitar las molestias a los vecinos, acallándose durante un tiempo las denuncias y quejas de los ciudadanos afectados por la perturbación pero, transcurrido un tiempo prudencial y una vez comprobada la relajación municipal, los titulares de la actividad vuelven a ejercerla en las mismas condiciones molestas en que se venía desarrollando al comienzo, con la consecuencia de tener que reiniciar desde el principio el procedimiento de denuncia ante el ayuntamiento, imposición de medidas correctoras, plazos de alegaciones y corrección de deficiencias... Con el agravante de que hasta que se adopta finalmente, y por segunda vez, una decisión por parte del Ayuntamiento, la actividad sigue a pleno funcionamiento y los ciudadanos privados de su derecho al descanso, a la tranquilidad y al bienestar.

Tal es el caso puesto de relieve en la *queja 9316390*, en la que el interesado expuso ante el Defensor del Pueblo la falta de acondicionamiento y el exceso de ruidos producidos por el funcionamiento de una actividad de juegos recreativos instalada en los bajos de un inmueble, en la localidad de Losar de la Vera, en Cáceres, así como la inactividad de las autoridades municipales, ya que denunciada tal situación en repetidas ocasiones no habían iniciado ninguna actuación tendente a la adopción de las medidas correctoras pertinentes³²². Iniciada la investigación, el Ayuntamiento de Losar de la Vera, comunicó que no había sido posible comprobar la veracidad de los hechos denunciados al no disponer de los medios técnicos precisos para efectuar su verificación, si bien, a fin de evitar la transmisión de ruidos al exterior, se requirió al titular de dicha actividad para que mantuviera cerradas las puertas y ventanas, lo que al parecer se había cumplido.

Sin embargo, el Comisionado Parlamentario de las Cortes Generales consideró que tal medida tenía un carácter provisional y era de una eficacia relativa ya que, en cualquier momento, podían repetirse las circunstancias anteriores. Por ello, comunicó al Ayuntamiento que debería actuar de acuerdo con lo dispuesto en la normativa que regula el funcionamiento de las actividades clasificadas, dado que no había hecho uso de todos los instrumentos a su alcance para conocer la existencia de las irregularidades denunciadas y actuar en consecuencia, cual es la facultad que

³²¹ Sentencia de 10 de abril de 2003 del TS. Ver los fundamentos jurídicos 5, 6 y 7. Ponente: Sr. Don. Nicolás Maurandi Guillén, EDJ 2003/17758.

³²² Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, págs. 999 – 1003.

tiene de requerir de los organismos autonómicos correspondientes el auxilio o asesoramiento de los servicios técnicos precisos si no disponía de medios propios.

En otras ocasiones la actitud de los titulares se caracteriza o por abstenerse de solicitar las preceptivas licencias, o, en otras ocasiones, aún contando con aquéllas, o por despreocuparse en adoptar y acometer las medidas correctoras impuestas o incluso se caracterizar por violentar las medidas correctoras impuestas por la Administración local como los precintos. Estos titulares conocen de la lentitud municipal en la adopción de las medidas pertinentes como son los procedimientos sancionadores.

Un ejemplo de esto último es la *queja 97/3217*, los interesados, propietarios de una vivienda en Sevilla, informaban que, justo en los bajos de la citada vivienda, existía un bar-karaoke que incumplía los horarios de cierre, pues en ocasiones el mismo se cerraba a las 6 horas de la mañana. En el citado local, se producían ruidos insoportables como consecuencia del funcionamiento de un potente equipo de música-karaoke, allí instalado. Según indicaba el interesado, había denunciado los hechos en repetidas ocasiones, sin éxito³²³.

En su informe, la Delegación Municipal de Medio Ambiente comunicaba que el establecimiento poseía licencia para bar, sin cocina ni música, habiendo llevado a cabo actuaciones para la clausura del local hasta tanto no se retirara el equipo de música. No obstante, en el informe municipal se ponía de manifiesto que el titular del establecimiento había quebrantado el precinto, motivo por el que previo, trámite de audiencia al referido titular, se le iba a notificar nueva orden de clausura.

Por estos motivos el Defensor del Pueblo Andaluz formuló Recomendación concretada en que se adoptaran de forma inmediata medidas para el cese de la actividad, ordenando a la Policía Local, que vigilara el cumplimiento de la orden de ejecución. Junto a ello recomendó que se resolviera el expediente sancionador incoado al titular del establecimiento.

Con posterioridad, el Ayuntamiento, en cumplimiento de las resoluciones, había dictado una nueva orden de precinto y había ordenado a la Policía Local a que vigilara especialmente el establecimiento por si se producía el incumplimiento. Como efectivamente, se volvió a quebrantar el precinto, lo que ratificó la Policía Local en partes de 12 y 14 de Abril de 1998, la Delegación Municipal de Medio

³²³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 470 – 479.

Ambiente, Parques y Jardines, informó al Defensor del Pueblo Andaluz que iba a dar cuenta al Ministerio Fiscal.

Un caso parecido, porque en él se valoraba la actitud del titular de la actividad y el principio de proporcionalidad en la reacción administrativa, es el que se enjuició, con una duración de seis años, por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de marzo de 2002 de la Sala de lo Contencioso Administrativo³²⁴. El local comenzó a funcionar sin la correspondiente licencia de apertura, aunque luego se solicitó, resultando finalmente concedida, sin que se amparara la instalación de equipos de música ni similares focos de emisión sonora. Posteriormente se solicitó licencia para legalizar la instalación musical y en el expediente aunque se opusieron los vecinos, fue concedida por resolución en 1990 con sujeción a las condiciones de hallarse las puertas del vestíbulo de aislamiento cerradas y de nivel sonoro máximo sujeto a determinados límites.

Posteriormente se concedió al interesado el plazo de un mes para que subsanara deficiencias con advertencia de clausura y precinto del local y se le ordenó que no desprecintara el equipo musical. El precinto fue quebrantado. La consecuencia es que por Decreto de la Alcaldía se ordenó el precinto y clausura del local. El propio interesado propuso como medida correctora dotar al equipo de música de un limitador o compresor y los técnicos municipales procedieron a la regulación. Como consecuencia de ello, por Resolución de la Alcaldía se ordenó levantar el precinto.

En menos de un año constatan los Técnicos Municipales que el limitador había sido alterado y había sido movida la placa que garantizaba su permanencia, rebasándose los niveles de presión acústica y desarrollando la actividad con las puertas abiertas. Por Decreto de la Alcaldía se procedió al precinto del equipo musical. Con posterioridad, los Técnicos observaron, en el preceptivo informe, que se había instalado otro equipo de música, concluyendo que eran necesarias obras de insonorización y previo trámite de audiencia la Alcaldía en el correspondiente Decreto ordenó el precinto. En secuencia se comprueba que los precintos han sido violentados y el local funciona con música amplificada. Concedida nueva audiencia, el recurrente reconoce que el equipo musical estaba funcionando. A su vista se resuelve la clausura y precinto de local, que se materializa efectivamente.

³²⁴ Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos, EDJ 2002/14001.

La doctrina del Tribunal Supremo en este ámbito, aprecia que la actividad jurídico-administrativa de protección de los ciudadanos frente a los ruidos ambientales adquiere una indudable relevancia en consideración a los bienes que el poder público está llamado a proteger, y estimando que el principio de proporcionalidad en la actividad administrativa restrictiva de los derechos individuales impone la ponderación de la gravedad que las conductas infractoras pueden alcanzar, especialmente cuando adquieren una notable intensidad en el exceso de ruido o se prolongan en el tiempo, resuelve que el Ayuntamiento había actuado con adecuación a la Ley sin haber dado un segundo plazo al titular de la actividad para que corrigiera las medidas antes de haber decretado la clausura y el precinto del local.

El Tribunal Supremo sostenía que el principio de proporcionalidad aconseja entender que las posibilidades de subsanación o no de los defectos que se pongan de manifiesto en el ejercicio de la actividad dependen también de las manifestaciones que se hagan en el trámite de audiencia concedido al interesado como paso previo para la aplicación de las correspondientes medidas o sanciones y del carácter más o menos grave y prolongado, en este caso, de la actividad productora del exceso de ruido. De esta suerte, si el interesado no se muestra favorable en el trámite de audiencia concedido a subsanar de modo inmediato las deficiencias observadas o esta falta de voluntad puede deducirse racionalmente de su conducta pertinaz o prolongada en el tiempo, no parece proporcionado concederle un nuevo plazo para este objeto si se aprecia que la continuación de la actividad durante el mismo puede suponer por sí misma una prolongación y con ello una agravación de la lesión o menoscabo de la tranquilidad de los vecinos por el grave exceso de ruidos.

Respecto a la acción del Ayuntamiento de proceder a la clausura sin haber impuesto previamente la sanción de una o dos multas, el Tribunal Supremo estimó, aplicando el principio de proporcionalidad, que las circunstancias concurrentes, esto es la gravedad de los incumplimientos y del riesgo o molestias generados por la actividad, son las que deben determinar la graduación de la reacción de la Administración con el fin de preservar el interés general de los ciudadanos en relación con los intereses particulares del afectado, al que no pueden aplicarse medidas que vayan más allá, en la restricción de sus derechos, de las estrictamente necesarias para garantizar el fin perseguido por la norma. Éste no es otro que el de garantizar la protección y seguridad evitando que las instalaciones, establecimientos y actividades en general produzcan incomodidades o riesgos a las personas y bienes que se encuentran próximos, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene, alteren el medio ambiente u ocasionen daños a las riquezas pública o

privada. En el caso de exceso de ruidos deberá tenerse en cuenta la gravedad que puede tener, especialmente si es prolongado en el tiempo.

Finalmente, el Tribunal Supremo valoró si agotados los plazos concedidos para adoptar las medidas de corrección ordenadas para ajustar la actividad de bar con instalación musical a las condiciones estipuladas en la licencia, cabía proceder a la clausura del local o sólo debía clausurarse el equipo de música que no se ajustaba a las características estipuladas. A juicio del Tribunal, aplicando de nuevo el principio de proporcionalidad fundado en una apreciación conjunta de las circunstancias concurrentes, si se advierte que cabe esperar razonablemente una continuación de la actividad sin causar molestias o riesgos, por ser posible aislar el funcionamiento de las instalaciones que generen los riesgos o molestias, será adecuada la clausura parcial del establecimiento. Pero ésta deberá ser total si se aprecia por la Administración la necesidad de paralizar la industria, locales o instalaciones en su totalidad con el fin de garantizar suficientemente la cesación de la actividad que genera aquellos efectos contrarios a Derecho. Para valorar acerca de la procedencia y alcance de la medida deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que resulten del expediente, teniendo en cuenta, como factor de interpretación prevalente, la finalidad de la mismas, en relación con la importancia de los bienes colectivos que se trata de proteger.

En este caso que hemos expuesto resulta evidente que las oportunidades de corrección otorgadas fueron más que suficientes, que el interesado mostró su voluntad contraria a su cumplimiento, y que continuó realizando la actividad con molestias notables para el vecindario, sin mostrar voluntad de aplicar medidas correctoras. La amenaza grave de la tranquilidad de los vecinos constituye un daño suficiente como para estimar proporcionada la medida de cierre, y la extensión a la totalidad del local se justifica ante la razonable necesidad de evitar que el mismo continuara funcionando ilegalmente por la vía de hecho, como había venido ocurriendo en contra de las disposiciones adoptadas, y, por consiguiente, que continuase frustrándose la finalidad que el poder público está obligado a cumplir de asegurar la tranquilidad y el descanso de todos.

Aquí hay un criterio a tener en cuenta por las Administraciones locales en el ejercicio de sus funciones, sea cual sea el sujeto que infrinja la normativa sobre ruido, como pone de manifiesto la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 1998. Esta resolución judicial declara ajustado a Derecho el requerimiento efectuado a la entidad mercantil “Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles” para que en el plazo de dos meses adoptara las medidas correctoras precisas para ajustar los niveles sonoros transmitidos por la actividad al

exterior, a los niveles establecidos en la Ordenanza vigente. El Tribunal, aún consciente de las dificultades para la clausura o la suspensión de la actividad, le indica a la entidad mercantil que deje de ampararse en su condición de entidad que presta un servicio esencial para la comunidad y asuma su responsabilidad porque de no adoptar las medidas correctoras en el plazo fijado en la Sentencia se iniciará el procedimiento sancionador pudiendo proponerse el precintado de los elementos perturbadores o en su caso la clausura de la actividad³²⁵.

En la *queja* 92/2249, el Defensor del Pueblo Andaluz, inició actuaciones ante la Delegación de Gobernación y el Ayuntamiento de Tomares, en Sevilla. Los hechos se concretaban en un bar y una Discoteca de dicha localidad que producían graves molestias por ruido hasta altas horas de la madrugada. La entonces Agencia de Medio Ambiente había requerido al Ayuntamiento el cierre de las actividades clandestinas. Los vecinos pusieron estos hechos en conocimiento del Delegado de Gobernación sin obtener respuesta³²⁶. El informe municipal manifestaba que los establecimientos carecían de licencias, que la Alcaldía había decretado los precintos y estos fueron violentados por la propiedad de las actividades, dándose cuenta de todo ello al Ministerio Fiscal de la Audiencia de Sevilla, encontrándose en aquel momento el asunto “*sub iudice*” en los juzgados de Instrucción de Sevilla.

En este caso las conclusiones del Comisionado Parlamentario Autonómico se asentaron en apoyar la decisión municipal de dar cuenta a la autoridad judicial de la actuación presuntamente delictiva del propietario, conforme a lo que preveía el artículo 41 del Reglamento de Actividades Molestas, sin que se considerara que la intervención municipal fuera incompatible con la intervención judicial, pues la primera se había resuelto con una sanción administrativa de clausura, no cumplida por el propietario, de los establecimientos, que podía y debía ser ejecutada forzosamente con los medios personales y materiales disponibles por el Ayuntamiento, en virtud del artículo 96 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El Defensor del Pueblo Andaluz manifestaba que la

³²⁵ Ponente: Sr. D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez. Los hechos fueron los siguientes: Por Decreto de la Concejalía de Cultura y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Madrid se sancionó a RENFE con multa de cien mil pesetas y se le ordenó en el plazo de dos meses a la adopción de las medidas correctoras precisas para ajustar los niveles sonoros transmitidos por la Estación del AVE al exterior, a los niveles establecidos en la Ordenanza vigente. El plazo fue sistemáticamente incumplido no adoptándose ninguna de las medidas correctoras.

³²⁶ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 921 – 923.

compatibilidad de las sanciones penales y administrativas en materia medioambiental, venía reflejada en el artículo 45.3 de la Constitución.

Además de ello, el interés público demandaba que el Ayuntamiento, como órgano con competencia originaria en el asunto, continuara actuando contra la producción de unas molestias palpables y no tolerables, considerando que las actividades denunciadas no contaban con las preceptivas licencias de instalación y apertura tramitadas conforme al Reglamento de Actividades Molestas. Esta situación de manifiesta ilegalidad de los establecimientos productores de las molestias permitía el cese del funcionamiento, en base a las funciones de policía de seguridad, previstas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de Febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana para asegurar la pacífica convivencia perturbada por el desarrollo de las actividades de referencia. En base a las anteriores consideraciones, el Defensor del Pueblo Andaluz formuló Recomendación que no fue aceptada, para que se ejecutaran forzosamente las medidas de clausura adoptadas, conforme a lo previsto en el artículo 32.3 de la repetida Ley Orgánica 1/1992.

Otro comportamiento peculiar y reiterado de los titulares de los establecimientos de ocio es el reflejado en la *queja 95/2535*, tramitada en relación al Ayuntamiento de Cabra en Córdoba, en cuyo casco urbano estaba radicada una cafetería-disco. En la queja un ciudadano, denunciaba las molestias que sufría por el funcionamiento de dicha actividad que, además, a su juicio no había cumplido los requisitos impuestos en el trámite de calificación de la actividad³²⁷.

Después de pedir ampliación de informe al Ayuntamiento, el Defensor del Pueblo Andaluz, constató la pasividad de la Alcaldía en regularizar la situación del local, que desde 1993 estaba siendo objeto de denuncias y resoluciones aconsejando u ordenando el cierre, provenientes de otras instancias públicas con competencia en materia de tutela medioambiental. De lo actuado por la Administración Municipal, se desprendía no solo la apatía de la misma en controlar el problema o en aportar posibles soluciones, pese a la claridad de los informes técnicos al respecto, sino que también el propio titular de la actividad, en un alarde de sus facultades para eludir el cumplimiento de normas y obligaciones y el débil control municipal, iba continuamente cambiando la denominación por lo que a la tipología de la misma se refería.

³²⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1996, págs. 477 y 478.

En consecuencia, las resoluciones del Comisionado Parlamentario Andaluz, que no obtuvieron respuesta de aceptación o rechazo, fueron: Recordatorio del deber de someter a licencia las actividades de esta naturaleza, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 84.1 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, de Bases de Régimen Local, y la Recomendación de que impidiera el funcionamiento de la actividad hasta que la misma, fuere cual fuere, no contara con los requisitos exigibles legal y reglamentariamente y no se hubiera verificado, por técnico municipal y por el autor del proyecto de la actividad, la adopción de las medidas correctoras exigibles.

Ya hemos visto como algunos Ayuntamientos, frente a la excesiva concentración de establecimientos de ocio y diversión y su acumulación en ciertos ámbitos del casco urbano, los han declarado zonas ambientalmente protegidas, limitando y condicionando la instalación de cualquier actividad potencialmente contaminante. Esta figura puede contribuir, ciertamente, a una reducción de lo que se conoce como efecto aditivo: aglomeración de clientela que acude a los locales, presencia de numerosos vehículos y ciclomotores con el consiguiente caos circulatorio, alto nivel acústico proveniente, no sólo del espacio cerrado, sino del público que permanece en las calles una vez llegado el horario de cierre.. La decisión de declarar una zona ambientalmente protegida o saturada por ruidos suele venir contemplada, bien en las leyes de las Comunidades Autónomas sobre actividades clasificadas o sobre contaminación acústica, en el caso de aquellas comunidades que han ejercido su potestad legislativa sobre esta materia, o incluso en determinados planes de urbanismo que, de forma progresiva, van incluyendo algunas medidas de protección ambiental, como las relativas a la reducción del impacto del tráfico, el consumo energético, la contaminación ambiental o la emisión de gases y ruidos³²⁸.

En algunas ocasiones el Defensor del Pueblo ha recomendado en la tramitación de algunas quejas a los Ayuntamientos a que consideren la posibilidad de declarar ciertas zonas como saturadas³²⁹, y en otras ocasiones el Defensor ha tenido

³²⁸ Ver Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 2001, págs. 436 – 438. Ver también ALONSO SEGOVIA, Beatriz, “*Las zonas saturadas en Zaragoza*”, Revista Aragonesa de Administración Pública, número 10, 1997, págs. 457 – 475. En este artículo la autora analiza el régimen jurídico de esta medida preventiva y rehabilitadora circunscribiéndose a la legalidad y rigor jurídico del acuerdo aprobado el 29 de septiembre de 1995 por el Ayuntamiento de Zaragoza que puso en práctica dicha medida.

³²⁹ Ver Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 159 y 160. Recomendación hecha al Ayuntamiento de Badajoz como consecuencia de la presencia de numerosos locales públicos de ocio en los soportales de un determinado edificio de Badajoz, que causa numerosas molestias a los residentes en el entorno, que se agrava por la realización de actos incívicos de la clientela que asiste a estos establecimientos.

noticia de la insuficiente puesta en práctica de las zonas saturadas. Este caso fue la queja relativa al barrio de la Lonja en Palma de Mallorca³³⁰. Esta es una zona especialmente conflictiva porque en los últimos años han proliferado los restaurantes, los bares y los *pubs*, provocando una gran concentración humana especialmente en las noches de los fines de semana, lo que produce en definitiva un alto nivel de ruidos, producidos no sólo por la música emitida en aquellos locales sino también por las voces y/o gritos de las personas que deambulan por la calle de un local a otro. Esta situación ha dado lugar a numerosas protestas de los vecinos que habitan en ella, ya que perdura el ruido intenso en las calles hasta altas horas de la madrugada, impidiendo el descanso de los residentes.

Ante esta situación, el Ayuntamiento de Palma aprobó la Ordenanza Municipal de 19 de julio de 1995 para la protección del medio ambiente contra la contaminación por ruidos y vibraciones, la cual establecía, en su artículo 34, la posibilidad de declarar determinadas zonas acústicamente contaminadas. La declaración de zona acústicamente contaminada comportaba algunas limitaciones: la prohibición de otorgamiento de nuevas licencias de apertura o funcionamiento cuando se incumplieran los requisitos de distancias que se expresaban en el artículo 35 de la ordenanza, así como la imposición de horarios de funcionamiento o de apertura al público, tanto para las actividades existentes como para las que pudieran autorizarse. En cuanto a la aplicación práctica de la medida, el profesor BLASCO ESTÉVEZ afirmó que fue muy complicada y dificultosa por la fuerte oposición que mostraron los propietarios de los locales afectados, la asociación de vecinos del barrio y por la tibia actuación municipal³³¹.

La oposición de una Asociación de cafeterías, bares y restaurantes se concretó en la interposición de un recurso Contencioso-administrativo que dio lugar a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 17 de junio de 1997 que desestimó en su totalidad las pretensiones de la asociación³³². Significativa es la Sentencia por la descripción, breve y precisa, que realiza sobre la importancia de respetar los derechos de los demás en materia de ruidos, derecho que se inserta en “*nuestro sistema de libertades públicas*” y que en caso contrario, quien acaba siendo el mayor perjudicado es el ciudadano, “*el más débil, (que) espera con paciencia una solución*”

³³⁰ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, pag. 136.

³³¹ Vid. BLASCO ESTÉVEZ, Avelino, “*Idas y Venidas en la lucha contra el ruido*”, RAP número 153, 2000, págs. 267 – 300.

³³² Ponente: Sr. Delfont Maza.

real que nunca parece llegar”. En la práctica, esos derechos no se respetan voluntariamente y el responsable de ello es, en primer lugar, la Administración municipal porque al poder público municipal, que es el más cercano al ciudadano, le es exigible redoblar la vigilancia. También es apreciable esta Sentencia por la relación de causalidad que establece entre la existencia de los bares, la producción de ruidos en la vía pública y las molestias a los ciudadanos, y por el análisis que realiza sobre la limitación de horario de apertura que regula la ordenanza y que comentamos a continuación.

La Asociación de Cafeterías, Bares y Restaurantes alegaba que la limitación de horarios de apertura al público prevista en la Ordenanza vulneraba el Reglamento General de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas porque éste sólo contemplaba la posibilidad de que el Alcalde concediera la ampliación de horarios. Frente a tal alegación, la sentencia afirma que no ha de dudarse de que todo lo relativo al horario de apertura y cierre de establecimientos comerciales constituye materia reservada a la Ley y vedada a la potestad reglamentaria. La Ley autoriza a todos los ciudadanos a llevar a cabo las actividades que la Ley no prohíbe, de manera que la regulación de este ámbito de libertad del ciudadano corresponde a sus representantes, sin que el ejecutivo se encuentre habilitado para actuar a través de sus reglamentos.

Sin embargo, en cuanto a bares, cafeterías y otros establecimientos de análoga naturaleza, debe tenerse en cuenta que están destinados a distraer el ocio o proporcionar consumiciones, por lo que prevalecen las medidas de policía y no las del fomento del libre comercio. En ese terreno, la actora aduce que en cuanto al régimen horario de esta clase de establecimientos debe prevalecer lo dispuesto en el R.D. 2816/1982 frente a lo previsto en la Ordenanza municipal impugnada. Sin embargo, tenemos que volver sobre el razonamiento anteriormente expuesto relativo a si cabe que el Reglamento pueda limitar la Ordenanza municipal que regula asunto que, sin ningún género de duda, afecta al círculo de sus intereses.

En ese sentido, para un caso análogo al presente, cual fue el régimen de horario en Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de Deusto y la contradicción de éste con una Orden del Departamento de Interior vasco, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1992 afirma que no cabe apreciar por ello vicio de nulidad en la Ordenanza, ya que todo reglamento local o de otro ente está subordinado a la Constitución y a las leyes, pero fuera de esta subordinación a la

Ley, la jerarquía de los reglamentos sólo opera dentro del ordenamiento en el que el reglamento aparezca inserto; y es que el sistema de relaciones entre los distintos ordenamientos está presidido por los principios de competencia y jerarquía ³³³.

Esta cuestión en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares está resuelta en el momento en que se aprueba la Ley balear 9/1997, de 22 de diciembre de acompañamiento a los presupuestos para 1998, porque conforme a su artículo 19, el horario general de los espectáculos y de las actividades recreativas, ha de ser determinado reglamentariamente por el Gobierno autonómico; y, hasta que la Comunidad Autónoma no haya dictado una norma específica en la materia, los Ayuntamientos *“mediante reglamento, podrán establecer ampliaciones o reducciones de horarios de acuerdo con las peculiaridades de las poblaciones, las zonas y los territorios que, especialmente en relación a la afluencia turística y la duración del espectáculo, harán una diferenciación entre la época o estación anual y entre los días laborables, los festivos y sus vigiliass”*.

La oposición de la Asociación de Vecinos del barrio de la Lonja contra la Ordenanza, al considerar que se trataba de un conjunto de medidas insuficientes, se concretó en la interposición de otro recurso Contencioso-administrativo que dio lugar a la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 29 de julio de 1999³³⁴. En sus fundamentos jurídicos se establecía que las molestias por ruidos que afectan al barrio de La Lonja, de Palma de Mallorca, y que habían derivado en que parte de dicho barrio fuera declarado zona acústicamente contaminada, procedían de la aglomeración de personas en la calle y fuera de los locales de ocio en horario nocturno, es decir, que el problema de la contaminación acústica de la zona no derivaba sólo de la música del interior de los locales, sino también del ruido que generaba la afluencia de público en el exterior, en las calles estrechas y con una alta concentración de bares, cafés, restaurantes, cafés-concierto y similares. Por ello, el Tribunal consideró que las medidas adoptadas por el Ayuntamiento que habían llevado a la declaración de zona acústicamente contaminada eran insuficientes para corregir el problema de la zona, por lo que debía entenderse que las mismas no eran congruentes con la situación a corregir por la simple razón de que no la corregían, lo que, inevitablemente, según el Tribunal,

³³³ Fundamento de Derecho octavo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 17 de junio de 1997.

³³⁴ Esta sentencia ha sido comentada por ACOSTA GALLO, Pablo, *“Ruidos nocturnos por afluencia masiva de público a locales de ocio e intervención municipal (la STSJ de I.B. de 29 de julio de 1999)”*, REALA número 282 – 296, enero – abril de 2000.

obligaba a que se adoptase la otra solución prevista y no adoptada, que era la de imponer límites de horario de funcionamiento o de apertura al público, tanto para las actividades existentes como para las que se pudieran autorizar.

No hay que escatimar elogios a la excelente decisión jurisdiccional, en la que el Tribunal constata la insuficiencia de las medidas adoptadas por la Administración para resolver eficazmente el problema que se pretende solucionar con la declaración de zona acústicamente contaminada, proyectando minuciosamente sobre el caso el principio de proporcionalidad o congruencia entre las medidas adoptadas y el objetivo o finalidad de la norma que las prevé, llegando a la conclusión de la falta de congruencia entre ambos parámetros de referencia, y en la que el Tribunal hace un uso valiente de la facultad de pronunciar sentencias de condena contra la Administración, obligándola en concreto a una prestación de hacer: la de establecer límites al horario de funcionamiento de los locales de ocio, incluso de los que están en funcionamiento³³⁵, pero sí hay que destacar que la ejecución de la anterior sentencia por la Administración municipal ha dejado mucho que desear. La declaración de zona acústicamente contaminada efectuada en mayo de 1999 expiró el 31 de diciembre de 1999, sin que el Ayuntamiento fijara un horario de cierre de los establecimientos de ocio emplazados en la zona. Durante ese tiempo, los establecimientos citados continuaron abiertos y con actividad musical hasta la 4 de la madrugada en muchos casos. De este modo, la declaración de la medida caducó sin que hubiese llegado a desplegar ningún efecto y ello porque la única medida efectiva para atajar la contaminación acústica no se adoptó, mientras que las medidas que se adoptaron como pretendidamente correctoras no fueron congruentes con la situación a corregir.

La declaración se levantó así el 1 de enero de 2000 y el Consistorio decidió no prorrogarla, a pesar de que podía hacerlo, aunque con el compromiso de realizar mediciones cada dos meses para controlar el nivel de ruidos y, si de éstas resultara un ambiente acústicamente contaminado, se adelantaría el horario de cierre de los establecimientos, siendo esta precisamente la conducta a la que obligaba la sentencia. Curiosamente, el Defensor del Pueblo en el informe de 1999 hacía una

³³⁵ Como es notorio, esta posibilidad está actualmente prevista en el artículo 71.1.b) y c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. La única objeción que cabe poner a esta decisión del Tribunal es la ausencia de la fijación de un plazo en la sentencia para la adopción de tales medidas –lo que le ha permitido a la Administración retrasarla notablemente– y, por otra parte, que no se trata ya de imponer cualquier límite horario a la apertura de los establecimientos sino que han de ser *límites razonables*. Vid. BLASCO ESTÉVEZ, Avelino, “*Idas y Venidas en la lucha contra el ruido*”, RAP número 153, 2000, págs. 267 – 300.

Recomendación específica sobre el tema, en la que incitaba al Ayuntamiento a cumplir la sentencia antes citada, adelantando el horario de cierre de los establecimientos ruidosos³³⁶.

4.2.3.6. La pasividad de las Administraciones públicas

Las Administraciones públicas, en especial la Administración municipal, están llamadas a desempeñar un protagonismo cualificado en la lucha contra el ruido, y del mismo modo que hay Administraciones públicas que deciden actuar y poner en marcha los mecanismos de control que prevé el Ordenamiento jurídico, cumpliendo la ley con toda eficacia, hay otras que con su pasividad, con su inactividad, colaboran a su manera a que las situaciones de deterioro ambiental se produzcan.

La pasividad administrativa se observa en muchas quejas tanto frente a los vecinos como frente al Defensor del Pueblo o el Defensor del Pueblo Andaluz. En reiteradas ocasiones, los vecinos denuncian hechos sin que se produzca actuación ninguna por parte de la Administración local para ejercer su competencia de “policía de la tranquilidad”, por ejemplo la *queja 9014460*, en la que el promovente exponía que llevaba dos años y medio denunciando a la Administración local sin resultados³³⁷, o la *queja 8806661* en la que el promovente tuvo que recurrir al Defensor del Pueblo después de seis años formalizando denuncias ante la Administración local sin que esta adoptara medidas eficaces alguna³³⁸. Pero hay que tener en cuenta que pasividad no sólo es ausencia total de actividad sino, como afirma el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Sentencia de la Sala 3ª de 10 de febrero de 2003, actuación fragmentaria que por su prolongación en el tiempo deviene insuficiente e ineficaz³³⁹.

En otras ocasiones es el Defensor del Pueblo o el Defensor del Pueblo Andaluz, el que sufre la pasividad administrativa viéndose obligados a realizar hasta tres requerimientos para que la Administración correspondiente remita finalmente el

³³⁶ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1999, pag. 496.

³³⁷ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, pag. 801.

³³⁸ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1991, págs. 805 – 806.

³³⁹ Ponente José Borrego López, EDJ 2003/64097. En el expediente administrativo del que conocía el Tribunal se demostraba que la primera denuncia por los ruidos que causaba el establecimiento se realizó en 1985. Tras reiteradas denuncias, la Corporación municipal efectuó cuatro inspecciones: una en 1995, dos en 1996 y otra en 1997. En todas ellas se constató la existencia de ruidos y la necesidad de adoptar medidas correctoras. Por su parte el Ayuntamiento aprobó acuerdos de cese de actividad en 1996 y 1997, que se revelaron parciales e ineficaces pues no corrigieron la situación.

informe que se le solicita, como en el caso de la *queja 9620861* o de la *queja 9900736*³⁴⁰. Especialmente desafortunada por el desprecio demostrado a la institución del Defensor del Pueblo fue el caso de la *queja 8919136* que se tramitó ante el Ayuntamiento de Pozoblanco en Córdoba, pues después de tres años de insistir al Ayuntamiento para que aplicara las prescripciones contenidas en la normativa reguladora de las actividades clasificadas, el Comisionado de las Cortes Generales se vio obligado a concluir su intervención por considerar que a pesar de los once escritos que remitió a la corporación local, ésta no actuaba con la celeridad y eficacia exigida³⁴¹.

Entrando en el análisis detallado de algunas quejas significativas, un caso flagrante de pasividad y tolerancia municipal ante un grave deterioro de la calidad de vida y tranquilidad ciudadana se puso de manifiesto en la *queja 737/91*, sobre funcionamiento irregular de tres discotecas, dos de invierno y una de verano, en la localidad de Brenes en Sevilla³⁴². La Alcaldía del Ayuntamiento, inicialmente, facilitó a los Asesores del Defensor del Pueblo Andaluz que se desplazaron a las dependencias municipales y a la zona afectada, el examen de los expedientes administrativos de las actividades, que originaban contaminación acústica, inseguridad, molestias de tráfico, etc... En base a la documentación municipal obtenida, la información de la, entonces, Agencia de Medio Ambiente y la inspección ocular efectuada en el lugar de los hechos, se formuló Recordatorio de deberes legales sobre la observancia de determinados preceptos del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, así como de la Ley de Procedimiento Administrativo, en cuanto a la falta de respuesta expresa a las peticiones de la interesada.

Finalmente el Defensor del Pueblo Andaluz concretó su actuación en varias Recomendaciones: la clausura de la denominada Discoteca Extremo de Verano por no haber subsanado las deficiencias en la insonorización del local observadas por los Servicios Técnicos de la Dirección Provincial de la Agencia de Medio Ambiente de Sevilla. Asimismo, según manifestó el Arquitecto Técnico Municipal, las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento, de ese Municipio, prohibía la instalación de discotecas de Verano, a una distancia inferior a 1 km. del casco

³⁴⁰ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 2001, págs. 103 y 107.

³⁴¹ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, págs. 999 – 1003.

³⁴² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, de 1992, págs. 682 – 692.

urbano. Por tanto con esta norma, no existía duda alguna para adoptar la resolución de clausura anterior reseñada.

En secuencia recomendó la clausura de la discoteca Extremo de Invierno por no haber subsanado las deficiencias en la insonorización del local observados por los Servicios Técnicos de la Dirección Provincial de la Agencia de Medio Ambiente de Sevilla y, por carecer en las puertas de cerradura antipánico. Asimismo, recordó a la Alcaldía que, una vez subsanadas las deficiencias señaladas, la actividad no podría iniciarse hasta tanto se girara visita por el Técnico Municipal conforme a lo previsto por el artículo 34 del Reglamento de Actividades y, finalmente, recomendó que el Ayuntamiento, por un lado, ordenara el cese de la actividad de discoteca en el nuevo local de Extremos de Invierno hasta que se concediera la licencia municipal de apertura conforme a lo establecido por el citado Reglamento de Actividades y que ordenara que los terrenos colindantes con la discoteca no tuvieran otro uso distinto al de la calificación contenida en las entonces vigentes Normas Subsidiarias de Planeamiento. En lógica consecuencia con lo anterior se debía proceder a suprimir el anuncio de “aparcamiento vigilado” que figuraba en la pared frontal de dicha Discoteca.

Por último recomendó que por la Policía Municipal se vigilara el cumplimiento del horario de cierre de los establecimientos de referencia, levantando en su caso las actas de infracción correspondiente, y remitiéndolas a la Delegación de Gobernación para la tramitación del expediente sancionador. Frente a todas estas recomendaciones el Comisionado Parlamentario Autonómico no obtuvo respuesta por lo que se declaró la inclusión de la queja en el Informe anual al Parlamento³⁴³.

Otro caso demostrativo de la pasividad municipal en el cumplimiento de la función de “policía de la tranquilidad” lo encontramos en la *queja 106/90*, respecto a la concesión de la actividad de Café-Teatro sito en el municipio de Níjar, en Almería, que producía graves molestias nocturnas por ruidos e incumplimiento de horarios. La queja que el Defensor del Pueblo Andaluz tramitó se abrió en tres instancias: Ayuntamiento, Delegación de Gobernación y Dirección Provincial de la, entonces, Agencia de Medio Ambiente³⁴⁴.

El Ayuntamiento contestó sucintamente que la licencia municipal se había concedido por silencio administrativo. Sobre esta cuestión el Comisionado

³⁴³ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, de 1992, págs. 682 – 692.

³⁴⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, de 1992, págs. 682 – 692.

Parlamentario Andaluz recordó al Ayuntamiento lo dispuesto en el artículo 33.4 del Reglamento de Actividades el cual establecía que transcurridos cuatro meses desde la fecha de la solicitud sin que hubiese recaído solución ni se hubiese notificado la misma al interesado, podría éste denunciar la mora simultáneamente ante el Ayuntamiento y la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, y transcurridos dos meses desde la denuncia podría considerar otorgada la licencia por silencio administrativo, salvo en aquellos casos en que la Comisión hubiere notificado su acuerdo desfavorable y se hallase éste pendiente de ejecución por parte del Ayuntamiento. Junto a este recordatorio legal, el Defensor del Pueblo Andaluz le adjuntó al Ayuntamiento la interpretación que del mismo hizo el Tribunal Superior de Andalucía, en Sentencia de la Sala 3ª de 23 de diciembre de 1980, consistente en que la denuncia de mora se debía hacer de una forma expresa e inequívoca, simultáneamente ante el Ayuntamiento y la Comisión Provincial. Sólo esa simultánea denuncia podía desencadenar la iniciación del nuevo plazo de dos meses, transcurrido el cual empezaba a operar “ope legis” el silencio administrativo positivo.

Dado que en el caso descrito en la queja ante la Comisión Provincial no se había efectuado la denuncia de mora en forma expresa e inequívoca, según se constataba del informe de la Dirección Provincial de la Agencia de Medio Ambiente de Almería, se había producido un defecto de omisión que invalidaba considerar concedida la licencia municipal por silencio positivo de la Administración. A este respecto, era taxativa la doctrina jurisprudencial al afirmar que la falta de licencia no quedaba suplida, por el pago de las correspondientes tasas, ni subsanada por el transcurso del tiempo ni tampoco por la simple tolerancia municipal al ejercicio de la actividad durante un cierto periodo; por tanto resultaba incuestionable que el Ayuntamiento de Níjar nunca otorgó la licencia solicitada.

El Defensor del Pueblo Andaluz entendió que suponía una irregularidad el funcionamiento de una actividad clasificada como era el Café-Teatro objeto de la queja, sin la correspondiente licencia municipal, o en su caso, sin haber cumplimentado las medidas correctoras necesarias para que su funcionamiento no ocasionara molestias a los vecinos colindantes por ello el funcionamiento de la actividad se debía reputar ilegal y se debía proceder a la clausura hasta que se obtuviera su legalización. Aún cuando la actividad comenzase a funcionar simultáneamente a la solicitud de licencia, debía ser considerado su funcionamiento como clandestino y podría clausurarse inmediatamente. El Comisionado Parlamentario Andaluz formuló a la Alcaldía Recomendación en el sentido de que se procediera a clausurar la actividad denunciada, ordenando el cese de la misma hasta

que se concediera la licencia municipal de apertura. En la Oficina del Defensor del Pueblo no se recibió contestación municipal; sin embargo, el Delegado de Gobernación comunicó que la Comisión de Gobierno municipal había acordado clausurar la actividad reseñada e iniciar expediente, en su caso, de legalización.

En correlación con el contenido de las quejas expuestas el Tribunal Supremo ha considerado inaceptable que los Ayuntamientos no desplieguen toda la actividad exigible y proporcionada a las infracciones cometidas por los establecimientos ruidosos. Ello se entiende como una vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y a la integridad e inviolabilidad del domicilio. Así se pronunció en la Sentencia de la Sala 3ª de 18 de noviembre de 2002 que venía a confirmar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 12 de mayo de 1999³⁴⁵. Además en dicha Sentencia se establece una doctrina muy clara sobre el objeto del juicio, que es la actividad general del Ayuntamiento y no exactamente unos expedientes administrativos concretos. En el mismo sentido la Sentencia de 29 de mayo de 2003 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, condena al Ayuntamiento de Sevilla por su pasividad ante las lesiones al medio ambiente, derivadas de los ruidos y vibraciones producidos por la actividad de la discoteca al no haber adoptado las medidas que podían impedirlos y que estaban dentro de su ámbito legal de competencias. Dicha pasividad se reprocha en la Sentencia por cuanto que del expediente administrativo que el Ayuntamiento remitió al Tribunal, aunque el vecino realizó su primera denuncia en 1990, el Ayuntamiento no inició actuaciones hasta 1996 limitándose a girar visita de inspección y constatar que los niveles de ruidos eran superiores a los permitidos, luego estuvo seis años sin emitir una sola respuesta al denunciante. El Tribunal reprocha al Ayuntamiento que su pasividad supone una dejación de la competencia y responsabilidad que en materia de medio ambiente es asignada a los Ayuntamientos en la normativa estatal³⁴⁶. El Tribunal Supremo condenó al Ayuntamiento al pago de una indemnización y a que mantuviera la clausura o cierre de la actividad de la discoteca litigiosa hasta tanto no se comprobara por los técnicos municipales de adopción de las medidas eficaces para impedir totalmente que los ruidos y vibraciones se afectaran a las viviendas próximas y colindantes.

³⁴⁵ Ponente Ramón Trillo López, EDJ 2001/51942.

³⁴⁶ Ver los fundamentos jurídicos 5, 6 y 7 de la Sentencia de 29 de mayo de 2003 del TS. Ponente: Sr. Don Nicolás Maurandi Guillén, EDJ 2003/80994. Esta es la tercera Sentencia dictada por el Tribunal Supremo que aplica la doctrina de vulneración de derechos fundamentales por la pasividad de un Ayuntamiento frente a la Contaminación Acústica. La segunda sentencia fue la Sentencia de 10 de abril de 2003 y la primera la Sentencia de 18 de noviembre de 2002.

No sería justo concluir este epígrafe sin resaltar que también hay diligentes actuaciones por parte de los entes locales así la *queja 712/92* en la que el Ayuntamiento de Huelva clausuró un pub que originaba graves molestias por ruidos a los vecinos; también la *queja 107/92* y *queja 396/92* en las que el Ayuntamiento de Sevilla cerró varios bares y pubs por carecer de licencias y considerarse, por tanto, actividades clandestinas, o no ajustadas a las autorizaciones municipales concedidas; incluso en la *queja 841/92*, se demuestra la rigurosa posición de la Concejala Delegada de Medio Ambiente, Parques y Jardines del Ayuntamiento de Sevilla que remitió al Ministerio Fiscal las actuaciones por incumplimiento reiterado, de los Decretos sancionadores por el propietario de un Bar. Igualmente en la *queja 94/32*, el Ayuntamiento de Huelva, también actuó, una vez que intervino el Defensor del Pueblo en el asunto, con rapidez y eficacia, al cerrar un bar que venía causando importantes molestias por ruidos de música, cante, baile, música y guitarras en un local que tenía licencia para café-bar³⁴⁷.

Otras muchas quejas, se solucionaron favorablemente con la intervención del Defensor del Pueblo Andaluz o se consiguió que entraran en vías de solución: la *queja 92/1329* frente al Ayuntamiento de Castilleja en Sevilla; la *queja 92/1668* frente al Ayuntamiento de Lucena en Córdoba; la *queja 93/2047* frente al Ayuntamiento de Puente Genil en Córdoba y la *queja 94/221* frente al Ayuntamiento de Estepona en Málaga. En todas ellas se consiguieron resultados positivos en las actuaciones municipales que con la intervención de la Institución se agilizaron y aplicaron con mayor rigor. Análogamente sucedió con la regularización de la situación de unas Discotecas que funcionaba irregularmente en los Municipios de Cabezas Rubias en Huelva en el expediente de *queja 92/1392* y Benaoján en Málaga en el expediente de *queja 93/240*, consiguiéndose que se ejecutaran las medidas municipales acordadas sobre adecuación de niveles de música a límites reglamentarios³⁴⁸.

4.2.3.7. La problemática de los municipios durante los meses de verano

En las zonas del litoral los focos y las causas de contaminación acústica se agravan, pues la mayoría de municipios en épocas estivales y en otras fechas vacacionales no son capaces de asumir el incremento de población producido, con las consiguientes consecuencias de aglomeración de público en determinados locales de

³⁴⁷ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, pag. 932.

³⁴⁸ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1994, págs. 927 – 932.

ocio. Especialmente en estos lugares de costa y en los lugares turísticos, es frecuente que empiece a funcionar un establecimiento sin contar con la preceptiva licencia en el mes de junio y con las elementales argucias que conocen sus titulares consiguen que llegue septiembre sin haber cesado en momento alguno su actividad clandestina. En las denominadas “Discotecas o terrazas de verano”, el Defensor del Pueblo y el Defensor del pueblo Andaluz detectan a menudo, situaciones de clandestinidad, pese a ser conocidas por las autoridades municipales en muchos casos al haber cobrado la tasa correspondiente; en la mayoría de los supuestos termina la “temporada” y no se han clausurado después de haber producido graves molestias a los vecinos.

En estos casos, los policías locales y funcionarios comprueban en numerosas ocasiones, que resulta totalmente inoperante actuar con una rutinaria aplicación de la normativa reguladora de actividades clasificadas en los casos en los que sólo se funciona en unas épocas muy concretas del año ya que sabedores de la lenta intervención municipal, los titulares de esas actividades de ocio, que sólo funcionan cuando hay una afluencia de veraneantes, consiguen eludir una y otra vez el cumplir con las prescripciones contenidas en esa normativa o en las órdenes dadas por los alcaldes.

Debido a que en esos lugares de veraneo, las viviendas suelen estar ocupadas sólo en los periodos de vacaciones de la época estival, Navidades y Semana Santa, los funcionarios municipales deben tener la suficiente previsión para evitar que resulte infructuosa su actuación, pues los titulares de esas actividades que no cumplen con la normativa vigente consiguen su propósito de no sufrir las consecuencias negativas que para su negocio tendría una sanción eficaz si los Ayuntamientos imponen una clausura a ejecutar justamente en los meses en los que esos establecimientos estarían forzosamente sin actividad por falta de clientes, o les imponen una multa de tan escasa cuantía que su pago, cuando se efectúa, no implica quebranto económico por las ganancias que reporta el funcionamiento sin los requisitos impuestos.

En los espacios exteriores, tales como plazas, calles o jardines, los focos de ruido provienen de actos circunstanciales como la entrada y salida del público de los establecimientos o de la instalación de veladores. La adopción de medidas tales como la limitación de horarios de funcionamiento según la situación urbanística de la misma o la exigencia de un escrito de los vecinos directamente afectados prestando su conformidad a la instalación de los veladores como requisito imprescindible a acompañar a la solicitud, son medidas acertadas y congruentes con la participación de los afectados en la toma de decisiones. Con este proceder de la Administraciones local se evitarían situaciones como la descrita a continuación.

En la *queja 98/780*, una residente de temporada en una vivienda en Encinasola, Huelva, vivienda en la que residía habitualmente su madre, persona de avanzada edad y delicado estado de salud, junto con una hermana, exponía que en la referida calle, contiguo al domicilio de su madre, se encontraba ubicado un bar que producía numerosas molestias al vecindario. Las molestias consistían en el alto volumen de la música ya que su titular colocaba un altavoz en la ventana exterior de dicho establecimiento incumpliendo además el horario de cierre y, por otro lado, que en el verano se cortaba el tráfico rodado de dicha calle, ocupando la misma el titular del establecimiento con veladores que dificultaban el acceso a los domicilios particulares³⁴⁹.

Admitida a trámite la queja se solicitó informe a la Alcaldía en relación al expediente de concesión de la licencia de apertura de dicho establecimiento, así como si dicho bar poseía licencia para la instalación de veladores; las medidas adoptadas por el Ayuntamiento para paliar las molestias por ruidos denunciadas por la interesada y las medidas adoptadas por la Alcaldía para el control del horario de cierre del establecimiento. Tras alguna insistencia por parte del Defensor del Pueblo Andaluz para que se remitiera el Informe, la Alcaldía finalmente contestó. Respecto al cierre de los horarios el informe remitido afirmaba que se cumplían, pero ninguna referencia hacía al funcionamiento de los elementos de reproducción sonora musical y su control. En las mediciones de ruidos efectuadas por los Servicios Técnicos de la Diputación Provincial sobre el local objeto de la queja se había detectado incumplimiento de los límites de emisión-inmisión de niveles sonoros.

Puesto que el Ayuntamiento no acreditaba haber llevado a cabo ninguna actuación, el Comisionado Parlamentario Andaluz recomendó, en relación a los ruidos, que se procediera a ordenar el cierre de la actividad denunciada hasta tanto no acreditara su titular, por los medios técnicos admisibles, que se cumplían los niveles de emisión-inmisión autorizados en la normativa autonómica. En relación a los veladores, recomendó que se procediera a revisar el acto administrativo de concesión de la licencia para ocupar la vía pública, en atención a que la misma habría de servir para uso y disfrute común y general de los ciudadanos y vecinos y cualquier reserva de uso tenía que garantizar la compatibilidad con aquella otra utilización.

Como respuesta a estas recomendaciones la Alcaldía se limitó a afirmar que no era cierto que los veladores estorbaban para el acceso a los domicilios

³⁴⁹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1999, págs. 447 – 451.

particulares, indicando que había ordenado la disposición de los veladores en forma que permitieran el tránsito y, sin pronunciarse sobre si la vía pública se había cortado o no al tráfico rodado. Además de ello la Alcaldía recordaba al Defensor que en todos los pueblos de la Comunidad Autónoma existían este tipo de terrazas y locales para que los vecinos pudieran pasar una noche agradable, y en estos pueblos, los vecinos viven en paz, “*viviendo y dejando vivir*”, dentro de unos márgenes tolerables que eran respetados a juicio del órgano municipal. Esta respuesta no suponía la aceptación de las Resoluciones, y como de ella se deducía que iba a seguir tolerando el funcionamiento de la actividad, el Defensor del Pueblo Andaluz hizo pública la queja en su informe anual y cerró las actuaciones.

Como quiera que la interesada insistiera en su queja nuevamente, el Comisionado Parlamentario Andaluz volvió a instar informe de la Alcaldía sobre ejecución del Decreto de suspensión de la actividad que había adoptado. En la investigación que llevó a cabo el Defensor del Pueblo Andaluz, valoró que dicho Decreto se aprobó de manera más formal que efectiva, puesto que trayendo causa en el incumplimiento de una orden de adopción de medidas respecto a la música se le daba prácticamente todo el verano de plazo para cumplirla, con el consiguiente beneficio al infractor y perjuicio del derecho al descanso y de protección de la salud, cuando menos de la familia de la denunciante. El profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO es contundente en calificar este tipo de actuaciones municipales en las que los Ayuntamientos adoptan acuerdos o disposiciones sin tener la decisión firme de llevarlos a cumplimiento y lograr que sean efectivos. Considera que es caso mejor que no haya acuerdo o disposición a que haya y sea luego cosa sabida que no se va a aplicar y va a quedar en letra muerta. El comportamiento de Ayuntamientos que juegan a apariencias es muy grave puesto que va a permitir, en palabras del profesor, que impere la ley de la selva³⁵⁰.

Prosiguiendo con la queja, ante la evasiva respuesta en las actuaciones anteriores, se le reiteró que enviara información sobre si el titular de la actividad contaba con autorización para instalar veladores en la vía pública, modificando el uso normal para tráfico. A pesar de las circunstancias específicas que concurrían en la queja, a saber: la existencia de informe de los Servicios Técnicos de la Diputación Provincial que ya habían calificado el ruido percibido en la vivienda de la familia de la denunciante, como intolerable; la existencia de ocupación de la vía pública con

³⁵⁰ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “*Los ruidos evitables (Sentencia de la Sala 3ª de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 10 de octubre de 1988)*”, REALA número 238, 1988, págs. 1274 – 1282.

veladores, lo que contribuía, además de a dificultar el acceso con vehículos por la calle, a aumentar las molestias; la existencia de enfermedad y padecimiento, justificados documentalmente, en morador de vivienda contigua al bar. La Alcaldía aportaba como argumento de autoridad para mantener la línea de su antecesor en el cargo, informe del Letrado que insistía en la existencia de paridad entre el libre ejercicio de actividades económicas privadas y derechos como el de protección de la salud o a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Tras reiterar el Defensor del Pueblo Andaluz las recomendaciones anteriores y otorgarle a la Alcaldía un plazo de siete días para que se pronunciara sobre si las aceptaba o no, no se obtuvo respuesta alguna.

Tampoco se remitió informe al Defensor del Pueblo Andaluz por parte de la Alcaldía de Córdoba en la *queja 97/3981*. En ella, la interesada comunicaba que en la Plaza de San Pedro de la Ciudad de Córdoba, se había procedido a la ampliación del acerado con el único objeto de permitir al titular de un establecimiento de hostelería, la instalación de veladores y sillas en la vía pública³⁵¹.

Tal actividad y los veladores allí ubicados originaban molestias que impedían, según la comunicante, el descanso a los vecinos de las viviendas próximas y además les impedía o dificultaba el acceso a las mismas. Pese a haber presentado la Asociación de Vecinos una reclamación para que se repusiera la plaza a su estado originario y un escrito solicitando que no fuera autorizada la instalación de veladores nada se había respondido, no habiéndose adoptado tampoco ninguna medida para evitar que se interceptara el paso de peatones y el de vecinos a sus viviendas. Después de no pocas insistencias ante la Alcaldía, el Defensor del Pueblo Andaluz formuló Advertencia de posible declaración de actitud entorpecedora, lo que sirvió para que, finalmente, recibiera informe de la Gerencia de Urbanismo, en el que se indicaba que los veladores instalados excedían del número que se permitía y que además, en el año 1998, se habían instalado antes de obtener la oportuna autorización municipal.

Dado que la instalación de los veladores se efectuaba en espacio público sometido a uso común general, la autorización de ocupación requería que no se causaran dificultades, perjuicios, lesiones o molestias a aquel uso común, debiendo impedirse el mismo si se produjere alguna de aquellas circunstancias. Por ello, el Comisionado Parlamentario Autonómico formuló Recomendación en el sentido de

³⁵¹ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 470-479.

que se procediera a dejar sin efecto la autorización que se hubiese concedido, si fuese el caso, o de que no se concediera la misma, dadas las molestias originadas y los incumplimientos habidos por el titular de la actividad solicitante de ocupación de espacio público con veladores y sillas, debiendo controlar la Alcaldía que el establecimiento contara además con licencia de apertura. Sobre la aceptación o no de esta resolución el Defensor del Pueblo Andaluz no obtuvo respuesta.

Con estos comportamientos se pone de manifiesto actitudes y ausencia de actuaciones que obvian principios constitucionalmente tales como el sometimiento de toda riqueza económica a los intereses generales o el objetivo de conseguir una digna calidad de vida, así como la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la primacía de derechos como el de la integridad física y moral, la protección de la salud y el disfrute de un medio ambiente adecuado.

En orden a prevenir estas situaciones el Defensor del pueblo Andaluz propone como medida acertada extremar la concesión de licencias para actividades con música exterior, que no estén alejadas suficientemente de viviendas o con música interior, debiéndose acreditar en este último supuesto, una correcta insonorización exterior de la música y que disponen de vestíbulo de entrada con doble puerta. En este ámbito, estima conveniente la institución que se regule la limitación de horario de funcionamiento para los veladores, excepcionándose dichos límites horarios si se acredita, al solicitar la licencia de veladores que los niveles de inmisión en los locales más próximos se ajustan a los establecidos en la correspondiente Ordenanza Municipal.

Una imagen de los municipios de costa la encontramos en la *queja 97/2913*, la *queja 98/452* y la *queja 98/464*. En ellas se denunciaban, por ciudadanos extranjeros, las molestias por ruidos que producía el funcionamiento de un establecimiento ubicado en las proximidades de sus apartamentos en la Urbanización “Bermeja Beach”, en Estepona, Málaga. Los promoventes denunciaban que en el citado establecimiento se desarrollaba no solamente la actividad propia de lo que se espera de un servicio a los usuarios de las playas, sino que fundamentalmente se dedicaba a promover una activísima vida nocturna a base de música en vivo, con megafonía, gran aparato de luces láser de colorines y de neón giratorias, etc. Los hechos reseñados habían sido denunciados ante el Ayuntamiento sin que por el mismo se actuara³⁵².

³⁵² Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 470-479.

Un problema similar planteaba la *queja 9214416*, en la que el interesado denunciaba los ruidos procedentes de un local de esparcimiento ubicado en la playa de Gandía, que no eran corregidos por el Ayuntamiento pese a sus reclamaciones³⁵³. De la investigación realizada, se pudo deducir que la citada actividad contaba con la preceptiva licencia de apertura, pero que no existía autorización concedida para la emisión de música en la terraza de la propia cafetería, así como que, al considerarse una actividad normal en los lugares de veraneo, la existencia de música en terraza, no se adoptaban medidas, por el Ayuntamiento, para paliar las molestias producidas.

Ante la indicación que efectuó el Defensor del Pueblo Andaluz de la legislación que debería haber observado el Ayuntamiento, éste alegó que se trataba de una práctica habitual de los lugares de veraneo, y que, con ello, trataba de hacerse más amena la estancia del visitante. Al no aceptarse esta justificación, el Defensor del Pueblo procedió a sugerir al Ayuntamiento de Gandía que se estudiase, y se adoptasen, antes del comienzo de la siguiente temporada estival, las medidas necesarias que, siendo compatibles, cuando ello fuese factible, con las actividades de esparcimiento, evitasen las molestias que se producían a los vecinos, al tiempo que para el caso de que fuese necesario, se impusieran las sanciones correspondientes por la falta de adopción de las referidas medidas por el titular de la actividad. La anterior sugerencia fue convenientemente ponderada y aceptada por el Ayuntamiento, el cual indicó que, consciente de la necesidad de compatibilizar, en la medida de lo posible, las actividades de esparcimiento con la evitación de molestias a vecinos, con respecto a la temporada estival de 1993, después de conversaciones con la representación del sector afectado, marcó un horario racional de utilización de música en las terrazas de establecimientos hoteleros.

En la *queja 97/2184*, el interesado, vecino de Tarifa, en Cádiz, denunciaba las graves molestias por ruidos que venía sufriendo desde hace varios años por el funcionamiento de la discoteca que abría sus puerta de par en par a las 12:30 de la noche, instalando mesas, sillas y un mostrador de bebidas a la puerta del mismo para consumiciones en la calle lo que unido al funcionamiento de otros dos bares de copas ubicados en la misma plaza contribuía al incremento de los ruidos haciendo imposible el descanso nocturno³⁵⁴.

La falta de reacción sancionadora y la permisividad de las infracciones de las normas reguladoras de ruido por parte de los Ayuntamientos se deja sentir también

³⁵³ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, pag. 1002.

³⁵⁴ Informe del Defensor del Pueblo Andaluz de 1998, págs. 470 – 479.

en la *queja 9319080* y la *queja 9214416* ambas tramitadas por el Defensor del Pueblo y que por se especialmente gráficas de la situación que sufren muchos vecinos. En la primera, la *queja 9319080*, el reclamante denunciaba que el Ayuntamiento de Peñíscola no actuaba para conseguir que los ocupantes de los apartamentos ubicados en una urbanización pudieran gozar de su descanso, ya que se había permitido el funcionamiento de doce bares en una pequeña plaza, los cuales, además de permanecen abiertos hasta las siete de la mañana con terrazas en la citada plaza y, en algunos casos, con barra en el exterior, carecían de una adecuada insonorización³⁵⁵. A este respecto el Ayuntamiento manifestó que el conjunto residencial fue realizado en virtud de la licencia municipal de obras. En el ejercicio de la función de policía urbanística, el Ayuntamiento incoó dos expedientes de infracción urbanística, uno por un exceso de obra en la planta baja, edificación en la última planta y cambio de distribución en el bloque H y el otro por la construcción de locales comerciales sin licencia. Ambos expedientes fueron resueltos por la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes con la imposición de sanciones económicas al promotor, empresario de las obras y al técnico-director de las mismas. En cuanto al anormal funcionamiento de los bares sitios en el conjunto residencial, la alcaldía manifestó que adoptaría, en el ejercicio de sus competencias, las medidas pertinentes en orden a evitar las perturbaciones de la tranquilidad y salubridad pública que pudieran producirse.

Los Tribunales también han tenido ocasión de pronunciarse sobre estas situaciones propias de las temporadas de verano, así la Sentencia de 29 de marzo de 2001 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía condenó al Ayuntamiento de Chiclana, Cádiz, al pago de una indemnización a una vecina del municipio por los ruidos que ocasionaba unas carpas la instalación de unas carpas de carácter lúdico en la Zona de Sancti Petri durante la temporada estival y con fecha límite el 30 de septiembre, además el Tribunal anuló los acuerdo que acordaron dicha instalación³⁵⁶. De dicha sentencia es interesante destacar el pronunciamiento del Tribunal sobre la concesión de una licencia provisional. Para el Tribunal, atendiendo a la naturaleza de la actividad, la venta de bebidas en carpas que albergaban “pubs” musicales próximos a las viviendas, la misma había de calificarse de molesta a los efectos del artículo 3 del Reglamento de Actividades Molestas. Por ello, la actividad debía de supeditarse en cuanto a su

³⁵⁵ Informe del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales de 1993, pag. 1001.

³⁵⁶ Ponente Rafael Pérez Nieto, Aranzadi RJCA 2001\955.

emplazamiento a lo dispuesto en las normas urbanísticas y a la aplicación de medidas correctoras.

El cumplimiento de estos requisitos se acredita a través de la tramitación del correspondiente expediente, que efectivamente, se estaba tramitando, sin embargo, cuando la Alcaldía de Chiclana concede a los empresarios de las carpas, previamente a la conclusión del expediente, una llamada autorización provisional durante todo el verano, en realidad lo que viene a otorgar es una licencia de apertura prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, en una decisión que ignora cualquier consideración de legalidad, relativa a la adecuación de la actividad a la normativa urbanística o de seguridad, abandonándose así, de forma injustificable y en perjuicio de los vecinos, las potestades de policía que obligatoriamente tenía que ejercer la Corporación. La gravedad de esta arbitraria actuación, arbitrario se ha de calificar el acuerdo que prescinde del procedimiento legal y que desprecia manifiestamente la legalidad, se proyecta en los perjuicios que para los vecinos ocasionó el desarrollo de la actividad molesta sin previa exigencia de medidas correctoras, lo que se probó con las innumerables denuncias por el nivel insoportable de ruidos y con las quejas de los vecinos que dieron lugar, incluso, a la apertura de diligencias penales, así como con las numerosas intervenciones de la Policía Local. No obstante, el Alcalde persistió en la ilegal autorización provisional.

CONCLUSIONES

Del análisis de las quejas tratadas en los informes anuales del Defensor del Pueblo y del Defensor del Pueblo Andaluz, así como del análisis de los informes especiales de este último en materia de Dominio Público Marítimo Terrestre, Patrimonio Histórico y Contaminación Acústica concluimos que la actividad de los Comisionados Parlamentarios y sus informes son una herramienta esencial y valiosa que debería ser tenida en cuenta con mayor provecho y beneficio por las Instituciones del Estado. Especialmente por las Administraciones públicas, no en vano, éstas que han de dar respuesta a los intereses generales residenciados en la sociedad, pueden a través del contenido de los Informes realizar una evaluación muy aproximada de las preocupaciones principales de los ciudadanos y de los resultados de cada uno de los sectores de su actividad pública, de su eficacia y de sus carencias.

Los informes que hemos analizado nos han mostrado los vicios frecuentes y graves en el actuar administrativo, nos han ofrecido múltiples situaciones de desarticulación de las Administraciones públicas en el Estado Descentralizado; de incumplimiento por las Administraciones públicas de las reglas del procedimiento Administrativo; de inaplicación por las Administraciones Locales de las previsiones de los instrumentos de la planificación urbanística y de las ordenanzas locales.

1. La desarticulación de las Administraciones públicas en el Estado Descentralizado

Es reprochable que la coordinación entre las Administraciones públicas no es tan real y efectiva como debiera, teniendo en cuenta las previsiones normativas existentes, las sugerencias que la Administración recibe del Defensor del Pueblo Andaluz, los pronunciamientos jurisprudenciales existentes y las valoraciones doctrinales. Las situaciones en las que es protagonista la descoordinación administrativa entre distintas Administraciones y entre órganos de una misma Administración son constantes. Es necesario que las Administraciones públicas releguen las actitudes de conflicto, pues los objetivos que marcan las Leyes, especialmente la legislación de protección del Dominio Público Marítimo Terrestre, la legislación de protección del Patrimonio Histórico y la legislación que lucha contra la Contaminación Acústica son comunes y comprometen a cualquier Administración Pública.

Es hora de exigir a las Administraciones públicas un cambio, una operativa renovada donde las competencias no sean el fin, sino el instrumento que facilite la coordinación para buscar la consecución de los fines que reconocen las leyes y que nos conducen a la protección del medio ambiente y la mejora de la calidad de vida. La Administración del Estado debe ejercer su función de coordinación a través de la

convocatoria de reuniones periódicas con el resto de Administraciones Públicas, debe materializar los contenidos previstos en los preceptos reguladores de las relaciones interadministrativas en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas que diseñan el foro de consultas y deliberaciones necesarias en las que se pongan en común las acciones de las propias competencias para lograr una efectiva y respetuosa coordinación que contribuye a aplicar la metodología de no usurpar o subordinar competencias sino de definir las propias y ejercerlas respetando las ajenas, todo ello a través de un mecanismo dónde prime la información, la colaboración y la lealtad institucional, donde no cabe el ejercicio inconexo de competencias exclusivas sino la actuación coherente de competencias concurrentes sobre un mismo espacio físico.

Las Administraciones públicas tienen el ejemplo de coordinación entre el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos que en las conferencias o reuniones anuales de coordinación tratan cuestiones comunes mediante la previa concreción de temas monográficos y adoptan los oportunos acuerdos. Estas reuniones han ayudado a la superación de las disfunciones y dificultades que han surgido, sirven para profundizar en la coordinación necesaria con el objeto de que las instituciones funcionen eficazmente y sientan los criterios sobre la forma de actuar ante situaciones o problemas específicos cuando existen competencias concurrentes.

Es necesaria y exigible la aplicación real y efectiva de los principios de las relaciones interadministrativas que se vulneran cuando, como hemos podido observar, las Delegaciones de Salud lamentan la falta de colaboración de los Ayuntamientos para velar por las normas de policía sanitaria; cuando los Ayuntamientos se quejan del excesivo control de las Jefaturas de Costas que les imposibilita a autorizar la explotación de los establecimientos al servicio de las playas; cuando los servicios periféricos desatienden los requerimientos recibidos desde los servicios centrales; cuando la Consejería de Obras Públicas y Transporte autoriza un proyecto de edificación a pesar de la resolución en contra de la Consejería de Cultural o cuando existiendo informes de los Servicios Técnicos de una Diputación Provincial constatando que el ruido percibido por una vivienda es intolerable, el Ayuntamiento permite que el foco causante del ruido permanezca en actividad.

Las quejas estudiadas nos han puesto de manifiesto las desigualdades existentes en la organización y operativa de los entes locales. Los que tienen establecidos unas prioridades de actuación conforme a las necesidades sociales, que están dotados de recursos económicos y pueden destinar un volumen muy considerable de sus fondos propios a sufragar actuaciones encaminadas a conservar,

restaurar y mejorar la situación de su Patrimonio Histórico, aquellos que, siendo conscientes del conflicto de intereses resultado de la contaminación acústica, aprueban ordenanzas en materia de medio ambiente contra ruidos y vibraciones y en materia de tráfico urbano y aquellos que consecuentes con la normativa de costas aprueban su Plan de Explotación de Playas. Éstos contrastan con aquellos que, obviando su responsabilidad en la prestación del servicio de limpieza, colocan un cartel en su playa afirmando que no se hacen responsables de contenidos competenciales que tienen que asumir, aquellos cuyo presupuesto de cultura se destina exclusivamente a financiar, con el mayor lujo posible, las distintas ferias, carnavales y demás festividades locales, mientras su Patrimonio Histórico se degrada sin que nadie le preste atención y aquellos que, incluso frente a la firme oposición de los vecinos, estudian la posibilidad de autorizar la apertura de una nueva discoteca en un sector de la ciudad declarada zona saturada por la concentración de bares y actividades causantes de ruido.

Mientras en unas quejas se observa la buena recepción de las sugerencias y recomendaciones formuladas por los Comisionados Parlamentarios, en otras quejas se observa la falta de lealtad institucional que muestra la inexactitud en los datos y talante democrático de las autoridades y funcionarios que falsean los datos al enviar los informes solicitados, que muestran una total falta de iniciativa a la hora de investigar las denuncias presentadas por los propios Comisionados, pese a que en ellas se aportan los datos suficientes para acreditar la existencia de un flagrante incumplimiento de la normativa, municipios que después de varios años y multiplicidad de escritos de Recordatorios de deberes, no actúan con la celeridad y la eficacia exigida. Constatada esta desatención que afecta a los Comisionados Parlamentarios a los que la Administración debe auxiliar con carácter preferente y sumario, es preocupante la desatención municipal a problemas de los ciudadanos expresada en la reiteración de las denuncias desatendidas.

Las desigualdades existentes entre los municipios tienen causa determinante en la falta de medios materiales, personales y económicos. Esta falta de medios se constata en una significativa casuística: la imposibilidad de realizar mediciones por la inexistencia de sonómetros, en la dificultad de atender adecuadamente el trabajo de limpieza de las playas porque el número de trabajadores que se remiten desde las instancias que fomentan el empleo no cubren, por lo general, las necesidades de los Ayuntamientos para poder ejercer eficazmente su obligación y las ayudas económicas llegan con retraso; numerosos yacimientos arqueológicos, aún no declarados Bien de Interés Cultural, se hallan pendientes de estudio e investigación

como consecuencia de la falta de financiación para la contratación del personal especializado y para la adquisición de los medios y los materiales precisos.

La pasividad de las Administraciones Locales ante estas situaciones no puede excusarse en la falta de medios técnicos o personales, pues el ordenamiento jurídico pone al alcance de los entes locales instrumentos jurídicos suficientes como, la agrupación de municipios, la firma de convenios y acuerdos públicos y privados que permitan la financiación y al mismo tiempo garanticen las inversiones, el auxilio o asesoramiento técnico, económico o personal de la Diputación Provincial respectiva, sin que quepan, como hemos apreciado, respuestas de las Diputaciones provinciales en las que estas justifican su propia inactividad también por la insuficiencia de medios. En este marco tiene que integrarse el auxilio o asesoramiento técnico, económico o personal de las instancias autonómicas y las fórmulas de financiación previstas en la legislación sectorial, como el uno por ciento cultural, establecido en las inversiones realizadas en el ámbito de las obras públicas, que sorprendentemente no es exigido con el rigor debido por la propia Administración interesada, la cultural.

Las Administraciones intentan también exonerarse de sus responsabilidades mediante la inasimilable técnica de dar respuestas impropias de la sólida formación técnico-jurídica de su cualificado personal e irrespetuosas con los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución. Así, los pronunciamientos del Ministerio de Defensa que considera asuntos ajenos la prevención, las mediciones y la corrección del ruido en lugares habitados próximos a una Base Aérea, olvidando que la obligación de los poderes públicos, impuesta por la Constitución, de velar por la utilización racional de los recursos con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, es exigible al Ejército del Aire con normalidad. No menos llamativo es el planeamiento general de las Administraciones con competencia en las infraestructuras para negar el derecho a una indemnización por contaminación acústica justificándose en la argumentación *prior tempore potior iure*, es decir nada hay que indemnizar o disponer por la Administración ya que primero fueron las infraestructuras y después se aproximaron a ellas las edificaciones. Tal prioridad es contraria no sólo a la realidad de que las edificaciones residenciales se materializan en el marco de la legalidad si se ejecutan conforme al planeamiento urbanístico y a las licencias municipales siempre que no haya habido, en tiempo y forma, la adecuada reacción de la Administración o Administraciones responsables de la infraestructura por posibles incumplimientos de la normativa, sino también a la obligación que tienen las Administraciones públicas de mantener sus respectivos instrumentos de planificación y su programación debidamente coordinados.

2. El incumplimiento por las Administraciones públicas de las reglas del procedimiento administrativo

La comprobación del injustificado incumplimiento de las reglas más elementales del procedimiento administrativo, nos lleva a afirmar que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no constituye aún una completa garantía de los derechos de los ciudadanos en relación con la actuación de las Administraciones Públicas, en la medida en que se incumplen principios tan básicos como el impulso de oficio; se efectúan ofertas de compra sobre parcelas donde se han hallado importantes restos arqueológicos, sin que se disponga de las dotaciones presupuestaria para ello, creando falsas expectativas a los interesados que luego se ven frustradas, además de que el retraso en la compra efectiva conlleva los consiguientes perjuicios para quien es poseedor de una parcela, al carecer de disponibilidad alguna sobre la misma para construir o para otros fines durante muchos años; se llevan a cabo inspecciones para constatar el exceso de ruido y éstas no quedan documentadas con formalidad, pues se efectúan por personal carente de titulación profesional adecuada, o no se comunica al afectado con antelación el día y la hora para realizar los actos de comprobación del nivel de ruidos en el domicilio; o se llevan a cabo a horas o temporadas del año inadecuadas; o cuando tras poner fin a uno, dos y hasta tres procedimientos sancionadores al titular de un local por incumplimiento del horario de cierre, éste incumple la sanción, precintado el establecimiento, lo quebranta, y el Ayuntamiento no lo comunica a la fiscalía. El incumplimiento de la obligación de resolver es tan intolerable que un procedimiento de un deslinde dura más de tres años y un procedimiento de declaración de Bien de interés Cultural llega a durar dieciséis años.

En ocasiones, las Administraciones públicas parecen olvidar su sometimiento al principio de legalidad y su vinculación a la normativa existente y a sus propios actos. Se incumple el principio de publicidad de las normas con contradicciones como la expresada en la publicación del texto normativo que decide la aprobación del texto de las directrices del litoral y la no publicación en los Diarios Oficiales de las Directrices aprobadas, con el efecto de que la mayoría de los municipios costeros andaluces desconocían cinco años después de la aprobación de las Directrices la existencia de las mismas, problemática que podría haber sido resuelta con la posterior publicación, como recomendó el Defensor del Pueblo Andaluz y que aún no se ha realizado, persistiéndose en una conducta absolutamente renuente e incoherente, pues los poderes públicos hacen múltiples manifestaciones, invierten presupuestos en la redacción de normas que permitan alcanzar loables objetivos pero

que en la práctica son radicalmente ignoradas, actuándose conforme a usos ya adquiridos y ajenos por tanto al nuevo marco normativo.

Precisamente en el ámbito de la contaminación acústica y el impacto ambiental de los grandes proyectos de obras e instalaciones es donde quizá, de modo más significativo, se refleja el deber de la actuación de los poderes públicos en los procesos de gestión ambiental y las consecuencias de su incumplimiento o cumplimiento parcial. El punto en común de las reclamaciones de particulares y asociaciones que se formalizan en la oficina del Defensor del Pueblo, está constituido por el sentimiento de un déficit de participación ciudadana en las decisiones públicas sobre los grandes proyectos, la falta de explicación general de la decisión adoptada, la predeterminación de tal decisión con carácter previo a los procedimientos de información pública, la no consideración de otras alternativas potencialmente más idóneas desde el punto de vista ambiental y la ausencia de verdaderos programas de vigilancia.

Los Comisionados Parlamentarios, constatan que la participación es un aspecto básico en un modelo de ciudad, y en dicha labor deben tenerse en cuenta todos aquellos objetivos y proyectos formulados por los distintos sectores de la sociedad a fin de poder, posteriormente, establecer prioridades de manera clara y rigurosa partiendo de un amplio conocimiento de las alternativas, y recomiendan a las Administraciones Públicas que den cumplimiento al derecho de participación en los asuntos públicos y habiliten medios y fórmulas para incrementar la participación pública, clave para obtener el consenso social y la corresponsabilidad ciudadana. De ahí que los Comisionados Parlamentarios persigan también la toma de conciencia de la sociedad en su responsabilidad en la generación y resolución de los conflictos. Hay que exigir que la Administración se adapte a los nuevos tiempos, pero también es conveniente formar a la sociedad para que no se acumulen innecesariamente los conflictos y para que las reclamaciones no sean artificiales y abusivas, haciendo de toda situación un conflicto y de nuestro mundo una fortaleza. En todos los aspectos de la vida en sociedad, los ciudadanos estamos implicados en la satisfacción del interés general. Los poderes públicos han de velar por la utilización racional de los recursos públicos, los ciudadanos debemos utilizarlos racionalmente; los poderes públicos han de proteger la salud; los ciudadanos debemos velar por nuestra salud y no poner en peligro la de los demás; los poderes públicos han de proteger el medio ambiente; los ciudadanos debemos conservarlo; los poderes públicos han de promover y tutelar el acceso a la cultura; los ciudadanos debemos facilitararlo; los poderes públicos han de garantizar la conservación del Patrimonio Histórico así como promover su enriquecimiento; los ciudadanos debemos considerar lo histórico

un valor social; los poderes públicos han de proteger y mejorar la calidad de vida, los ciudadanos debemos disfrutar de la vida y respetar la de los demás. Esta postura y forma de entender la vida en sociedad excede de las políticas de Dominio Público Marítimo Terrestre, de las políticas de Protección del Patrimonio Histórico y de las políticas de control de la Contaminación acústica para conectarse con las Políticas Educativas. Sin duda es necesario un mayor esfuerzo e inversión de los poderes públicos en la educación, no sólo de contenidos intelectuales, sino de contenidos cívicos de responsabilidad, solidaridad, tolerancia, respeto, armonía, diálogo, conciliación, participación, colaboración, sensatez, coherencia, equidad y justicia.

3. La inaplicación por las Administraciones públicas de las previsiones de los instrumentos de la planificación urbanística y de las ordenanzas locales

Las Administraciones públicas olvidan la aplicación en su propio ámbito de la coherente exigencia de vinculación a sus propios actos. El acotamiento y la distribución por los instrumentos de planificación urbanística de las zonas en función de su uso industrial, residencial y de servicios, se quebranta. Muchas ciudades y pueblos son un acabado ejemplo de confusión de usos urbanísticos mezclando instalaciones industriales y residenciales sin reparar en la ruptura del modelo de planeamiento mediante la fórmula de modificaciones asistemáticas del planeamiento. Se otorgan licencias para construir viviendas residenciales en coexistencia con la aprobación de planes de rondas, autovías y vías férreas sin coordinación entre los respectivos planeamientos. Se otorgan licencias de apertura de instalaciones industriales en zonas densamente pobladas que producen el irreversible deterioro de la calidad de vida. Es necesario exigir que el planificador integre el dato de que su función primordial es organizar y facilitar la convivencia. La ley del Ruido, inducida por el Defensor del Pueblo es de desear que genere en las Administraciones públicas la voluntad de cumplirla y hacerla cumplir.

Los Ayuntamientos olvidan que una vez aprobadas las ordenanzas, se acaba la discrecionalidad y no tiene otra opción que aplicar la norma, y frente al incumplimiento sancionar. No caben actuaciones administrativas en las que se toleran y permiten acciones y actividades que vulneran los derechos de los ciudadanos, pues con esa inactividad los Ayuntamientos demuestran tener desviadas preferencias protegiendo a personas que perturban la convivencia, alentando, de modo implícito, a que cada vecino pueda tomar la justicia por su mano, como consecuencia de la incuria administrativa. Es inaceptable que mientras una construcción ilegal se consolida sobre un hito de la Demarcación de Costas, el Ayuntamiento y la Jefatura de Costas discutan sobre a quién le corresponda la competencia. Es intolerable que para dar respuesta a una denuncia de expolio una

Delegación de Cultura no responda de modo inmediato mediante la personación de un Arqueólogo. Es escandaloso e injusto que un vecino se vea obligado a presentar innumerables denuncias durante ocho años a la Policía local y al Ayuntamiento, sin que se adopten medidas suficientes para paliar las molestias que le produce el funcionamiento, sin la preceptiva licencia de apertura, de una industria y un taller, colindantes con su domicilio familiar. Las Administraciones no pueden permanecer impasibles ante la rupturas de precintos de equipos de música de establecimiento de ocio, no puede permanecer inactiva ante incumplimientos de horario de cierre de locales, no pueden tolerar incumplimientos de decretos de clausura de actividades clandestinas, pues los costes que tiene que soportar el ciudadano de la indisciplina y de la ausencia de control administrativo, no son propios de un Estado Social, Democrático y de Derecho.

La experiencia del Defensor del Pueblo muestra, paradójicamente, que si un Ayuntamiento no es capaz de atajar un conflicto de intereses y plantear una solución, deja de actuar. Lo hemos observado en las páginas dedicadas a la Contaminación Acústica donde la solución cabe centrarla en un primer momento en conseguir que, tanto el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, como el derecho al descanso y los conexos a él, esto es el derecho a la protección de la salud y el de ausencia de ingerencias de cualquier tipo en la vida personal y familiar en el propio domicilio, se compagine con el derecho a la diversión, mediante un ejercicio racional y ponderado de este último, de forma que el límite de uno se aplique donde empiece el ejercicio del otro. Ante esta situación, corresponde a los Ayuntamientos un papel principal en la promoción y articulación de la conciliación de derechos e intereses, sin que les quepa desentender y desoír los planteamientos, reclamaciones y denuncias de los ciudadanos y las Resoluciones de los Comisionados Parlamentarios al respecto. La falta de diligencia y de eficacia de las Autoridades Municipales en atajar los problemas del funcionamiento incontrolado e irregular de las actividades y establecimientos ruidosos, hace palmaria la falta de conciencia del problema social generado, déficit que, en ocasiones, resuelven algunos municipios inclinándose por favorecer un mal entendido desarrollismo localista, en descompensado beneficio de un sector de determinados servicios que, pretendidamente, benefician a la residencia y al empleo en los núcleos urbanos.

4. La necesidad institucional de integrar en el ordenamiento jurídico y en la práctica administrativa las aportaciones de los Comisionados Parlamentarios

Es necesario exigir coherencia en todas las acciones de los poderes públicos. Del Legislador en su función de legislar y controlar al Ejecutivo; del Gobierno en la

dirección de sus políticas; de las Administraciones en su actividad de fomento, policía y planificación; de los Tribunales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado; del Ministerio Fiscal en su misión de la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Es preciso operar en la aplicación del ordenamiento jurídico como un todo integrado al servicio de la sociedad, al servicio de los derechos de los ciudadanos.

El Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos ponen de manifiesto que los poderes públicos no integran en su ámbito organizativo y operativo las interrelaciones institucionales, y, como consecuencia, las denuncias de irregularidades, incumplimientos, inactividad, dilaciones en los procesos y contradicciones legales, se perpetúan sin solución. Preciso es que se integren en la práctica administrativa las aportaciones de los Comisionados Parlamentarios, siendo necesario para ello que se articulen las relaciones institucionales. Los Comisionados Parlamentarios, movidos por los ciudadanos o actuando de oficio ponen en manos del Parlamento un cualificado instrumento para conocer y controlar la realidad sobre la que legisla y en manos del Ministerio Fiscal un instrumento único para su actuación de defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos.

La identidad de criterio entre resoluciones judiciales y argumentaciones de los Comisionados Parlamentarios Autonómicos, que hemos podido observar, posibilita concebir a estos últimos como mecanismos alternativos para los ciudadanos haciendo necesario el fomento de sus actuaciones mediadoras que contribuye a una resolución de conflictos, rápida, gratuita y con la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades y a la vez permite que los Comisionados Parlamentarios sean un respetuoso complemento de los Tribunales.

Los Comisionados Parlamentarios se han mostrado como auténticos colaboradores de las Administraciones públicas mediante la convocatoria y organización de sesiones a las que han sido emplazadas todas las Administraciones públicas competentes y mediante la recomendación de medidas que no son más que aquellas que debieran derivarse del simple ejercicio de la competencia de los respectivos órganos administrativos. Es llamativo que sean los Comisionados Parlamentarios quienes ofrezcan a las Administraciones públicas una verdadera guía de actuaciones que debería ser diseñada como fruto de una política coordinada promovida desde instancias políticas y administrativas. Además de colaboradores son un valioso instrumento de prospección pues han identificado conflictos de intereses y los han puesto en conocimiento de las Administraciones públicas. El Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos ponen a disposición de las Administraciones públicas toda una guía de soluciones concretas y

eficaces para reducir las disfunciones administrativas y en contraste el panorama que se constata a partir de la tramitación de las quejas, es desolador, ya que se observa que en muchas ocasiones, las Administraciones públicas competentes siguen sin prestar la debida atención a las demandas ciudadanas.

En coherencia con estos antecedentes, las Administraciones públicas deben estar vinculadas por el cumplimiento de las sugerencias y recomendaciones que les formula el Defensor del Pueblo, entendiendo que dicha fuerza vinculante no proviene del Comisionado Parlamentario, sino de la propia coherencia institucional de las Administraciones públicas que sólo pueden apreciar en las sugerencias y recomendaciones de los Comisionados Parlamentarios un valioso evaluador institucional de su actividad al servicio de los ciudadanos. Quizá nos encontremos en un momento institucional oportuno para dicho reconocimiento cuando se plantea la reforma de los Estatutos de Autonomía.

4.1. La actividad mediadora de los Comisionados Parlamentarios como alternativa para los ciudadanos y como complemento de las instituciones tradicionales de control de la Administración

Las nuevas realidades exigen nuevas alternativas legislativas, en definitiva nuevos comportamientos. Es una realidad indudable que la actual situación de la Justicia, y especialmente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se caracteriza por la descompensación entre la oferta y la demanda en su actuación.

El origen de este desequilibrio se encuentra en el modelo de Administración que hemos asumido a partir del siglo XX. Mientras que la Administración del siglo XIX, inspirada en el principio de intervención mínima, era una Administración que únicamente tenía que encargarse de la justicia, la policía, las finanzas, la guerra, las relaciones exteriores y todo lo demás quedaba a la iniciativa de los particulares, la posterior evolución institucional ha configurado una Administración interventora y tentacular, que no relativiza la reciente dinámica liberalizadora orientada por la incorporación de los principios de coherencia y de la iniciativa económica.

La activa presencia de la Administración en la vida de los ciudadanos, provoca un incremento de los comportamientos contradictorios entre el reconocimiento formal de los derechos y la realización efectiva de los mismos que sitúa al ciudadano en un terreno de notoria inferioridad para hacer valer o utilizar los instrumentos de defensa que el Estado pone a su disposición. Las Administraciones necesitan un control más allá de los sistemas tradicionales, es decir más allá del principio de jerarquía de la propia Administración que, en muchos casos, por

corporativismo, no inicia sus actuaciones; más allá del control parlamentario, en su versión preguntas parlamentarias, mociones, interpelaciones o comisiones de investigación, por resultar éste ineficaz para la fiscalización diaria y constante de la actividad administrativa; y más allá del control judicial, procedimiento demasiado gravoso, caro en dinero y tiempo que, además, sólo conoce por estas desventajas de un mínimo de controversias. Si llegamos a la conclusión de que estos controles o no cumplen su función, o son excesivamente caros y lentos, se deduce la necesidad de introducir en nuestro Derecho una nueva figura que fiscalice, que controle la Administración y que tenga como objetivo básico, como misión principal, la de defender los derechos de los ciudadanos.

El artículo 54 de la Constitución, en el marco de la rúbrica, “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, consagra la figura del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos ciudadanos comprendidos en su Título I, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. Partiendo de este precepto constitucional hemos argumentado, a lo largo de nuestro trabajo, que la institución del Defensor del Pueblo, así como los Comisionados de los Parlamentos Autonómicos son, no sólo, instrumentos de control externo de la Administración, sino también, instituciones concebidas para resolver los conflictos de los ciudadanos con la Administración desde la persuasión, desde el diálogo, desde la mediación, utilizando como único instrumento la fuerza de la palabra y la razón. Son magistraturas de persuasión u opinión llamadas a hacer cultura de paz en lo cotidiano, en lo más cercano. Son por tanto capaces de adentrarse tanto en una crítica y denuncia de acciones y conductas que puedan considerarse ilegales, como en comportamientos que entran dentro del marco formal de la ley, pero que son ineficaces, morosos, o en ocasiones, incluso, contrarios a la ética, siempre que afecten a los derechos y libertades de los ciudadanos.

Configurados el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios autonómicos de este modo esta delimitado un control que va más allá del sistema tradicional, con el cual coexiste de modo respetuoso, pacífico y coordinado, pues la magistratura de persuasión u opinión no pretende sustituir a los medios tradicionales de control en la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos, sino que persiguen la finalidad de complementarlos, dinamizarlos y, con ello, hacerlos más eficaces, como muestra la no inclusión del Defensor del Pueblo en el artículo 19 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998 que se le mantiene alejado de la actividad jurisdiccional ordinaria.

Por mandato constitucional, el Defensor del Pueblo tiene la misión de defender los derechos de los ciudadanos comprendidos en el Título I de la Constitución a cuyo efecto supervisa la actividad de la Administración Pública. Cuando acudimos a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo para conocer cuál es su competencia, se observa un desorden sistemático que lleva a regular en el capítulo II del Título II “Del Procedimiento” la cuestión del ámbito de competencia, entre el inicio y contenido de la investigación, regulado en el Capítulo I, y la tramitación de la queja, regulado en el Capítulo III. En los tres artículos que abarca el Capítulo II se han regulado las cuestiones más problemáticas como son la supervisión de la actuación de las Comunidades Autónomas, artículo 12, el tratamiento de las quejas referidas a la Administración de Justicia, artículo 13, y la Administración Militar, artículo 14, omitiendo la referencia general de su competencia regulada en el artículo 1 y el artículo 9 en sus dos apartados. Para la correcta ordenación sistemática de la regulación de la competencia en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo creemos conveniente la creación de un Título exclusivo que desde su denominación regule unitariamente las funciones del Defensor, es decir, que de modo correlativo recoja el contenido del artículo 1, de su designación por las Cortes Generales para la defensa de los derechos ciudadanos a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración; el contenido del artículo 9 en cuanto que su investigación se conduce al esclarecimiento de los actos y resoluciones de las Administraciones públicas y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103,1, de la Constitución, extendiendo su control a la actividad de los Ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones públicas; los contenidos de los artículos 12, 13, y 14 relativos a la supervisión de la Administración autonómica, la Administración de Justicia y la Administración militar y, además, la legitimidad para interponer recurso de amparo e inconstitucionalidad reconocida en el artículo 29.

Toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin que constituya impedimento la nacionalidad, la residencia, el sexo, la minoría de edad, la incapacidad legal, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una Administración o Poder Público, puede acudir al Defensor del Pueblo para recabar su intervención por considerar que ha sido vulnerado alguno de sus derechos proclamados en el Título I de nuestra Carta Magna. Para evitar toda confusión con la actividad inspectora interna de la propia Administración, la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo prohíbe que cualquier autoridad administrativa presente una queja en los asuntos de su competencia.

A través de esta instancia o bien de oficio, cuando la institución tiene conocimiento de actuaciones u omisiones administrativas que atentan contra los derechos citados, el Defensor del Pueblo y los Comisionados inician sus funciones de investigación y tutela. Para ello el ordenamiento jurídico les ha dotado de un método de trabajo cuyos principios informadores son, la sumariedad, la gratuidad y la informalidad, en claro contraste con los Tribunales. Al escrito de queja del ciudadano, que no tiene porque ser originariamente escrito, pues se puede presentar oralmente ante la Oficina del Comisionado Parlamentario y darle después forma escrita, sólo se le exige que recoja: su nombre y apellidos, el domicilio, la firma y las razones por las cuales se dirige a la Institución. Registrada la queja y efectuado su acuse de recibo, como muestra de deferencia y para la tranquilidad del ciudadano, se da trámite o se rechaza, en este último caso, a través de escrito motivado informando al interesado de las vías más oportunas para ejercitar su acción, si hubiese alguna.

Un ciudadano acude al Defensor del Pueblo o a un Comisionado Parlamentario autonómico no con la finalidad de realizar una denuncia, sino con la finalidad de que el conflicto que mantiene con la Administración sea resuelto, es decir busca soluciones en tiempo y forma. Sin embargo el Defensor del Pueblo tiene que suspender su actividad y rechazar la queja, cuando está pendiente una resolución judicial y en el caso de que se haya presentado un recurso administrativo, su función parece limitarse a velar para que la Administración resuelva expresamente en tiempo y forma. Del sentido del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo se interpreta que no haber interpuesto recurso administrativo es causa de rechazo y efectivamente en los datos estadísticos que el Defensor del Pueblo presenta en sus informes, es así, por cuanto debe darse a la Administración la oportunidad de revisar y rectificar, cuando proceda, su actuación a través de sus mecanismos internos, llevando a cabo una verdadera revisión, sin limitarse a confirmar la resolución o el acto administrativo dado o, lo que es aún más indignante, sin limitarse a dejar pasar el tiempo e incurrir en el abusivo silencio administrativo. Cuando se produce esta circunstancia, no nos han faltado ejemplos, el Defensor del Pueblo entra a conocer el caso concreto.

Una vez agotada la vía administrativa, al ciudadano se le dan dos opciones excluyentes de actuación para la defensa de su derecho: o interpone un recurso contencioso-administrativo, o presenta la queja ante el Defensor del Pueblo. Utilizamos la conjunción disyuntiva porque al interponer el recurso contencioso-administrativo, cuestión esta de la que tiene conocimiento cuando una de las partes así lo haga constar, el Defensor del Pueblo suspende su actuación y en el futuro, una vez recaída sentencia firme, ésta es causa de rechazo de la queja. Distinto, sería si

antes de agotar el plazo de interposición del recurso, se pudiera presentar la queja y el Defensor, contando con la colaboración y la diligencia de la unidad administrativa correspondiente, concluyera su investigación y formulara las oportunas sugerencias, dándose la posibilidad de que siendo éstas aceptadas por la Administración se resolviera la situación controvertida creada antes de acudir a los Tribunales. En cambio, si el ciudadano opta por presentar la queja ante el Defensor del Pueblo debido a que la presentación y la admisión de la queja no suspende los plazos previstos en las leyes para recurrir ante los Tribunales, puede terminar ocurriendo que la resolución administrativa sea inimpugnable.

Esta suspensión de las cuestiones “sub iudice” y este límite de conocer, interpuesto el recurso administrativo, son contrarios a la naturaleza complementaria que consideramos necesaria para la Institución del Defensor del Pueblo respecto a los mecanismos tradicionales de control administrativo y especialmente de los Tribunales. Es por ello que estimamos conveniente que el Defensor continúe conociendo del asunto “sub iudice”, a fin de propiciar una solución rápida de la cuestión litigiosa en vía judicial. Con ello además se evitaría que se hiciera un uso perverso de la suspensión “sub iudice” por parte de algún órgano administrativo o autoridad y con el objeto de apartar al Defensor del Pueblo del examen individual de una queja.

Recogida la mediación en la norma del procedimiento administrativo, tanto para los procedimientos que se sustancian en primera instancia, artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como para impugnación de los actos administrativos, artículo 107 del texto legal citado, y considerando que la Institución del Defensor del Pueblo, por su naturaleza y sus características, resulta idónea para desarrollar tareas de mediación entre la Administración y los administrados que propicien la pronta solución de los conflictos, no tiene sentido que se mantenga el contenido del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. En tanto que Alto Comisionado de las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo reúne cualidades de absoluta imparcialidad que le han hecho merecedor de un alto grado de confianza entre los ciudadanos y la Administración. Es una institución cualificada por su conocimiento de la Administración y experimentada en el trato con los ciudadanos.

Reconocidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998 el desistimiento, el allanamiento, el reconocimiento en vía administrativa de las pretensiones del demandante y la transacción, como otros medios de terminación del proceso, el Defensor puede ejercer una notoria influencia persuasoria para propiciar los acuerdos que pongan fin al proceso, favoreciendo así la más pronta satisfacción de los derechos y libertades constitucionales en juego.

Por ello, estimamos que se debe reconocer la actividad mediadora del Defensor y de los Comisionados Autonómicos que aún no la tengan reconocida, en primer lugar, para solventar cualquier duda sobre el ejercicio de esta función; en segundo lugar, para estimular el recurso a la mediación de la Institución por parte de los ciudadanos y las Administraciones Públicas; y tercero, para establecer una ordenación legal, siquiera mínima, de los supuestos en que cabe solicitar o sugerir la mediación y de las condiciones generales con que puede realizarse. Al reconocerse junto a la tramitación de las quejas la posibilidad de aceptar solicitudes consensuadas de mediación, estimamos también necesaria la modificación del artículo 17.2 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, en el sentido de eliminar la limitación de conocimiento cuando ha sido interpuesto recurso administrativo y de eliminar la suspensión de su actuación en un asunto “sub iudice” por restarle importantes potencialidades en su actuación mediadora, pues dicha actividad no implica interferencia alguna con las actuaciones judiciales. Es necesario dotar a las instituciones que se crean, de los instrumentos necesarios para llevar a cabo su función y el reconocimiento de la función mediadora del Defensor del Pueblo que satisface la pretensión de los ciudadanos que acuden a él, hace necesario que se relegue el concepto triangular de la relación existente entre el ciudadano, el Defensor del Pueblo y la Administración que servía para justificar que entre el ciudadano y la Administración cuando aquel acudía al Defensor no existía relación alguna que exigiera comportamientos, pues la función mediadora consentida por las partes persigue el encuentro de voluntades y por tanto potencia la relación entre ellas.

4.2. El refuerzo de la “auctoritas” de los Comisionados Parlamentarios. Su relación con el Ministerio Fiscal y el ejercicio de la acción penal.

La investigación del Defensor del Pueblo se encuentra revestida de una serie de garantías que persiguen la eficacia. Estas garantías son: El deber de colaboración preferente y urgente que le es exigido a todos los poderes públicos, incluso con la remisión de documentos reservados; sus poderes de inspección concretados en entrevistas y personaciones; su relación con el Ministerio Fiscal; la posibilidad de calificar la conducta del funcionario y prever la consecuencia de dicha calificación. Algunas de estas garantías producen consecuencias que directamente dependen del Defensor como las entrevistas y personaciones, pero otras, tales como la colaboración urgente y preferente, aunque los Comisionados Parlamentarios la soliciten quedan al libre albedrío de a quien le es solicitada, pues hay supuestos en los que se percibe una resistencia notable o, cuanto menos, un rechazable desinterés en prestar la debida colaboración y el auxilio requerido, particularmente a la hora de

responder a los requerimientos de información que se formulan para resolver los problemas planteados por los ciudadanos.

Los Defensores cumplidas las reiteraciones pertinentes, los apercibimientos de las declaraciones de actitudes hostiles y entorpecedoras y las efectivas declaraciones, debieran dar traslado de dichos comportamientos delictivos al Ministerio Fiscal, pues el artículo 502.2 del Código Penal de 1995 es claro al establecer que incurre en un delito contra una institución del Estado la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que éstos solicitaran o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación. La aplicación del precepto citado no estimamos que esté en conflicto con la condición del Defensor y los Comisionados Parlamentario Autonómicos como colaboradores para lograr que ciertos métodos de funcionamiento, cuanto menos irrespetuosos con los derechos y libertades de los ciudadanos, se tornen en respetuosos para con ellos, ya que dicha caracterización de colaboradores, el espíritu conciliador y cooperador que animan a estas Instituciones, así como el ejercicio continuado de la virtud de la paciencia, nunca deben confundirse con una actitud tolerante de ilícitos, de ahí que propongamos a los Defensores que den traslado al Ministerio Fiscal de las conductas y hechos potencialmente delictivos entre las que se encuentra la descrita en el artículo 502.2 del Código Penal, pues el ejercicio responsable de sus funciones les exige una actitud severa en la represión de estas conductas para evitar su generalización.

En línea coincidente se sitúa la articulación del Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, con atención en el artículo 25 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo que impone al Fiscal General del Estado la obligación de poner en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones, previsión legislativa sectorial que no tuvo registro en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley Orgánica 50/1981, de 10 de diciembre, a pesar de tratarse ambas leyes en una secuencia temporal tan próxima. Puesto que el recurso al Derecho penal se concibe como última ratio, aunque ello no debe suponer que haya de dejar de aplicarse cuando concurren los elementos objetivos del tipo y la actitud se revele como intencionadamente obstaculizadora, estimamos oportuno que el Defensor del Pueblo agote todos los medios internos de exigir la actitud colaboradora de las Administraciones públicas, ya sea en la remisión del informe, en la consulta del expediente o en la respuesta a las sugerencias, o recomendaciones y por ello consideramos conveniente que se haga un uso más

frecuente de las comunicaciones al superior jerárquico, de las potestades disciplinarias o de otras potestades administrativas de alto poder persuasorio ligadas a la pérdida de la confianza en las autoridades y funcionarios de libre designación, cuyo cese en las responsabilidades desempeñadas pueden ser libremente acordada por la autoridad que los nombró, referentes que tienen coherencia en el recurso al Parlamento para que éste exija respuestas y responsabilidades, así como el recurso a los medios de comunicación.

4.3. La responsabilidad del Parlamento

Es muy valiosa la información que el Defensor del Pueblo y los Comisionados Parlamentarios Autonómicos hacen pública a través de la presentación de sus informes a las Cortes Generales y a sus respectivos Parlamentos, por su sentido de denuncia y diagnóstico de la realidad a mejorar. Respecto a los Comisionados Parlamentarios, el informe se presenta como la herramienta para dar cumplimiento a la obligación de dar cuentas de su gestión, mientras que para las Cortes Generales y los Parlamentos Autonómicos es la herramienta para procurarse un conocimiento directo sobre el estado real de las Administraciones Públicas, su funcionamiento, su eficacia y sus problemas. El informe constituye un excelente elemento en manos de las Cortes Generales y de los Parlamentos Autonómicos para el ejercicio de sus funciones de control y dirección política. Si los Comisionados ponen en marcha el mecanismo que permite detectar las irregularidades que se producen en la protección de los derechos constitucionales, son sin duda las mismas Cortes Generales y los mismos Parlamentos autonómicos los que deben, como órganos en el que reside la soberanía popular y, desde los que se ejerce el control del ejecutivo, hacer suyas las iniciativas, someter al debate público parlamentario las conclusiones que se derivan de los informes y pedir responsabilidades.

Los Comisionados Parlamentarios son órganos de control y extracción parlamentaria, por tanto son los parlamentarios quienes deben ser consecuentes con los órganos de control que ellos han creado. Los parlamentarios han de ser conscientes del trabajo que están realizando, seguirlo de forma mucho más constantes y es fundamental que la relación o la conexión que hay entre ciudadanía y los poderes públicos sea lo más fluida posible. En consecuencia con la actuación de los Comisionados Parlamentarios, las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos deben instar la responsabilidad de las autoridades y funcionarios cuya actuación sea declarada hostil y entorpecedora así como de aquellas autoridades y funcionarios que pudiendo dar solución a una situación de conflicto con un particular, aceptando la recomendación o sugerencia formulada, se niega a ello. Las responsabilidades del incumplimiento normativo son disciplinarias, penales y

también políticas correspondiendo al Parlamento exigir y depurar estas últimas, que se evidenciarían en la respuesta institucionalizada que debería exigirse por las Cortes Generales y los Parlamentos Autonómicos a los respectivos Gobiernos, al menos en atención a aquellos informes especiales consecuencia de la actuación de oficio de los Comisionados Parlamentarios donde el debate de los temas en las Comisiones Parlamentarias y posteriormente en los Plenos represente la asunción de responsabilidades, la toma de conciencia de los problemas verificados y la adopción de soluciones institucionales.

ANEXO, BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

Tabla de quejas analizadas

Costas

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
9209271	Cortes Generales	Instancia	Ampliación Puerto	Arona (Tenerife)	1992	603
9901390	Cortes Generales	Instancia	Ampliación Puerto	Motril (Granada)	1999	483-487
0102219	Cortes Generales	Instancia	Ampliación Puerto	Castellón	2001	433
9123742	Cortes Generales	Instancia	Deslinde	San Pedro del Pinatar (Murcia)	1992	597
0020586	Cortes Generales	Instancia	Deslinde	Bahía de Portman (Murcia)	2000	310
0022557	Cortes Generales	Instancia	Deslinde	Torremolinos (Málaga)	2000	310
0022985	Cortes Generales	Instancia	Deslinde	Bahía de Portman (Murcia)	2000	310
8705034	Cortes Generales	Instancia	Ocupación demanio	La Guardia (Pontevedra)	1990	405-407

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
8808999	Cortes Generales	Instancia	Ocupación demanio	Nigrán (Pontevedra)	1990	403
8918415	Cortes Generales	Instancia	Ocupación demanio	La Manga (Murcia)	1990	407
9018409	Cortes Generales	Instancia	Ocupación demanio	Suances (Cantabria)	1990	403
8812593	Cortes Generales	Instancia	Ocupación demanio	Vivero (Lugo)	1992	596
0101146	Cortes Generales	Instancia	Proyecto Puerto	Castellón	2001	434
0112823	Cortes Generales	Instancia	Puerto / Protección Ambiental	Sin concretar	2002	752
0102219	Cortes Generales	Instancia	Puerto / Regeneración Playas	Sin concretar	2003	980-983
0101146	Cortes Generales	Instancia	Puerto Deportivo/ Protección ambiental	Sin concretar	2002	750
1233/91	Parlamento Andaluz	Instancia	Actuaciones urbanísticas agresivas	Matalascañas (Huelva)	1991 (1992)	487 (702-705)
00/1323	Parlamento Andaluz	Oficio	Actuaciones urbanísticas agresivas	Conil y Barbate (Cádiz)	2000	105-108
92/1839	Parlamento Andaluz	Instancia	Construcción ilegal	Zahara de los Atunes (Cádiz)	1993	199-200
95/2776	Parlamento Andaluz	Oficio	Construcción ilegal	Vejer de la Frontera (Cádiz)	1996	163-164
836/1992	Parlamento Andaluz	Instancia	Privatización encubierta de playa	Rota (Cádiz)	1992	387-392

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
94/1455	Parlamento Andaluz	Instancia	Privatización encubierta de playa	Torremolinos (Málaga)	1995	1019-1020
96/994	Parlamento Andaluz	Instancia	Acceso público / Barreras arquitectónicas	Rota (Cádiz)	1996	278
99/1092	Parlamento Andaluz	Instancia	Acceso público / Barreras arquitectónicas	Almuñécar (Granada)	1999	241-243
99/1978	Parlamento Andaluz	Instancia	Acceso público / Barreras arquitectónicas	Almonte (Huelva)	1999	241-243
96/1048	Parlamento Andaluz	Instancia	Deslinde	Ayamonte (Huelva)	1996	132-137
93/1842	Parlamento Andaluz	Oficio	Directrices Regionales del Litoral	Litoral andaluz	1993 (1994) (1995) Informe Especial	49-50, 167-168 (43) (107)
97/1602	Parlamento Andaluz	Oficio	Directrices Regionales del Litoral	Litoral andaluz	1999	110-112
93/2092	Parlamento Andaluz	Instancia	Limpieza playas	Litoral andaluz	1994	959-964
92/900	Parlamento Andaluz	Instancia	Vertidos aguas residuales	Benalmádena (Málaga)	1993	595-596
94/1986	Parlamento Andaluz	Instancia	Vertidos aguas residuales	Torrox (Málaga)	1995	691-694
Sin concretar	Parlamento Andaluz	Oficio	Vertidos aguas residuales	La Línea Y San Roque (Cádiz)	1997	502

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
98/1939	Parlamento Andaluz	Instancia	Vertidos aguas residuales	San Fernando y Cádiz	2000	524-532

Patrimonio Histórico

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
9022755	Cortes Generales	Instancia	Convenio administrativo formalizado e incumplido	Santander	1991 (1992)	686 (755)
0200932	Cortes Generales	Instancia	Convenio administrativo formalizado e incumplido	Segovia	2003	1343-1345
0022946	Cortes Generales	Instancia	Descoordinación administrativa	La Unión (Murcia)	2003	1336-1339
0200714	Cortes Generales	Instancia	Destrucción Patrimonio / Conflicto de competencias	Tui (Pontevedra)	2003	1341-1343
9102904	Cortes Generales	Instancia	Destrucción restos arqueológicos	Córdoba	1993	940-942
9400888	Cortes Generales	Instancia	Discrepancia en asunción de gastos de obras de conservación	Haro (La Rioja)	1996	433-434
9319783	Cortes Generales	Instancia	Falta de conservación BIC	Segovia	1994	852-853
8902113	Cortes Generales	Instancia	Planificación urbanística	Ávila	1992	755

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
0022650 0026980 0110864 0112210 0112511 0203992 0214254	Cortes Generales	Instancia	Planificación urbanística	Con motivo de una queja en Cáceres	2002	805-807
96/2141	Parlamento Andaluz	Oficio	Contaminación visual	Todos los Ayuntamientos con Conjunto Histórico Catalogado	1996	301-308
00/13	Parlamento Andaluz	Oficio	Contaminación visual	Vélez-Rubio (Almería) Aracena (Huelva) Guadix (Granada)	2000	272-275
03/1280	Parlamento Andaluz	Instancia	Contaminación visual	Córdoba	2003	1661 BOPA 21
03/1495	Parlamento Andaluz	Oficio	Contaminación visual	Territorio Andaluz	2003	1661 BOPA 21
94/2186	Parlamento Andaluz	Oficio	Cumplimiento 1% cultural	Territorio Andaluz	1997	296-301

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
98/1498	Parlamento Andaluz	Instancia	Delimitación del entorno de BIC	Baza (Granada)	1998	273-275
98/1092 98/1093	Parlamento Andaluz	Instancia	Descoordinación administrativa / Autorización proyecto de obra	Rincón de la Victoria (Málaga)	1998	146-149
95/3246	Parlamento Andaluz	Instancia	Deterioro castillo por actuaciones de Ayuntamiento	Segura de la Sierra (Jaén)	1995	281-282
94/1764	Parlamento Andaluz	Instancia	Deterioro castillo por actuaciones de Escuela-Taller	Almuñécar (Granada)	1995	281-282
95/3919	Parlamento Andaluz	Instancia	Dilación BIC	Lecrín (Granada)	1996	252-253
96/2635	Parlamento Andaluz	Instancia	Dilación BIC	Lucena (Málaga)	1997	281-288
00/2419	Parlamento Andaluz	Instancia	Dilación BIC	Alhaurín el Grande (Málaga)	2000	259-262
96/673	Parlamento Andaluz	Instancia	Dilación estudio arqueológico	Alhaurín de la Torre (Málaga)	1996	174-175
96/1013	Parlamento Andaluz	Instancia	Discrepancia en asunción de gastos de informe arqueológico	Granada	1997	147-157
93/584	Parlamento Andaluz	Instancia	Expoliación “piteros”	Territorio Andaluz	1993 (1994) (1996)	343-345 (308-309) (297-300)
97/1774	Parlamento Andaluz	Oficio	Expoliación “piteros”	Territorio Andaluz	1997	289

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
01/800	Parlamento Andaluz	Instancia	Expoliación “piteros”	Territorio Andaluz	2003	1514 BOPA 21
03/4304	Parlamento Andaluz	Instancia	Expoliación “piteros”	Territorio Andaluz	2003	1514 BOPA 21
97/3907	Parlamento Andaluz	Oficio	Falta de conservación BIC	Puerto de Santa María (Cádiz)	2000	141-143
98/686	Parlamento Andaluz	Instancia	Inactividad en hallazgo	Sevilla	1999	256-262
95/2476	Parlamento Andaluz	Oficio	Obra en castillo sin autorización autonómica	Alanís (Sevilla)	1996	176-177
97/3918	Parlamento Andaluz	Instancia	Obra en entorno de BIC sin autorización autonómica	Córdoba	1998	270-273
92/1087	Parlamento Andaluz	Instancia	Planificación urbanística	Málaga	1993	179-182
93/1390	Parlamento Andaluz	Oficio	Visita pública gratuita	Territorio Andaluz	1993	349-352
94/1355	Parlamento Andaluz	Oficio	Visita pública gratuita	Sevilla	1994 (1996)	310-315 (279-298)

Contaminación acústica

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
9124703	Cortes Generales	Instancia	Actividad agropecuaria / Pasividad administrativa local	Campo de Criptana (Ciudad Real)	1992	814-815
9823022	Cortes Generales	Instancia	Actividad agropecuaria clandestina	Burujón (Toledo)	1999	490-492
9028304	Cortes Generales	Instancia	Actividad industrial y comercial / Irregularidad en concesión de licencia	Marín (Pontevedra)	1992	822-824
9004104	Cortes Generales	Instancia	Actividad industrial y comercial / Pasividad administrativa	Valencia	1991	796-797
8914225	Cortes Generales	Instancia	Actividad industrial y comercial / Pasividad administrativa	Reinosa (Cantabria)	1992	824-827
9016129	Cortes Generales	Instancia	Actividad industrial y comercial / Pasividad administrativa	Plasencia (Cáceres)	1992	832
8901572	Cortes Generales	Instancia	Actividad industrial y comercial clandestina	Bocairente (Valencia)	1990	429
9001786	Cortes Generales	Instancia	Actividad industrial y comercial clandestina	Alcalá de Henares (Madrid)	1991	798-799
9212886	Cortes Generales	Instancia	Actividad industrial y comercial clandestina	Mérida (Badajoz)	1993	999-1003

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
9002471	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Córdoba	1992	827-828
9010825	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Estepona (Málaga)	1992	828-829
9316390	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Losar de la Vera (Cáceres)	1993	999-1003
9300652 9319897	Cortes Generales	Instancia	Actividades recreativas / Ausencia de medidas efectivas	Sin concretar	1995	360-362
0026063	Cortes Generales	Instancia	Actividades recreativas / Ausencia de medidas efectivas	Sin concretar	2003	810-814
0100893	Cortes Generales	Instancia	Actividades recreativas / Ausencia de medidas efectivas	Sin concretar	202	790
9322099	Cortes Generales	Instancia	Actividades recreativas / Ausencia de medidas efectivas	Redondela (Pontevedra)	1994	926
0101733	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Sin concretar	2002	782-783
9510087 9802324 0111787 0112855	Cortes Generales	Instancia	Actividades recreativas / Ausencia de medidas efectivas	Sin concretar	2002	790

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
9003182	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Concentración de locales	Aranda de Duero (Burgos)	1990	428
9115496	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Concentración de locales	Galende (Zamora)	1992	833
0200124	Cortes Generales	Oficio	Actividad recreativa / Concentración de locales	Sevilla	2002	810-814
9010825	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Incumplimiento de horario de cierre	Estepota (Málaga)	1992	828-829
9212766	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Incumplimiento de horario de cierre	Alcora (Castellón)	1992	821-822
9300142	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Incumplimiento de horario de cierre	Almuñécar (Granada)	1993	1003
8806661	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Pasividad administrativa	Gandía (Valencia)	1991	805-806
8919136	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Pasividad administrativa	Pozoblanco (Córdoba)	1993	999-1003
9620861 9900736	Cortes Generales	Instancia	Actividades recreativas / Pasividad administrativa	Arroyo de la Luz (Cáceres) San Javier (Murcia)	2001	103-107
9319080 9214416	Cortes Generales	Instancia	Actividades recreativas / Periodo estival	Peñíscola (Castellón)	1993	1001-1002
9116505	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Ubicación de feria	Córdoba	1992	814

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
9322137	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa / Ubicación de feria	Zaragoza	1994	929
9014460	Cortes Generales	Instancia	Actividad recreativa clandestina	Parla (Madrid)	1991	801
9320288	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1994 (1996)	932-934 (424-245)
9503868	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1997	426-427
9707277	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1998	463-464
9708986	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9800074	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9821620	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9902533	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9902644	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9904281	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9904419	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9904749	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9904952	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9905058	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9905900	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9907513	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9909597	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499
9910894	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	1999	297-499

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
0102506	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	2001 (2002)	426-427 (802-805)
0102638						
0104048						
0104833						
0105231						
0200125	Cortes Generales	Instancia	Aeropuerto Madrid-Barajas	Madrid	2003	1029- 1055
0313154						
0217161						
0207796						
0021464	Cortes Generales	Instancia	Base aérea Torrejón de Ardoz	Torrejón de Ardoz (Madrid)	2002 (2003)	802-810 (1029- 1055)
0026935						
0028898						
0026806						
0026936						
0026871						
0101019						
0100156						
0100087						
0100086						
0100047						

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
0024867	Cortes Generales	Instancia	Base aérea Zaragoza	Zaragoza	2000	314
0001930						
0021464						
0024867	Cortes Generales	Instancia	Base aérea Zaragoza	Zaragoza	2003	1029-1055
0206213						
0301888						
0215991	Cortes Generales	Instancia	Base Naval de Rota	Rota (Cádiz)	2003	1029-1055
0312017						
9112588	Cortes Generales	Instancia	Infraestructura carreteras	Madrid	1991 (1994)	734-736 (636)
9413401	Cortes Generales	Instancia	Infraestructura carreteras	Sevilla	1994	637
0009782	Cortes Generales	Instancia	Infraestructura carreteras	Zaragoza	2000	301
9214864	Cortes Generales	Instancia	Venta ambulante / Claxon /Pasividad municipal	Maello (Ávila)	1993	998
93/2233	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad agropecuaria / Inejecución medidas correctoras	Cúllar (Granada)	1994	937-939
97/2318	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad agropecuaria / Inejecución medidas correctoras	Trigueros (Huelva)	1997	454-455
99/309	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad agropecuaria / Inejecución medidas correctoras	Sin concretar	2000	864-866

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
99/849 99/851	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad agropecuaria / Inejecución medidas correctoras	Bormujos (Sevilla)	2000	866
96/964	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad agropecuaria / Pasividad administración local	Dos Hermanas (Sevilla)	1999	451-454
92/2098	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad agropecuaria clandestina	Coronil (Sevilla)	1993	951-953
92/714	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad agropecuaria / Emplazamiento	Sevilla	1993	951-952
97/1042	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades industriales y comerciales / Emplazamiento	Málaga	1998	483-484
98/3596	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades industriales y comerciales / Emplazamiento	Almanzora (Almería)	1999	456-458
99/2262	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades industriales y comerciales / Emplazamiento	Écija (Sevilla)	2000	515-516
627/91	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Falta de personal y medios técnicos como respuesta	La Algaba (Sevilla)	1993	948-949
99/643	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Falta de personal y medios técnicos como respuesta	San Fernando (Cádiz)	2000	509
1370/92	Parlamento Andaluz	Oficio	Actividad industriales y comercial / Inejecución medidas correctoras	Huércal (Almería)	1992	694
91/1705	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Inejecución medidas correctoras	La Algaba (Sevilla)	1993	948-949

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
94/1081	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Inejecución medidas correctoras	Estepona (Málaga)	1996	487-489
95/2855	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Inejecución medidas correctoras	La Zubia (Granada)	1996	489-491
99/928	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Inejecución medidas correctoras	Herrera (Sevilla)	2000	513-515
102/91	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Irregularidades en concesión de licencia	Purullena (Granada)	1991	459
92/1666 92/2167	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades industriales y comerciales / Licencia inadecuada	Vélez Málaga (Málaga)	1994	919-920
92/315	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Licencia inadecuada	Tomares (Sevilla)	1996	483-487
92/39	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Pasividad administrativa	Cádiz	1993	949-950
92/1630	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Pasividad administrativa	Sevilla	1994	932-934
95/3977	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Pasividad administrativa	Peligros (Granada)	1996	491-492
97/393	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Pasividad administrativa	Priego de Córdoba (Córdoba)	1998	484-485

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
97/1974	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Pasividad administrativa	Nerva (Huelva)	1999	455-476
98/1992	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial / Pasividad administrativa	Granada	1999	456
55/89	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comercial clandestina	Pechina (Almería)	1990	278-289
518/89	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comerciales clandestina	Monturque (Córdoba)	1991	452
627/91	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comerciales clandestina	La Algaba (Sevilla)	1992	693-694
94/453	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comerciales clandestina	La Campana (Sevilla)	1995	559
96/1073	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad industrial y comerciales clandestina	Antequera (Málaga)	1997	522-523
221/91	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Jaén	1992	682-692
841/92	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Sevilla	1992	682-692
92/2249	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Tomares (Sevilla)	1994	921-923

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
94/1827	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Zueros (Córdoba)	1994	926-927
95/2535	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Cabra (Córdoba)	1996	477-478
96/2482	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Sevilla	1997	513-530
97/3217 98/1112	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades recreativas / Ausencia de medidas efectivas	Sevilla Aznalcázar (Sevilla)	1998	470-479
97/3659	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Ausencia de medidas efectivas	Garrucha (Almería)	1999	447-451
97/2785 98/2504	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades recreativas / Concentración de locales	Sevilla	1998	470-479
99/1134 99/1442	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades recreativas / Concentración de locales	Jaén Barbate (Cádiz)	2000	488-496
96/1074	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Descoordinación administrativa	Sevilla	1996	481-485
93/2608	Parlamento Andaluz	Oficio	Actividad recreativa / Incumplimiento de horario de cierre	Municipios de más de 50.000 habitantes	Informe especial 1996	153-162

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
433/90	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Incumplimiento de horario de cierre	Sanlúcar de Barrameda (Cádiz)	1991	454
95/3116	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Incumplimiento de horario de cierre	Sevilla	1997	513-530
97/3038	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Incumplimiento de horario de cierre	Benacazón (Sevilla)	1998	447-451
97/633	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Incumplimiento de horario de cierre	Pizarra (Málaga)	1999	497
106/90 737/91	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades recreativas / Pasividad de la Administración Pública	Níjar (Almería) Brenes (Sevilla)	1992	682-692
712/92 107/92 396/92 841/92 92/1668 92/1329 92/1392 93/240 93/2047 94/221 94/32	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades recreativas / Pasividad de la Administración Pública	Huelva Sevilla Sevilla Sevilla Lucena (Córdoba) Castilleja (Sevilla) Cabezas Rubias Benaolán (Mál.) Puente Genil Estepona (Málaga) Huelva	1994	927-932

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
97/3981				Córdoba		
97/2913				Estepona (Málaga)		
98/452	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades recreativas / Periodo estival	Estepona (Málaga)	1998	470-479
94/464				Estepona (Málaga)		
97/2184				Tarifa (Cádiz)		
98/780	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Periodo estival	Encinasola (Huelva)	1999	447-451
97/1227	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa / Ubicación de ferias	San Lúcar de Barrameda (Cádiz)	1997	547
93/1870	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa clandestina	Villaralto (Córdoba)	1994	926-927
95/2779	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa clandestina	Benalmádena (Málaga)	1996	478-479
95/3948	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividad recreativa clandestina	Guillena (Sevilla)	1996	481-485
97/2620				Castilblanco de los		
98/1112	Parlamento Andaluz	Instancia	Actividades recreativas clandestinas	Arroyos (Sevilla)	1998	470-479
				Aznalcázar (Sev.)		

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
91/241				Sevilla		
92/2167				Granada		
92/2478				Jaén		
92/2495				Cádiz		
92/2496				Huelva		
92/2497				Córdoba		
92/2498				Málaga		
92/2499				Almería	Informe especial	28-32
92/2500	Parlamento Andaluz	Oficio	Actividades y consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública	Jerez Frontera	Informe especial	28-32
93/2867				San Fernando	1996	
93/2871				Linares		
94/159				Algeciras		
94/910				Dos Hermanas		
94/955				Alcalá de Guad.		
94/956				San Lúcar Barram.		
94/957				La Línea		
94/958				Vélez-Málaga		
94/959						
98/342	Parlamento Andaluz	Instancia	Concentración de motos	Puerto de Santa María (Cádiz)	1998	465-467
98/126	Parlamento Andaluz	Instancia	Concentración de motos	Puerto de Santa María (Cádiz)	1999	460-462

Nº queja	Comisionado	Inicio	Materia	Localidad	Informe	Página
99/800	Parlamento Andaluz	Instancia	Concentración de motos	Marbella (Málaga)	2000	509-513
241/91	Parlamento Andaluz	Oficio	“Movida”	Sevilla	1991	440-452
93/1431	Parlamento Andaluz	Oficio	“Movida”	Territorio Andaluz	1994	914-917
579/90	Parlamento Andaluz	Instancia	Motocicletas sin silenciador / Pasividad municipal	El Arahál (Sevilla)	1990	296-297
92/2513	Parlamento Andaluz	Instancia	Aparcamiento público / Pasividad municipal	Bailén (Jaén)	1994	949-950
97/2504	Parlamento Andaluz	Instancia	Prohibición aparcamiento vehículos pesados	Almonte (Huelva)	1999	458-460
95/3385	Parlamento Andaluz	Oficio	Tráfico	municipios de más de 20.000 hab.	1998	957-964
261/90	Parlamento Andaluz	Instancia	Transporte público	Huelva	1991	468-469
97/587	Parlamento Andaluz	Instancia	Transporte público	Sevilla	1997	546

Bibliografía

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA EN EL CAPÍTULO: “EL SENTIDO ALTERNATIVO DEL DEFENSOR DEL PUEBLO”

- AGUILAR DE LUQUE L. y ELVIRA PERALES, A. “*Intervención del Defensor del Pueblo en procedimientos jurisdiccionales*”. Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas, Universidad Carlos III de Madrid, 1992, págs. 159 – 218.
- AGUILAR DE LUQUE, L.: Voz “Defensor del Pueblo” en ARAGÓN REYES, Manuel (coord): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, t. III, Civitas, Madrid, 2001.
- ALMAGRO NOSETE, J. “*Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos*” *Revista de Derecho Político* número 16/1982-1983, págs. 93 a 107.
- ALONSO SECO, J. M., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 37*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 917 - 927.
- ALZAGA VILLAAMIL, Ó., “*Las garantías para la protección de los derechos (II)*”, en ALZAGA VILLAAMIL, Ó., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho político español según la Constitución de 1978*, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- ASTARLOA VILLENA, F. “*El Defensor del Pueblo en España*”. Universitat de les Illes Balears. 1994. Palma.
- BASSOLS COMA. M. “*Inserción del Defensor del Pueblo en el sistema constitucional*”; *El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano*. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid, págs. 195 – 217.
- BRUÑÉN BARBERÁ, F. M., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 15*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 383 - 413.

- BRUÑÉN BARBERÁ, F. M., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 10*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 245 - 280.
- BRUÑÉN BARBERÁ, F. M., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 17*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 431- 466.
- BRUÑÉN BARBERÁ, F. M., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 18*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 467- 487.
- BRUÑÉN BARBERÁ, F. M., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 24*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 609 - 641.
- CANO BUESO, J. “El Defensor del Pueblo Andaluz. Génesis y contenido de la Institución”. Editado por el Defensor del Pueblo Andaluz. Sevilla, 1986.
- CARMONA y CHOSSAT, J. F., “El Defensor del Pueblo Europeo”, MAP, Madrid, 2000.
- CASCAJO CASTRO, J.L “*La creación del Procurador del Común de Castilla y León*”, El Procurador del Común, Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas. Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid, 1995, Valladolid.
- CAZORLA PÉREZ, J. y CANO BUESO, J. B. “*Los Defensores del Pueblo: Imagen Pública e interrelaciones jurídicas*”. Revista de Estudios Políticos. Núm. 59/1988, págs. 27 – 49.
- DE ANDRÉS ALONSO, F. L. “*Los informes anuales de los Defensores del Pueblo*”, XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 12 y 13 de noviembre de 2001, Madrid, Palacio del Senado, págs. 109 – 123.
- EMBID IRUJO, A., “El control de la Administración Pública por los Comisionados Parlamentario Autonómicos”, MAP, Madrid, 1991.
- ESTEBAN JORGE DE y LÓPEZ GUERRA, L., “Curso de Derecho Constitucional Español”. Labor Universitaria, Barcelona, 1983, Tomos I y II

- FAIREN GUILLÉN V. “El Defensor del Pueblo – Ombudsman-“; Tomo I Parte General. Centro de Estudios Píticos y Constitucionales,1982, Madrid.
- FAIREN GUILLÉN V. “El Defensor del Pueblo – Ombudsman-“; Tomo II Partes Especial. Centro de Estudios Píticos y Constitucionales,1986, Madrid.
- FELTRE RAMBAU, L. “*Tramitación de quejas y colaboración con figures Autonómicas*”; El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid, págs. 109 – 119.
- FERTRER RAMBAU, L., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 12*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi, Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 291 – 331.
- FERNÁNDEZ MATEO, J.M. “*Relaciones de Conflicto - Colaboración – coordinación con los poderes públicos*” El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid, págs. 167 – 184.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., La actividad administrativa de inspección, El régimen jurídico general de la función inspectora, Editorial Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., De la arbitrariedad de la Administración, Editorial Cívitas, Madrid, 1999, 3ª edición ampliada.
- FERNANDEZ SEGADO, F. El sistema constitucional español, Dykinson, Madrid, 1992.
- GALLEGO HUÉSCAR, C. y GARCÍA SOLÉ, F. “*El Defensor del Pueblo (competencias, procedimiento y Derecho comparado)*”. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid. Núm. 67/1982, págs. 127 – 172.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Curso de derecho Administrativo II, Séptima Edición, Edit. Civitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA ROCA F.J “*La creación del Procurador del Común de Castilla y León*”. El Procurador del Común, Defensor del Pueblo y Comunidades

- Autónomas. Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid, 1995, Valladolid.
- GARRIDO FALLA F., *Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Trabajos Parlamentarios, Edición preparada por; Cortes Generales, Madrid, 1981.
 - GARRIDO FALLA, F., “*Comentario al artículo 103*”. En la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución*. Editorial Civitas, Madrid, 1985, págs. 1422-1430.
 - GARRIDO FALLA, F., “*Comentario al artículo 106*”. En la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución*. Editorial Civitas, Madrid, 1985, págs. 2369-2375.
 - GARRIDO FALLA, F., “*Comentario al artículo 54*”; En la obra colectiva: *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, págs. 898-908.
 - GIL-ROBLES y GIL-DELGADO A., “El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)”, INAP, Madrid. 1981.
 - GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. “El Defensor del Pueblo (comentario en torno a una proposición de Ley orgánica)”, Editorial Civitas, Madrid, 1979.
 - GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, Á. “El Defensor del Pueblo y la Administración; Mesa redonda”, 1981, Presidencia del Gobierno, Madrid.
 - GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, A. “*La filosofía del Defensor del Pueblo*”; *El procurador del Común, Defensor del Pueblo y Comunidades Autónomas*, Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid, 1995. págs. 21 – 36.
 - GINER DE GRADO, C. “El Defensor del Pueblo en la Teoría y en la Práctica”. Editorial Popular. Madrid, 1986.
 - GIRÓN CARO, C. “*La intervención de los Defensores del Pueblo Andaluz*” XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 89 - 97.
 - GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del*

Procedimiento Administrativo Común. Comentarios al artículo 1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, 3ª edición, Edit. Civitas. Madrid, 1999.

- GRANADOS PÉREZ, C., “*Defensor del Pueblo y Administración de Justicia (la supervisión de la Administración de Justicia)*”, Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas, Universidad Carlos III de Madrid, 1992, págs. 219 – 278.
- GURRERA ROIG, M., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 2*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 83 - 103.
- HUERGO LORA, A. Resolución Extrajudicial de Conflictos en el Derecho Administrativo, Editorial Cometa, Zaragoza, 2000.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 28*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 681 - 711.
- LA PERGOLA, A. “*Ombudsman y Defensor del Pueblo: apuntes para una investigación comparada*”. Revista de Estudios Políticos, n.º 7, 1979, cit. Págs 71 y ss.
- LÓPEZ DE FORONDA VARGAS, F., “*Algunas reflexiones sobre las relaciones de los Defensores del Pueblo con las Administraciones públicas*”, ponencia expuesta en las XIII Jornadas de Coordinación entre los Defensores del Pueblo celebradas en Canarias del 21 al 24 de octubre de 1998. Servicios de publicaciones del Diputado del Común de Canarias.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J. L., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 30*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 763 - 778.
- LUNA ABELLA, C., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 29*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 713 – 762.
- LUNA ABELLA, C., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 22*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 561 - 589.

- MARKIEGI CANDINA, X., “*La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos*”, XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 73 – 87.
- MARTÍNEZ-JAMES, M. “*Técnicas y Procesos de negociación más comunes en nuestras instituciones: experiencias prácticas*”, El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid, págs. 121 – 143.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., “Del control de la Discrecionalidad administrativa al control de la discrecionalidad judicial”, *Revista de Administración Pública*, números 100 – 102, 1998, págs. 1083-1099.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “*El Ruido en el informe del Defensor del Pueblo sobre 1994*”, REALA número 265, 1995, págs. 85 – 115.
- NIETO Alejandro, *La balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, 1ª edición.
- NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el Revés. Diálogo Epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998, 1ª Edición.
- OEHLING RUIZ, H. “*El Defensor del Pueblo: algunos problemas en su adaptación orgánico funcional*”. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 72/1991, págs. 178 – 207.
- ORTIZ GONZÁLEZ, A. “*Los documentos reservados y el acceso a los mismos*”, El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid, págs. 145 – 165.
- ORTIZ GONZÁLEZ, Á. L., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 13*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 333 - 361.

- PALACIO VALLE-LERSUNDI, J. M. “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 19*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 489 - 515.
- PAREJO ALFONSO, L. “*El Defensor del Pueblo como institución de Control de la Administración Pública (contenido y alcance de su función, procedimiento de actuación y tipos, efectos y publicidad de sus resoluciones)*”; Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas, Universidad Carlos III de Madrid, 1992, págs. 103 – 158.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. La elaboración de la Constitución de 1978, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- PELLÓN RIVERO, R. El Defensor del Pueblo. Legislación española y Derecho Comparado, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno. Madrid, 1982.
- PÉREZ CALVO, A., “*Comentario al artículo 54*”; En la obra colectiva: Comentario a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. Dirigido por Oscar Alzaga. Edersa, Madrid, 1984, págs. 534-579.
- PÉREZ CALVO, J. “*Rasgos esenciales del Defensor del Pueblo según la Constitución y la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril*” Revista de Derecho Político núm. 11/1981, págs. 67 – 81.
- PÉREZ LUÑO, A. E. “*La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo*”. Anuario de Derechos Humanos, núm. 4, Universidad Complutense, Madrid. 1986-87.
- PÉREZ-UGENA y COROMINA, M. Defensor del Pueblo y Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- RECORDER DE CASTRO, E., “*Comentario al artículo 70*”. En la obra colectiva: “*Comentarios a la Constitución*”. Editorial Civitas, Madrid, 1985, págs. 1069-1077.
- RETUERTO BUADES, M. “*Ámbito propio del Defensor del Pueblo y relaciones de coordinación y cooperación con los órganos similares de las Comunidades Autónomas*”. El procurador del Común, Defensor del Pueblo y

- Comunidades Autónomas, Cortes de Castilla y León y Universidad de Valladolid, 1995, págs. 95 – 114.
- RIVERO ISERN, J. L., “*La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos*”, XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 17 – 69.
 - ROVIRA VIÑAS, A., Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002.
 - ROVIRA VIÑAS, A., “*La intervención de los Defensores del Pueblo en la solución convencional de conflictos*”, XII Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, Sevilla 1,2 y 3 de Octubre de 1997, págs. 105 – 113.
 - RUIZ-HUERTA SAEZ-ROYUELA, J. I. “*Estructura, contenidos y difusión de los informes anuales del Defensor del Pueblo*”, XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 12 y 13 de noviembre de 2001, Madrid, Palacio del Senado, págs. 142- 152.
 - SAINZ MORENO F. y HERRERO DE PADURA M. “*Constitución Española: Trabajos Parlamentarios*”, Tomo I, Cortes Generales, 2ª Edición preparada por. 1989, Madrid.
 - SAINZ MORENO, F. “*Defensor del Pueblo y Parlamento (relaciones con las Cámaras)*”; Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas, Universidad Carlos III de Madrid, 1992, págs. 5 – 102.
 - SÁNCHEZ MORÓN, M. “*El Defensor del Pueblo como medio de control parlamentario de la Administración*”; El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid, págs. 185 – 194.
 - SÁNCHEZ SAUDINÓS, J. M. y PAJARES MONTOLIÓ, E., “*Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo; artículo 32*”, Director Antonio ROVIRA VIÑAS, Editorial Aranzadi y Defensor del Pueblo, Madrid, 2002, págs. 791 - 815.
 - SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, “*El contencioso español, el contencioso comunitario y la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Administración de Justicia*”, MONTORO CHINER, María Jesús,

coordinadora: Libro Homenaje al prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta, La Justicia Administrativa, Edit. Artelier, Barcelona 2003, págs. 47-60.

- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “*El Defensor del Pueblo y la Administración*”; Mesa redonda, 1981, Presidencia del Gobierno, Madrid.
- SÖDERMAN Jacob “*El Defensor del Pueblo como garante en el sistema Comunitario de defensa de los derechos ciudadanos*”, El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid, págs. 11 – 21.
- SORIANO DÍAZ, R. L., “*Los puntos negros de las institución del Defensor del Pueblo*”, Revista Jueces para la Democracia número 35, 1999.
- URIBARRI A. “*La relación de la Institución del Defensor del Pueblo con las Cortes Generales: El informe ordinario.*” El Fortalecimiento del Ombudsman iberoamericano. AAVV, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo CICODE, Universidad de Alcalá, 1999, Madrid, págs. 85 – 108.
- VARELA SUANÇES-CARPEGNA, J. “*La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo*”. Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 8/1983, págs. 62 – 80.
- VIEHWEG, Theodor, Tópica y jurisprudencia, prólogo de Eduardo García de Enterría; traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Editorial Taurus, Madrid, 1964 (imp. 1986).
- ZAMBRANO SILVA, S., “*Sobre la necesidad de facilitar el acceso a la información derivada de la actuación de los Comisionados Parlamentarios: base de datos de las actuaciones contenidas en los informes anuales y especiales del Defensor del Pueblo Andaluz*” XVI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, 12 y 13 de noviembre de 2001, Madrid, Palacio del Senado, págs. 199 – 207.

BIBLIOGRAFÍA RELATIVA AL CAPÍTULO DEL ESPACIO MARÍTIMO-TERRESTRE

- ÁLVAREZ MERINO, J., “*A propósito de los planes de ordenación de playas*”, Revista de Derecho Urbanístico número 86, 1986.

- ANGULO ERRAZQUIN, L. M., “*Las competencias municipales en la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio*”, en Jornadas sobre la Ley de Costas, Bilbao 1990.
- ARANA GARCÍA, E., “*La vigilancia, auxilio y salvamento en las playas: una competencia discutida*”, Revista de Derecho Ambiental número 112, 2001.
- BERTOLO CADENAS, J. J., “*Influencia de la Ley de Costas sobre el planeamiento urbanístico. Articulación entre las Administraciones estatal, autonómica y local*”, en Jornadas sobre la Ley de Costas, Santiago de Compostela 1992.
- BORRAJO INIESTA, I., “*La incidencia de la Ley de Costas en el Derecho Urbanístico*”, Revista de Administración Pública número 130, 1993.
- CALERO RODRIGUEZ, J. R., Régimen jurídico de las costas españolas, Pamplona, 1995.
- COSTA MORATA, P., “*La nueva Ley de Costas: una oportunidad para la ordenación del litoral*”, en Conferencia Mundial sobre Desarrollo del Turismo y el Medio Ambiente, Canarias 1989.
- ESCRIBANO COLLADO, P., Y LÓPEZ GONZÁLEZ. J. I., “*El medio ambiente como función administrativa*”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 26, 1980.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., “*El ejercicio de la potestad sancionadora en el dominio público marítimo-terrestre y en la zona de servidumbre de protección en terrenos no deslindados*”, REALA número 279, 1999.
- FERNANDEZ, T. R., “*Derecho, Medio Ambiente y desarrollo sostenible*”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 24, 1980.
- GARCÍA MACHO, R., “*Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción*”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 72, 1991.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “*El régimen jurídico de las Costas españolas: La concurrencia de competencias sobre el litoral. Especial referencia al informe preceptivo y vinculante de la Administración del Estado*”, RAP número 144, 1997.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas*”, Revista de Administración Pública, número 141, 1966.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo, ed. Civitas, Madrid 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., Curso de Derecho Administrativo I, 7ª edición, Madrid 1996.
- GIL ROBLES y GIL ROBLES, A., “*Administración Pública y Calidad de la Vida Urbana*”, en La Calidad de la Vida Urbana, FUNDEI, 1991.
- GONZALEZ CANO, M. I., “*La exigencia de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la infracción administrativa: exclusividad jurisdiccional y autotutela de la Administración*”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 85, 1995.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, O., “*Limitaciones y servidumbres marítimas*”, Revista de Derecho Urbanístico número 117, 1990.
- GONZÁLEZ SALINAS, J., Régimen Jurídico actual de la propiedad en las costas, Madrid 2000.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., El deslinde de las costas, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- HORGUÉ BAENA, C., El deslinde de Costas, Tecnos, Madrid, 1995.
- LAFUENTE BENACHES, M., “*La declaración de caducidad en las concesiones de dominio público marítimo-terrestre*”, Revista española de Derecho Administrativo, número. 63, 1989.
- LEGUINA VILLAS, Jesús, “*La defensa del uso público de la zona marítimo terrestre*”, REDA número 2, 1974.
- LÓPEZ PELLICER, J. A., “*Los derechos adquiridos en zonas del demanio marítimo-terrestre ante la nueva Ley de Costas*”, en Revista Española de Derecho Administrativo, número 68, 1990.

- LOPEZ RAMÓN, F., “*Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente*”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 95, 1997.
- MARTÍN MATEO, R. y VERA REBOLLO, J. F., “*Problemas de ordenación territorial y urbanística en el litoral survalenciano: consideraciones sobre planeamiento, conservación de costas y promoción del turismo residencial*”, Revista de Derecho Urbanístico número 114, 1989.
- MARTÍN-RETORTILLO, S., “*Reflexiones sobre la calidad de las aguas en el ordenamiento jurídico español*”, Revista de Derecho Ambiental número 65, 1990.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., Derecho de Aguas, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “*¿Propiedad privada de playas y zona marítimo-terrestre?*”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 34, 1982.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “*La propiedad privada en la zona marítimo-terrestre*”, RAP número 56, 1968.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., El “Via Crucis” de las libertades públicas y otros ensayos rescatados, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1996.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado), Editorial Akal, Madrid, 1984.
- MARTÍNEZ DE PISON APARICIO, I., “*¿Concesiones de uso común general del demanio costero?*”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 99, 1998.
- MECO TEBAR, F., Deslinde de costas, Valencia 1998.
- MELIAN GIL, J. L., “*El concepto de dominio público marítimo-terrestre en el Proyecto de Ley de Costas*”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 59, 1988.

- MELIAN GIL, J. L., “*Régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de Costas*”, en Jornadas sobre la Ley de Costas, Bilbao 1990.
- MEILAN GIL, J. L., “*La Ley de Costas y las competencias de las Comunidades Autónomas*”, en Jornadas sobre la Ley de Costas, Santiago de Compostela 1992.
- MENÉNDEZ REXACH, A. “*La ordenación de las playas y sus problemas jurídicos. En especial el tema de las competencias concurrentes*”, Revista de Derecho Urbanístico número 76, 1982.
- MENÉNDEZ REXACH, A., “*La Ley de Costas 22/88*”, en I Jornadas sobre la Ley de Costas, Bilbao 1990.
- MENÉNDEZ REXACH, A., “*La Ley de Costas*”, en Jornadas sobre la Ley de Costas, Santiago de Compostela 1992.
- ORÓN MORATAL, G., “*Financiación del saneamiento y depuración de aguas residuales*”, REALA número 269, 1996.
- PERALES MADUEÑO, F., “*La ordenación del territorio y del urbanismo desde la nueva Ley de Costas*”, en Jornadas sobre la Ley de Costas, Bilbao 1990.
- PÉREZ CONEJO, L., *Las costas marítimas: Régimen jurídico y competencias Administrativas*, Granada 1999.
- PÉREZ MORENO, A., “*La Ley de Costas y el Planeamiento Urbanístico*”, Revista de Derecho Urbanístico número 117, 1990.
- POVEDA DÍAZ, M. T., “*La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y la planificación territorial urbanística*”, Revista de Derecho Urbanístico número 115, 1989.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M. DEL P., *El dominio público marítimo-terrestre: Titularidad y sistemas de protección*, Madrid 1999.
- RODRÍGUEZ MORO, N., “*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1967, AZ 3171, que resuelve el caso de los enclaves privados en la zona marítimo terrestre de las Islas Sálvora, Vienta y Nora*”,

- situadas en la desembocadura de la Ría de Arosa*”, Revista de Estudios de la Vida Local número 157, 1968.
- SAINZ MORENO, F., “*Término municipal y dominio marítimo*”, Revista de Administración Pública número 112, enero – abril, 1987.
 - SÁNCHEZ BLANCO, Á., “*El Plan de Medio Ambiente de Andalucía 1995-2000. Diagnóstico y alternativas de infraestructuras, servicios, y acciones socioeconómicas. Su integración en el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía*”, RAAP núm. 29, 1997.
 - SÁNCHEZ GOYANES, E., “*Eficacia e ineficacia jurídicas de los Planes Urbanísticos: la falta de publicación de los planes y sus efectos jurídicos*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, número 162, de 1998.
 - TRAPERO, J. J., “*Aspectos Urbanísticos de la protección del territorio litoral*”, Revista de Derecho Urbanístico número 117, 1990.
 - VERA FERNÁNDEZ SANZ, A., “*La ordenación de Playas y otros espacios costeros*”, Revista Española de Derecho Administrativo número 27, octubre-diciembre, 1980.
 - VERA PERNÁNDEZ-SANZ, A., “*La legalización de ocupaciones sobre la zona marítimo-terrestre*”, Revista Española de Derecho Administrativo, número 18, julio a septiembre 1978.

BIBLIOGRAFÍA RELATIVA AL CAPÍTULO DEL PATRIMONIO HISTÓRICO

- ABAD LICERAS, J. M., “*El marco jurídico de la rehabilitación del patrimonio arquitectónico cultural en España*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, número 172, 1999, págs. 39 –89
- ALEGRE ÁVILA, J. M., Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico, Ministerio de Cultura vols I y II, Madrid, 1994.
- ALEGRE ÁVILA, J. M., “*El ordenamiento estatal del Patrimonio Histórico Español: Principios y bases de su Régimen Jurídicos*” REALA número 255-256, 1992, págs. 599 – 641.
- ALONSO IBAÑEZ, M^a. R., El Patrimonio Histórico. Destino público y valor cultural, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

- ALONSO IBÁÑEZ, M^a. R., Los espacios culturales en la ordenación urbanística, Ed. Marcial Pons y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Madrid, 1994.
- ALONSO IBÁÑEZ, M^a. R., “*La identificación de los espacios culturales en el ordenamiento español y la necesidad de integrar su tratamiento en el marco de la ordenación territorial*”, Revista de Patrimonio Cultural y Derecho, número 1, 1997, págs. 101 – 119.
- AMORES CARREDANO, F., “*La perversión en las técnicas jurídicas de protección del Patrimonio Arqueológico*”, Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 5, 2001, págs. 183 – 199.
- BAQUEDANO, E. y CABALLERO C., “*Patrimonio Arqueológico y estructuras aeroportuarias: actitudes ante una difícil convivencia*”, Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 3, 1999, págs. 147 – 162.
- BARCELONA LLOP, J., “*Aspectos del régimen jurídico de las autorizaciones arqueológicas*”, Revista Aragonesa de Administración Pública número 21, 2002, págs. 113 – 146.
- BARCELONA LLOP, J., “*El Dominio Público Arqueológico*”, Revista de Administración Pública número 151, 2000, págs. 133 – 165
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “*La intervención de los bienes inmuebles del Patrimonio Histórico. La interpretación del artículo 39.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000. La ilegalidad del Proyecto de Restauración y Rehabilitación del Teatro Romano de Sagunto*”, RAAP número 40/2000, págs. 133 – 150.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico Tesis doctoral coeditada por Civitas e Instituto García Oviedo, Madrid, 1990.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “*La situación del Patrimonio Histórico en Andalucía. Un balance en el decimoquinto aniversario de su Estatuto de Andalucía*”, RAAP número 27, 1996, págs. 43 - 94.

- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “*Los conjuntos históricos y el planeamiento de protección en la Comunidad Autónoma de Andalucía*”. RAAP número 16, 1993, págs. 39 – 78
- BASSOLS COMA, M., “*El Patrimonio Histórico Español: aspectos de su régimen jurídico*”. Revista de Administración Pública número 114, 1987, págs. 93 – 126.
- BASSOLS COMA, M., “*Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y Conjuntos Históricos*”, Revista de Derecho Urbanístico número 118, 1990, págs. 13 – 127.
- BASSOLS COMA, M., “*Los Conjuntos Históricos: su concepto en el ordenamiento jurídico español e internacional*”, Revista de Patrimonio Cultural y Derecho, número 4, 2000, págs. 91 – 110
- BENITEZ DE LUGO Y GUILLEN, F., *El Patrimonio Cultural Español Comares*, Granada, 1988.
- BENITEZ DE LUGO Y GUILLÉN, F., “*El Patrimonio Histórico-Artístico-Cultural y el Medio Ambiente*”, Revista de Derecho Urbanístico número 83, 1983, págs. 41- 89.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., “*Mecanismos de protección y financiación en la arqueología urbana*”, Revista de Administración Pública número 141, 1996, págs. 95 – 129.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., “*Patrimonio Histórico: Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia*”, Revista de Derecho Urbanístico y de Medio Ambiente número 1992, 2002, págs. 41 - 55.
- CORRAL, C. y ALDANONDO, I., *Código del Patrimonio Cultural de la Iglesia*, Comisión Episcopal para el Patrimonio Cultural de la Iglesia-Edice, Madrid, 2001.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y NEVADO-BATALLA MORENO, P., “*El ejercicio de la potestad sancionadora como técnica de protección del Patrimonio Histórico-Artístico. Notas definitorias*”, *Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico*, Ministerio de Educación Cultura y Deportes, 2001, págs. 35 – 46.

- ESTRELLA IZQUIERDO, V.: “*El patrimonio histórico-artístico en la jurisprudencia*”, Revista de Administración Pública, número 76, 1975, págs. 133 y ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “La legislación española sobre el Patrimonio Histórico Artístico. Balance de la situación cara a su reforma”, Revista de Derecho Urbanístico, número 60, 1978, págs. 13-36.
- GALLEGO ANABITARTE, A., “*La protección del Patrimonio Histórico*”, Seminario Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ávila, 1999, págs. 197 – 222.
- GARCÍA ENTERRÍA, E., “*La Constitución como norma jurídica*”, en La Constitución española de 1978, dirigido por A. Predieri y E. García Enterría, 1ª edición, Madrid, 1980, págs. 100 ss
- GARRIDO FALLA, F., Comentarios a la Constitución, Edit Civitas, Madrid, 1985.
- GÓMEZ BARAHONA, A., “*Las competencias municipales en la protección del patrimonio cultural*”, Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, 2001, Madrid, págs. 47 – 60.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., “*Problemática jurídica de la rehabilitación urbanística*”, Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, 2001, págs. 115 - 122.
- GUILLÉN RUÍZ-AYÚCAR, S. y MELGOSA ARCOS, F., “*El grupo de ciudades patrimonio de la humanidad de España*” RAAP número 41/2001, págs. 299 – 321
- IBAÑEZ PICÓ, M., “*El derecho a la cultura en el municipio español*”. REALA, número 282, 2000, págs. 257 - 282.
- JORDANO FRAGA, J., La protección del derecho a un medio ambiente adecuado, Bosch, Barcelona, 1995.
- LÓPEZ BRAVO, C., “*Regulación jurídica de los proyectos de conservación y restauración de bienes culturales*”, Revista de Patrimonio Cultural y Derecho, número 5, 2001, págs. 217 – 228.

- MAGÁN PERALES, J.M., “*La protección policial del Patrimonio Histórico: aspectos legales y organizativos*”, Revista de Patrimonio Cultural y Derecho, número 5, págs. 91 – 142.
- MARTÍN-RETORTILLO, L.: “*Los conceptos de consolidación, rehabilitación y restauración en la Ley del Patrimonio Histórico Español*”, en la obra colectiva “*El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al profesor Martín Mateo)*”, Tomo III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 3189 a 3194.
- MELGOSA ARCOS, F. J., “*Turismo y sostenibilidad en las Ciudades Patrimonio de la Humanidad. Principios, Marco e Instrumentos de Actuación*”, Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, 2001, págs. 197 – 220
- MENÉNDEZ REXACH, Á. “*Los planes Especiales de Protección del Patrimonio Histórico*”, Seminario Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ávila 1999, págs. 185 – 196.
- MOLINA GIMÉNEZ, A., “*La protección de patrimonio cultural en su dimensión ambiental*”, RAAP número 40/2000, págs. 327 - 384.
- MOLINA GIMÉNEZ, A., “*La protección de patrimonio cultural en su dimensión ambiental*”, RAAP número 40/2000, págs. 327 – 384.
- MORA BONGERA, F., “*La protección de los Conjuntos históricos a través del planeamiento. El caso específico del Conjunto de Santa María del Campo Viveiro*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, número 116, 1990, págs. 47 – 65.
- MOREU BALLONGA, J. L., “*Hallazgos de interés histórico, artístico y/o arqueológico*”, Revista de Administración Pública número 132, 1993, págs. 171 - 209.
- MUÑOZ MACHADO, S.: “*La resurrección de las ruinas: el caso del Teatro Romano de Sagunto*”, Revista Urbanismo y Edificación, número 2, (2000), págs. 119 y siguientes; y Ed. Civitas, Madrid, 2002.

- PEREDA ALONSO, A. “*La conservación del Patrimonio Cultural Español de carácter inmueble*”, Ciclo de reuniones “Patrimonio y Sociedad”, Asociación Hispania Nostra, 1997.
- PÉREZ MORENO, A.: “*El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico*”, Revista de Derecho Urbanístico número 119, págs. 20 y ss.
- PORTO REY, E. “*Los planes urbanísticos y su problemática en el caso de las Ciudades Patrimonio de la Humanidad*”, Seminario Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ávila 1999, págs. 77 – 98.
- PRIETO DE PEDRO, J., Cultura, Culturas y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- QUEROL FERNÁNDEZ, M^a. Á. y MARTÍNEZ DÍAZ, B., La gestión del Patrimonio Arqueológico en España, Ed. Alianza, Madrid, 1996.
- RENARD, Jacques, “*La conservación de centros antiguos en Francia*”, Actas de las Jornadas sobre Patrimonio Histórico Artístico de Castilla-León, 1980.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. “*La protección del Patrimonio Cultural en el Código Penal de 1995*”, Revista Patrimonio Cultural y Derecho, número 2, 1998, págs. 133 - 161.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á., “*El Plan General de bienes culturales de Andalucía: necesidad y limitaciones de la programación económica*”, Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, 2001, págs. 221 – 237.
- SÁNCHEZ GOYANES, E., “*Técnicas urbanísticas de protección del Patrimonio Cultural en el Derecho Español*”, Ciudades Patrimonio de la Humanidad de España, Urbanismo y Patrimonio Histórico, Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, 2001, págs. 61 – 97.
- SANZ-PASTOR y PALOMEQUE, C.J., “*Reflexiones sobre la protección del Patrimonio Cultural Inmobiliario mediante planes de Urbanismo*”, Revista de Derecho Urbanístico número 88, 1984, págs. 13 - 44.

- VICENTE DOMINGO, J., “*Consideraciones críticas sobre la política protectora de los Conjuntos históricos*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, número 122, 1991, págs. 115 – 159.
- YÁÑEZ, A., “*Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español. A propósito de la Sentencia 181/1998 del Tribunal Constitucional*”. Revista de Derecho Administrativo número 103, 1999, págs. 459 – 472.

BIBLIOGRAFÍA RELATIVA AL CAPÍTULO DE LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

- ACOSTA GALLO, P., “*Ruidos nocturnos por afluencia masiva de público a locales de ocio e intervención municipal (la STSJ de I.B. de 29 de julio de 1999)*”, REALA número 282, 2000, págs. 283-296.
- ALONSO SEGOVIA, B., “*Las zonas saturadas en Zaragoza*”, Revista Aragonesa de Administración Pública, número 10, junio de 1997, págs. 457 – 475.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., “*La movida Juvenil: La sentencia del Tribunal superior de justicia de Andalucía (Sala de Sevilla) de 11 de Septiembre de 1998*”, REALA número 277, 1998, págs. 191-203.
- BEATO ESPEJO, M., “*El medio ambiente como bien jurídico colectivo. Ruido callejero como actividad molesta. Derecho a un ambiente silencioso y pacificador*”, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, número 148, 1996, págs. 115- 146.
- BEATO ESPEJO, M., “*El medio ambiente urbano y la convivencia ciudadana: El ruido por el consumo de bebidas en la vía pública (Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994, dictada en apelación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de mayo de 1988)*” RAP número 139, 1996, págs. 171-193.
- BLASCO ESTÉVEZ, A., “*Idas y venidas en la lucha contra el ruido*”, RAP, número 153, 2000, págs. 267 – 300.
- BORRAJO DACRUZ, E. “*Artículo 43*” de los comentarios a las Leyes Políticas dirigidos por ALZAGA VILLAALMIL, Edersa, 1996, págs. 154 y ss.

- DE LA MORENA y DE LA MORENA, L. “*La potestad sancionadora de la Administración en materia de horarios*”, Tapia, octubre, 1991, págs. 14 y ss
- GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, S., “*Tratamiento jurídico acerca del ruido en los transportes*”, REDA número 11, págs. 9 – 68.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., “*El ruido: la Sentencia del TSJ de Valencia de 7 de marzo de 1997*”, REALA número 276, 1998, págs. 233-234.
- HERRERA DEL REY, J., *La Contaminación acústica en Sevilla*, Editorial Guadalquivir, 2001.
- LIZÓN GINER, A., Sindica de Grujes de la Comunidad Valenciana, “*Medio ambiente urbano, ruidos y Actividades Molestas*”, ponencia en las IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo; págs. 15 –85. Alicante, 5, 6 y 7 de octubre de 1994.
- LOPEZ RAMÓN, F., “*La ordenación del ruido*”, RAP, número 157, 2002, págs. 27 – 56.
- MAEZTU GREGORIO DE TEJADA, J., Adjunto Primero del Defensor del Pueblo Andaluz, “*Medio ambiente urbano (ruidos y actividades molestas). Balance de la experiencia y actuaciones del Defensor del Pueblo Andaluz ante la problemática*”, IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo, págs. 99 – 124. Alicante, 5, 6 y 7 de octubre de 1994.
- MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental. Vol. II*, págs. 642 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “*El ruido de los grandes aeropuertos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, RVAP número 40, 1994, págs. 103 – 120.
- MARTIN RETORTILLO BAQUER, L., “*La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional (Auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar en Sevilla)*”, RAP 115, 1988, págs. 205 – 231.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “*El ruido en la reciente jurisprudencia*”, RAP, número 125, 1991, págs. 319 – 343.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “*Los ruidos evitables (Sentencia de la Sala 3ª de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 10 de octubre de 1988)*”, REALA número 238, 1988, págs. 1274 – 1282.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “*Tres sentencias interesantes sobre el ruido (Sala 3ª de Santander)*”, RVAP número 41, 1995, págs. 661 – 677.
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., “*El ruido: una pesadilla del Justicia*”, http://www.iustel.com/revistas/detalle_Revista.asp nº2, 2003.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I. “*Medio ambiente y fuerzas Armadas*”, RAAP, número 50, 2003, p. 185 – 200.
- NIETO Alejandro, *La balada de la Justicia y la Ley*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- PÉREZ MARTOS, J. “*La protección jurisdiccional frente al ruido (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo)*”.REALA, número 288, 2002, págs. 215 – 244.
- PINEDO HAY, J., *El ruido del ocio*; Editorial Bosch, 2001.
- REQUENA LÓPEZ, T., MARTÍN MORALES, R., GUILLÉN LÓPEZ, E., “*El régimen constitucional de la movida*”, Grupo Editorial Universitario, 2001.
- RETUERTO BUADES, M., “*La experiencia del Defensor del Pueblo y la Contaminación Acústica*”, IX Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo; págs 85 – 95. .Alicante, 5, 6 y 7 de octubre de 1994.
- SAINZ MORENO, F., “*Sobre el ruido y la policía de la tranquilidad (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1976, Ponente: don José Gabaldón)*”, REDA número 15, 1977, págs. 664 – 668.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á., “*El tráfico automovilístico, portuario, aéreo y ferroviario. Su incidencia sobre el medio ambiente urbano*”, *Revista de Administración Pública* número 82, 1977, págs. 327 – 380.
- SÁNCHEZ BLANCO, Á., “*La afectación de bienes de Dominio Público*”, Sevilla, 1979, págs. 192-196 y 222-224.

- SOSA WAGNER, F., “*La lucha contra el ruido*”, REALA número 249, 1991, págs. 11 – 31.
- URIARTE RICOTE, M., “*Aspectos normativos del ruido en el transporte aéreo de los Estados Unidos*”, RVAP número 41, 1995, págs. 695 -713.

Índice de Jurisprudencia

SENTENCIAS EN MATERIA DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, de la que fue ponente Francisco Rubio Llorente.

TRIBUNAL SUPREMO:

- Sentencia de la Sala 3ª, de 13 de julio de 2001, del Tribunal Supremo de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona. EDJ 2001/26193.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 20 de junio de 2001, del Tribunal Supremo de la que fue ponente Pedro José Yagüe Gil. EDJ 2001/13356.
- La Sentencia de la Sala 3ª, de 31 de diciembre de 2002, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez. EDJ 2002/58743.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 17 de julio de 2002, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Oscar González González. EDJ 2002/28707
- Sentencia de la Sala 3ª, de 10 de mayo de 2001, del Tribunal Supremo de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez. EDJ 2001/32796.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 26 de octubre de 1999, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez. EDJ 1999/32434.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 4 de julio de 2001, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez. EDJ 2001/10056.
- La Sentencia de la Sala 3ª, de 3 de marzo de 2001, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Fernando Ledesma Bartrer, EDJ 2001/8611.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 29 de mayo de 1997, del Tribunal Supremo de la que fue ponente Fernando Cid Fontán. EDJ 1997/4334.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 7 de noviembre de 2001, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona. EDJ 2001/51535.

- Sentencia de la Sala 3ª, de 7 de octubre de 2002, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona. EDJ 2002/42772.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 19 de diciembre de 2002, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona, EDJ 2002/55806.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 11 de mayo de 2001, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona, EDJ 2001/9555.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 24 de septiembre de 2001, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez, EDJ 2001/30881.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 27 de mayo de 2002, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Francisco Trujillo Mamely, EDJ 2002/18788.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 25 de julio de 2001, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Fernando Ledesma Bartret, EDJ 2001/32338.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 23 de julio de 2001, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Segundo Menéndez Pérez, EDJ 2001/32326.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 11 de mayo de 2001, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Fernando Ledesma Bartret, EDJ 2001/9559.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 1 de junio de 2001, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez-Bordona, EDJ 2001/11095.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso administrativo, de 23 de octubre de 2002, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Oscar González González, EDJ 2002/44065.
- Sentencia de la Sala 3ª de 19 de junio de 2001, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Pedro Antonio Mateos García, EDJ 2001/13354.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 16 de julio de 2002, del Tribunal Supremo, de la que fue ponente Manuel Campos Sánchez Bordona, EDJ 2002/29142.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

- Sentencia de la Sala 3ª, de 3 de diciembre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de la que fue ponente Mª Teresa Gómez Pastor, EDJ 1999/43439.

- Sentencia de la Sala 3ª, de 4 de diciembre de 1997, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de la que fue ponente Joaquín García Bernardo de Quirós, EDJ 1997/19725.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativa, de 29 de julio de 2002, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), de la que fue ponente Federico Lázaro Gil. EDJ 2002/46713.
- Sentencia de la Sala 3ª, de 5 de diciembre de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de la que fue ponente Rafael Pérez Nieto, EDJ 2001/69544.

JURISPRUDENCIA RELATIVA AL PATRIMONIO HISTÓRICO:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, de 31 de enero de la que fue ponente José Gabaldón López.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 181/1998, de 17 de septiembre de la que fue ponente Pablo García Manzano.

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1992 de la que fue ponente José Luis Ruiz Sánchez, EDJ 1992/1611.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1999, de la que fue ponente Manuel Delgado-Iribarren Negro, EDJ 1999/40667.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1998, de la que fue ponente Fernando Cid Fontán, EDJ 1998/20847.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1996, de la que fue ponente Fernando Cid Fontán, EDJ 1996/4854.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1999, de la que fue ponente Fernando Cid Fontán, EDJ 1999/1308.

- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2001, de la que fue ponente Manuel Goded Miranda, EDJ 2001/30108.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2002, de la que fue ponente Ricardo Enríquez Sancho, EDJ 2002/42832.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2001 de la que fue ponente Ramón Trillo Torres, EDJ 2001/34711.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1991, de la que fue ponente José María Morenilla Rodríguez, EDJ 1991/7399.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1996, de la que fue ponente Fernando Ledesma Bartret, EDJ 1996/8592.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1992, de la que fue ponente José Luis Ruiz Sánchez, EDJ 1992/1611.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2002, de la que fue ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, EDJ 2002/26319.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2001 de la que fue ponente Ramón Trillo Torres, EDJ 2001/34711.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 28 de junio de 2002 de la que fue ponente Heriberto Asencio Cantisan, EDJ 2002/78290.
- Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 8 de noviembre de 2002, de la que fue ponente Antonio Moreno Andrade, EDJ 2002/71588.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 26 de diciembre de 2001, de la que fue ponente José Antonio Montero Fernández, EDJ 2001/74371.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 5 de septiembre de 2002, de la que fue ponente Joaquín García Bernaldo de Quirós, EDJ 2002/74333.

- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 9 de abril de 2002, la que fue ponente José Antonio Montero Fernández, EDJ 2002/35878.
- Sentencia de la Sala de los Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 3 de mayo de 2002, de la que fue ponente Laureano Estepa Moriana, EDJ 2002/48941.

JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA CONTAMINACIÓN ACÚSTICA:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 2004, de la que fue ponente Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 2001, de la que fue ponente Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984, de la que fue ponente Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1990, de la que fue ponente Francisco González Navarro, EDJ 1990/10143.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2002, de la que fue ponente Ramón Trillo López, EDJ 2001/51942.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 10 de abril de 2003, de la que fue ponente Nicolás Maurandi Guillén, EDJ 2003/17758.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003, de la que fue ponente Nicolás Maurandi Guillén, EDJ 2003/80994.
- Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1990, de la que fue ponente Ángel Martín del Brugo Marchán, EDJ 1990/9676.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003.

- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2002, de la que fue ponente Juan Antonio Xiol Ríos, EDJ 2002/14001.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1995, de la que fue ponente Juan Manuel Sanz Bayón, EDJ 1995/4534.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1995, de la que fue ponente Mariano Baena del Alcázar, EDJ 1995/5115.
- Sentencia de la Sala de lo contencioso- administrativo del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1998, de la que fue ponente Eduardo Carrión Moyano, EDJ 1998/20982.
- Sentencia de la Sala de lo contencioso- administrativo del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1987.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1990, de la que fue ponente Julián García Estartús, EDJ 1990/3413.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1995, de la que fue ponente Antonio Martí García, EDJ 1995/6848.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, de la que fue ponente Francisco González Navarro, EDJ 1989/4932.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2002, de la que fue ponente Jesús Ernesto Peces Morate, EDJ 2002/16770.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994, de la que fue ponente Manuel Goded Miranda, EDJ 1994/8221.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 1991, de la que fue ponente Ángel Martín del Burgo y Marchán, EDJ 1991/4902.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1980 de la que fue ponente José María Ruiz-Jarabo Ferrán, Aranzadi RJ 1980\1646.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1982, de la que fue ponente Paulino Martín Martín, EDJ 1982/518.

- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1991, de la que fue ponente Eladio Escusol Barra, EDJ 1991/6936.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003, de la que fue ponente Ricardo Enríquez Sancho, EDJ 2003/50160.
- Sentencia de la Sala de lo contencioso- administrativo del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1992, de la que fue ponente Francisco José Hernando Santiago, EDJ 1992/3548.
- La Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1990, de la que fue ponente Pedro Antonio Mateos García, EDJ 1990/5914.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

- Sentencia de la sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 29 de marzo de 2001, de la que fue ponente Rafael Pérez Nieto, Aranzadi RJCA 2001\955.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de septiembre de 2003, de la que fue ponente Laureano Estepa Moriana. EDJ 2003/74573
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 29 de octubre de 2001, de la que fue ponente María Luisa Alejandro Durán, EDJ 2001/69503.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 16 de junio de 2003, de la que fue ponente Joaquín García Bernaldo de Quirós, EDJ 2003/39423.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE VALENCIA

- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 1 de junio de 1999, de la que ponente Fernando Nieto Martín, EDJ 1999/49243.
- Sentencia de 23 de junio de 1998, de la sala de lo Social, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de la que fue ponente Francisco José Pérez Navarro, Aranzadi AS 1998\5697.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

- Sentencia de la Sala de lo Contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de julio de 2002, de la que fue ponente Juan Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, EDJ 857/2002.
- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Cataluña de 1 de octubre de 1999, de la que fue ponente Pilar Martín Coscolla, EDJ 1999/45773.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de junio de 1998, de la que fue ponente Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, EDJ 1998/20283.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 29 de julio de 1999, de la que fue ponente Fernando Socías Fuster, EDJ 1999/29148.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 16 de junio de 1998. EDJ 1998/65679.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de Octubre de 2001, de la que fue ponente Enrique Quiñonero Cervantes. EDJ 2001/74799.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA – LA MANCHA

- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha de 10 de febrero de 2003, de la que fue ponente José Borrego López, EDJ 2003/64097.

