

**VOCACIÓN AMBIENTAL DEL URBANISMO ACTUAL Y ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO:
LAS DOS CARAS DE LA FILOSOFÍA DE LOS VALORES EN EL DERECHO
URBANÍSTICO**

Manuel JARAMILLO FERNÁNDEZ
Secretario de Categoría de Entrada

*Trabajo de evaluación presentado a para obtener el Diploma de Especialización
en Planificación y Gestión Urbanística. CEMCI febrero 2016.*

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. La vocación ambiental del Derecho urbanístico español.
 1. La historia del Derecho urbanístico español: del desarrollismo al desarrollo sostenible.
 2. Otras vías de penetración de la protección ambiental en el urbanismo: especial referencia a la evaluación ambiental de planes y programas.
- III. El análisis económico del Derecho: origen, concepto y recepción en España
- IV. Retos de la metodología jurídica actual, protección ambiental y el análisis económico del derecho
 1. Filosofía de los valores, constitucionalismo axiológico o ponderativo y análisis económico del Derecho.
 2. La omnipresencia de los valores en el ámbito de la protección ambiental.
- V. Protección ambiental y análisis económico del Derecho: coincidencias, divergencias y síntesis
- VI. Conclusiones finales
- VII. Bibliografía destacada

I. INTRODUCCIÓN

La protección del medioambiente se ha convertido en un valor universal en nuestros días. No es que antes no existiera consideración alguna sobre el medioambiente, sino que se ha convertido en un valor indiscutido, que nadie se atreve a cuestionar. Es un lugar común en el ideal colectivo de los países occidentales. De hecho, la protección del medioambiente ya se ha convertido hasta en un bien sagrado desde la encíclica del Papa Francisco I “*Laudato si*”. Así pues la protección del medioambiente se ha convertido en un dogma de fe no sujeto a crítica (¡quién lo diría en una sociedad secularizada supuestamente racionalista!). Pero claro, por otro lado, si en algo se ha caracterizado el mundo moderno ha sido por el materialismo que conlleva ineluctablemente una visión economicista de la vida, generando lo que se ha dado en llamar el *homo oeconomicus*. El triunfo del racionalismo y del cientificismo se ha producido por los beneficios económicos y de poder posibilitados por la dominación de la naturaleza. Así pues, encontramos dos principios de la modernidad contrapuestos frontalmente entre sí; tesis y antítesis, a las que se ha pretendido dar síntesis mediante el concepto o principio de desarrollo sostenible.

En este sentido, si atendemos a la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLR/15), aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, el principio de desarrollo sostenible se ha convertido en el pilar basilar sobre el que se edifica el régimen básico de transformación y uso del suelo, por lo que condiciona de forma esencial el Derecho urbanístico español. En consecuencia, es el principio en torno al que se construye la legislación urbanística de las diferentes Comunidades Autónomas. No obstante, veremos cómo la recepción del principio de desarrollo sostenible ha sido tardía respecto a otros países y, sobre todo, producida por impulso de las autoridades europeas.

Desde un punto de vista dogmático-jurídico, el principio de desarrollo sostenible no tiene un efecto directo, sino que como todo principio, necesita de normas interpuestas para conseguir su plena eficacia. Sin embargo, tras la riada *principialista* que ha inundado los países occidentales con una nueva metodología jurídica influida por la filosofía de los valores, la consagración del principio de desarrollo sostenible implica una nueva metodología jurídica en una parte esencial del Derecho urbanístico español: en la planificación territorial y urbanística.

Pues bien, tomando este fenómeno como punto de partida, lo compararemos con la metodología del análisis económico del Derecho, para, tras descubrir sus coincidencias y diferencias, llegar a unas conclusiones finales. En resumen, trataremos la vocación ambiental del Derecho urbanístico español y el análisis económico del Derecho, dos metodologías jurídicas similares en la forma y en su vocación antiformalista, pero que buscan fines antagónicos, y que sólo mediante el principio de desarrollo sostenible se han intentado conciliar.

II. LA VOCACIÓN AMBIENTAL DEL DERECHO URBANÍSTICO ESPAÑOL.

1. La historia del Derecho urbanístico español: del desarrollismo al desarrollo sostenible.

Aunque ya en el siglo XIX se encuentran las primeras normas de ordenación urbana como consecuencia de los primeros procesos de industrialización y del crecimiento de las ciudades, el origen del actual Derecho urbanístico español se encuentra en la Ley del Suelo de 1956, una norma moderna e innovadora en su tiempo, una norma que asentó las principales instituciones de nuestro Derecho urbanístico. La Ley del Suelo de 1956 fue reformada en 1975 dando lugar al Texto Refundido de 1976, todavía de aplicación supletoria en caso de laguna en la legislación urbanística autonómica tras la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/1997, de 20 de marzo. Y es que tras la Constitución de 1978 las Comunidades Autónomas empezaron a asumir en sus respectivos Estatutos de Autonomía la competencia en ordenación del territorio, urbanismo y vivienda ex art. 148.1.3°. Es por ello, que la mayor parte de la siguiente ley estatal sobre urbanismo y suelo -la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de 1990 que dio lugar al Texto Refundido de 1992 (TRLS/92)- fuera declarada inconstitucional en su mayor parte por la sentencia citada. No obstante, algunos preceptos del TRLS/92 subsistieron al quedar amparados por títulos competenciales de carácter transversal como los de los apartados 1° (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), 8° (legislación civil), 13° (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), 18° (procedimiento administrativo común, expropiación forzosa y sistema de

responsabilidad de todas las Administraciones públicas) y 23º (legislación básica sobre protección del medio ambiente).

Con estos mimbres se recompuso la legislación estatal básica en materia de suelo mediante la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones. A su vez, la Ley 6/1998 fue sustituida por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, que al armonizarse con los preceptos subsistentes del TRLS/92 dio como resultado el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRS/08), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Se puede decir que es en esta norma cuando la vocación ambiental del urbanismo español se manifiesta con mayor fuerza, de modo que alcanza tanto protagonismo como la vertiente socio-económica fundamentalmente desarrollista y patrimonialista que había presidido hasta entonces toda nuestra normativa urbanística. Y siendo, el reseñado TRLRS/08 la base esencial del TRLRS/15, podemos tomar como referencia explicativa la Exposición de Motivos del TRLRS/08, como si aún se encontrase vigente, y más aún teniendo en cuenta la parquedad de la Exposición de Motivos del vigente TRLRS/15. En consecuencia, podemos citar el segundo apartado de la misma, donde se explicita la vocación ambiental de la norma:

«En tercer y último lugar, la del urbanismo español contemporáneo es una historia desarrollista, volcada sobre todo en la creación de nueva ciudad. Sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente. La Unión Europea insiste claramente en ello, por ejemplo en la Estrategia Territorial Europea o en la más reciente Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos. El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino, supuesta una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales, en la apertura a la libre competencia de la iniciativa privada para su urbanización y en el arbitrio de medidas efectivas contra las prácticas especulativas, obstructivas y retenedoras

de suelo, de manera que el suelo con destino urbano se ponga en uso ágil y efectivamente. Y el suelo urbano —la ciudad ya hecha— tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso».

En este párrafo se manifiestan los tres artículos que constituyen el denominado bloque normativo ambiental de la Constitución: los arts. 45 a 47. El art. 45, tras declarar que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo», dispone en su segundo apartado que «los poderes públicos velarán 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»; lo que se refleja perfectamente en el siguiente fragmento:

«La Unión Europea insiste claramente en ello, por ejemplo en la Estrategia Territorial Europea o en la más reciente Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos. El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado».

Tras el art. 45, el 46 se refiere a la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural estableciendo que «los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran». Y en este sentido podemos reseñar el inciso final del párrafo por el que «el suelo urbano —la ciudad ya hecha— tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso». El inciso viene a recoger la doctrina y la jurisprudencia que más recientemente consideran de forma holística patrimonio histórico, cultural y artístico, recogiendo asimismo las

últimas corrientes multidisciplinares (que integran disciplinas como la historia, la economía, la antropología y la sociología). En especial, merece ser destacado el concepto de paisaje cultural, fomentado por la UNESCO e instancias europeas, como demuestra el Convenio Europeo del Paisaje adoptado en Florencia el 20 de octubre de 2000, por el que los Estados firmantes, «preocupados por alcanzar un desarrollo sostenible basado en una relación equilibrada y armoniosa entre las necesidades sociales, la economía y el medio ambiente» afirman «que el paisaje desempeña un papel importante de interés general en los campos cultural, ecológico, medioambiental y social, y que constituye un recurso favorable para la actividad económica y que su protección, gestión y ordenación pueden contribuir a la creación de empleo». En España ha dado como fruto el Plan Nacional de Paisaje Cultural, aprobado por el Consejo de Patrimonio Histórico el 4 de octubre de 2012. El Plan Nacional define al paisaje cultural de forma dinámica como «el resultado de la interacción en el tiempo de las personas y el medio natural, cuya expresión es un territorio percibido y valorado por sus cualidades culturales, producto de un proceso y soporte de la identidad de una comunidad». En esta definición se aprecia cómo se va difuminando la antítesis natural/artificial, de modo que el medio urbano también es objeto de consideración medioambiental e inversamente también existen paisajes rurales en los que está presente la mano del hombre y que por ello reciben la denominación de paisajes culturales. En este sentido, el Convenio Europeo del Paisaje expresa este concepto amplio de paisaje y de medioambiente al advertir que el paisaje «es un elemento importante de la calidad de vida de las poblaciones en todas partes: en los medios urbanos y rurales, en las zonas degradadas y de gran calidad, en los espacios de reconocida belleza excepcional y en los más cotidianos». Para mayor abundamiento, según la Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, «las zonas urbanas desempeñan un importante papel en el cumplimiento de los objetivos de la Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible. En estas zonas es donde el encuentro de las dimensiones ambientales, económicas y sociales es más palpable. En las ciudades se concentran muchos problemas medioambientales, pero también son el motor económico y el centro de operaciones de los negocios y la inversión. Cuatro de cada cinco europeos viven en ciudades y su calidad de vida depende directamente del estado del entorno urbano». Por otro lado, ya se puede empezar a observar la constante en la materia de protección ambiental: ha de protegerse aquello que es percibido como valioso. En esta cuestión reside el gran problema filosófico que se nos terminará planteando: lo valioso, ¿lo es objetivamente o lo es porque alguien subjetivamente así lo determina?

Finalmente, el art. 47 de la Constitución reconoce el «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» y para ello «los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». En relación con este derecho y la promoción del mismo en la Exposición de Motivos se describe la intención del legislador:

« (...) la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino, supuesta una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales, en la apertura a la libre competencia de la iniciativa privada para su urbanización y en el arbitrio de medidas efectivas contra las prácticas especulativas, obstructivas y retenedoras de suelo, de manera que el suelo con destino urbano se ponga en uso ágil y efectivamente».

Esta línea interpretativa del denominado bloque ambiental de la Constitución -y que se ha terminado plasmando en la legislación urbanística- está influida por las directrices marcadas en instancias internacionales y, particularmente, en el ámbito de la Unión Europea (UE). Ya hemos visto cómo la Exposición de Motivos citaba la Estrategia Territorial Europea y la Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano. A estos documentos hemos de añadir el también reseñado Convenio Europeo del Paisaje y otros como los Principios Directores para el Desarrollo Sostenible del Continente Europeo (Hannover, septiembre de 2000), la Carta de Leipzig sobre la Ciudad Europea Sostenible de 2007 o el mismo Título XX de la Cuarta Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Atención preferente merece el Título XX de la Cuarta Parte del TFUE, y especialmente el art. 191 (antiguo art. 174 TCE), en el cual se establecen los objetivos y principios de política medioambiental de la UE y que tiene el siguiente tenor literal:

«1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:

- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
- la protección de la salud de las personas,
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales,

- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático.

2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.

En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión.

3. En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta:

- los datos científicos y técnicos disponibles,
- las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión,
- las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción,
- el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones.

4. En el marco de sus respectivas competencias, la Unión y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Unión podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas.

El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales».

Tres comentarios realizaremos de este precepto:

1º. Respecto a los objetivos, la conservación y protección del medioambiente se imbrican con la protección de la salud y la utilización prudente y racional de los

recursos naturales. Asimismo, se introduce una referencia al cambio climático para destacar la vertiente global del medio ambiente.

2º. En cuanto a los principios, junto a los clásicos principios de corrección de daños y de que quien contamina paga, debemos destacar los de cautela y acción preventiva. En virtud de estos principios se deriva una preferencia inicial a favor de la protección ambiental frente a cualquier actuación potencialmente lesiva del medioambiente, lo que fortalece axiológicamente una interpretación expansiva de las normas de protección ambiental y evaluación ambiental previa de planes, proyectos y actividades singulares.

3º. Frente a la apariencia democrática de las políticas de protección ambiental¹, en el apartado tercero se evidencia su auténtico carácter tecnocrático, dependiente de científicos burocratizados que son los que determinan mediante su conocimiento especializado qué bienes se consideran ambientalmente valiosos y cómo han de ser protegidos.

Todo lo expuesto como fundamento de la vocación ambiental del Derecho urbanístico español se plasma en la legislación vigente. Sin ánimo de ser exhaustivos citaremos del TRLS/15 las siguientes determinaciones:

- Y desde el art. 1, que delimita el objeto de la Ley se determina que forma objeto de la misma «un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».
- El art. 3 está específicamente destinado al principio de desarrollo territorial y urbano sostenible. Se trata de un artículo muy amplio en el que se contienen todas las ideas hasta ahora expuestas y que por ello merece ser transcrito en su integridad:

¹ Sorprendentemente hasta el TC (creo que sin ser realmente consciente de la relevancia teórica de la cuestión) se ha apuntado a esta errónea concepción economicista de democracia que para legitimar las políticas medioambientales vincula democracia y disfrute público del medioambiente, pervirtiendo el sentido clásico y político de democracia con el concepto marxista de la misma, puesto que la democracia reside en la participación popular en la toma de decisiones políticas y no en el disfrute colectivo de bienes como se teorizaba en las extintas democracias populares. En todo caso, en esta idea ya empezamos a descubrir la oculta vinculación entre la mentalidad medioambiental y la mentalidad economicista que desarrollaremos con mayor amplitud más adelante.

«1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes.

2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo en particular a:

a) La eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje.

b) La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística.

c) La prevención adecuada de riesgos y peligros para la seguridad y la salud públicas y la eliminación efectiva de las perturbaciones de ambas.

d) La prevención y minimización, en la mayor medida posible, de la contaminación del aire, el agua, el suelo y el subsuelo.

3. Los poderes públicos formularán y desarrollarán, en el medio urbano, las políticas de su respectiva competencia, de acuerdo con los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que, esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma funcional. En particular:

a) Posibilitarán el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente, provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión.

b) Favorecerán y fomentarán la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso.

- c) Mejorarán la calidad y la funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos al servicio de todos los ciudadanos y fomentarán unos servicios generales más eficientes económica y ambientalmente.
- d) Favorecerán, con las infraestructuras, dotaciones, equipamientos y servicios que sean precisos, la localización de actividades económicas generadoras de empleo estable, especialmente aquéllas que faciliten el desarrollo de la investigación científica y de nuevas tecnologías, mejorando los tejidos productivos, por medio de una gestión inteligente.
- e) Garantizarán el acceso universal de los ciudadanos, de acuerdo con los requerimientos legales mínimos, a los edificios de uso privado y público y a las infraestructuras, dotaciones, equipamientos, transportes y servicios.
- f) Garantizarán la movilidad en coste y tiempo razonable, la cual se basará en un adecuado equilibrio entre todos los sistemas de transporte, que, no obstante, otorgue preferencia al transporte público y colectivo y potencie los desplazamientos peatonales y en bicicleta.
- g) Integrarán en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social.
- h) Fomentarán la protección de la atmósfera y el uso de materiales, productos y tecnologías limpias que reduzcan las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero del sector de la construcción, así como de materiales reutilizados y reciclados que contribuyan a mejorar la eficiencia en el uso de los recursos. También prevendrán y, en todo caso, minimizarán en la mayor medida posible, por aplicación de todos los sistemas y procedimientos legalmente previstos, los impactos negativos de los residuos urbanos y de la contaminación acústica.
- i) Priorizarán las energías renovables frente a la utilización de fuentes de energía fósil y combatirán la pobreza energética, fomentando el ahorro energético y el uso eficiente de los recursos y de la energía, preferentemente de generación propia.

j) Valorarán, en su caso, la perspectiva turística, y permitirán y mejorarán el uso turístico responsable.

k) Favorecerán la puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado con valor histórico o cultural.

l) Contribuirán a un uso racional del agua, fomentando una cultura de eficiencia en el uso de los recursos hídricos, basada en el ahorro y en la reutilización.

La persecución de estos fines se adaptará a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística.

4. Los poderes públicos promoverán las condiciones para que los derechos y deberes de los ciudadanos establecidos en los artículos siguientes sean reales y efectivos, adoptando las medidas de ordenación territorial y urbanística que procedan para asegurar un resultado equilibrado, favoreciendo o conteniendo, según proceda, los procesos de ocupación y transformación del suelo.

El suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia».

- En materia de derechos y deberes de los ciudadanos el art. 5.a) establece el derecho a «disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados»; mientras que en el art. 6 debemos destacar los deberes de «respetar y contribuir a preservar el medio ambiente y el paisaje natural» y de «respetar y contribuir a preservar el paisaje urbano y el patrimonio arquitectónico y cultural».
- El art. 13 limita el ejercicio de las facultades propias del derecho de propiedad del suelo en virtud de los requerimientos ambientales al disponer que «la utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice». Asimismo, en el apartado tercero del art. 13 se blindan los espacios protegidos de la Red Natura

2000 al establecer que «sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación».

- El art. 16.1, respecto al suelo en situación rural determina que «el deber de conservarlo supone costear y ejecutar las obras necesarias para mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, así como daños o perjuicios a terceros o al interés general, incluidos los medioambientales; garantizar la seguridad o salud públicas; prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas en los términos dispuestos por su legislación específica» y que «el cumplimiento de este deber no eximirá de las normas adicionales de protección que establezca la legislación aplicable».
- El art. 20 establece los criterios básicos de utilización del suelo, es decir, es un artículo más destinado a los poderes públicos competentes para la ordenación territorial y urbanística que a los particulares. Pues bien, muchos de esos criterios están ligados con el principio de desarrollo sostenible. Podemos destacar los siguientes:
 - Atribuir en la ordenación territorial y urbanística un destino que comporte o posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, mediante la urbanización, al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural.
 - Atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes

graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente.

- Las instalaciones, construcciones y edificaciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto, 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, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo.
- El art. 21 al definir las dos situaciones básicas del suelo, respecto al rural realiza una definición positiva, es decir, el suelo en situación básica rural no pertenece a una categoría subsidiaria, sino que tiene unos valores propios que le hacen merecedor de su propia definición. En este sentido, consideramos oportuno transcribir la definición del suelo rural en el que no está prevista su transformación en suelo urbanizado (art. 21.2.a): «En todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística».
- El art. 22 fue uno de los más discutidos en su momento respecto a la competencia del Estado para dictarlo, si bien la STC 141/2014 ha avalado su constitucionalidad ex art. 149.1.23º, puesto que «el Estado no está únicamente legitimado para enunciar sin más el principio de desarrollo sostenible, sino también para darle un contenido que opere como premisa y límite genérico de las políticas públicas específicas que implican regulación, ordenación, ocupación o transformación del suelo». Pero antes de entrar en su contenido debemos advertir que este artículo no sólo se refiere a la sostenibilidad ambiental del planeamiento territorial y urbanístico, sino también a la económica. Así, los tres

primeros apartados sí que se refieren a la sostenibilidad ambiental, pero los apartados cuarto y quinto regulan la evaluación de la sostenibilidad económica. La sostenibilidad ambiental se logra a través de la evaluación ambiental de planes, lo que enlaza la normativa urbanística con la de evaluación ambiental estatal (Ley 21/2013) y autonómica (en Andalucía la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental), de modo que el procedimiento de evaluación ambiental se inserta en el seno del procedimiento de aprobación de los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico, de modo que la protección ambiental va a estar presente desde el inicio de la formación de las políticas públicas de ordenación territorial y urbanística. En definitiva, los tres primeros apartados del art. 22 tienen el siguiente contenido:

«1. Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental de conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y en este artículo, sin perjuicio de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que se requieran para su ejecución, en su caso.

2. El informe de sostenibilidad ambiental de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación.

3. En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora:

a) El de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico.

b) El de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre, en su caso.

c) Los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afección y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras.

Los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada».

Del resto de apartados debemos destacar que «las Administraciones competentes en materia de ordenación y ejecución urbanísticas deberán elevar al órgano que corresponda de entre sus órganos colegiados de gobierno, con la periodicidad mínima que fije la legislación en la materia, un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística de su competencia, que deberá considerar al menos la sostenibilidad ambiental y económica», el cual «podrá surtir los efectos propios del seguimiento a que se refiere la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, cuando cumpla todos los requisitos en ella exigidos».

- Finalmente, la Disposición adicional primera prevé la creación de un Sistema de información urbana y el intercambio de información al servicio de las políticas públicas para un medio urbano sostenible.

Y por lo que se refiere a la legislación de las Comunidades Autónomas, la recepción del principio de desarrollo sostenible es desigual, pero centrándonos en la legislación andaluza, la Ley 7/2002, de 9 de julio, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), realiza una impecable interiorización del mismo, que ya se encontraba en su misma Exposición de Motivos:

«Una Ley que apuesta por la calidad de vida de los ciudadanos y de las ciudades.
Una Ley que apuesta por el desarrollo sostenible.

La lectura integrada de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 45, 46 y 47 de nuestra Carta Magna refleja con meridiana claridad la voluntad del constituyente de que los derechos de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, y de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, puedan ser ejercidos en ciudades y pueblos cuya conservación, así como el enriquecimiento de su patrimonio histórico, cultural y artístico, estén garantizados por los poderes públicos. Por su parte, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en los apartados 5.º y 6.º de su artículo 12.3, insiste en los mismos principios de calidad de vida, vinculada a la protección de la naturaleza y del medio ambiente y al desarrollo de los equipamientos sociales, y de protección del paisaje y del patrimonio histórico-artístico, como uno de los objetivos del ejercicio de los poderes por nuestra Comunidad Autónoma.

Ante ello, esta Ley se plantea como uno de sus objetivos en el ámbito que regula dotar de contenido normativo positivo los mandatos constitucionales y estatutarios mencionados. Ello significa, simultáneamente, conseguir mayores grados de cohesión e integración social a través de la distribución de usos y equipamientos en las ciudades; hacer de éstas espacios de convivencia y espacios vividos, a través de las dotaciones necesarias y de la recualificación y reequipamiento de aquellos sectores urbanos que lo precisen, o establecer criterios propios de protección del patrimonio urbanístico, arquitectónico, histórico y cultural, en coordinación con la legislación sectorial existente. Particularmente, la preocupación por el acceso a una vivienda digna ha llevado a establecer disposiciones que garanticen el suelo suficiente destinado a viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública determinados reglamentariamente.

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 constituyen fines específicos, también, de esta Ley. Tales principios son instrumentados a lo 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. En el litoral, junto a otras determinaciones, se garantiza el uso público de los terrenos de la Zona de Servidumbre de Protección cuando estén incluidos en ámbitos que se pretendan urbanizar».

En la misma línea, en el art. 3 encontramos los siguientes fines y objetivos específicos de la LOUA relacionados con la protección del medioambiente y el desarrollo sostenible:

- Conseguir un desarrollo sostenible y cohesionado de las ciudades y del territorio en términos sociales, culturales, económicos y ambientales, con el objetivo fundamental de mantener y mejorar las condiciones de calidad de vida en Andalucía.
- Vincular los usos del suelo a la utilización racional y sostenible de los recursos naturales.
- La organización racional y conforme al interés general de la ocupación y los usos del suelo, mediante su clasificación y calificación.

- La determinación, reserva, afectación y protección del suelo dotacional, entendiéndose por éste el que deba servir de soporte a los servicios públicos y usos colectivos; es decir, las infraestructuras, parques, jardines, espacios públicos, dotaciones y equipamientos públicos, cualquiera que sea su uso.
- La protección del patrimonio histórico y del urbanístico, arquitectónico y cultural.
- La protección y adecuada utilización del litoral.
- La incorporación de objetivos de sostenibilidad que permitan mantener la capacidad productiva del territorio, la estabilidad de los sistemas naturales, mejorar la calidad ambiental, preservar la diversidad biológica, y asegurar la protección y mejora del paisaje.
- El establecimiento de medidas para evitar la presencia en el territorio de edificaciones y asentamientos ejecutados al margen de la legalidad urbanística, incorporando al ordenamiento los procesos existentes cuando ello fuera compatible con la ordenación territorial y urbanística y demás normativa especial de aplicación, sin perjuicio del ejercicio de la potestad de disciplina urbanística.

También la encontramos en el resto de su articulado sobre todo tras su modificación por la Ley 2/2012, de 30 de enero, que por un lado adapta la LOUA a las importantes modificaciones de la legislación básica estatal operadas en 2007 y que por otro adopta medidas que adaptan el urbanismo andaluz a la situación de crisis económica. En definitiva, podemos destacar:

- El art. 37.2 establece que «se considera que una innovación trasciende del ámbito de la actuación conllevando la revisión del planeamiento, a los efectos de la sostenibilidad, cuando ésta determine, por sí misma o en unión de las aprobadas definitivamente en los cuatro años anteriores a la fecha de su aprobación inicial, un incremento superior al veinticinco por ciento de la población del municipio, o de la totalidad de la superficie de los suelos clasificados como urbanos, descontando de dicho cómputo los suelos urbanos no consolidados que se constituyan como vacíos relevantes conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 17».
- El art.45.2 clasifica como suelo urbano no consolidado «aquél que constituya un vacío urbano por carecer de las dotaciones precisas y requiera una actuación de nueva urbanización, el sujeto a actuaciones de reforma interior por tener unas

dotaciones insuficientes o degradadas y el que precise un incremento o mejora de las dotaciones por causa de un incremento del aprovechamiento objetivo».

- Según el art. 46.1 se clasificará como suelo no urbanizable aquél en el que sea «improcedente su transformación teniendo en cuenta razones de sostenibilidad, racionalidad y las condiciones estructurales del municipio».
- Finalmente, la Disposición adicional 12^a desarrolla el art. 15.5 del TRLS/08 – actual art. 22.6 del TRLS/15- determinando que el informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística tendrá una periodicidad cuatrienal y se le aplicará el régimen de publicidad del art. 40.5.

2. Otras vías de penetración de la protección ambiental en el urbanismo: especial referencia a la evaluación ambiental de planes y programas.

Junto a la incorporación del principio de desarrollo sostenible en la propia ordenación urbanística, debemos destacar que la misma debe armonizarse con otra legislación sectorial, de la que nosotros destacaremos la normativa sobre evaluación ambiental, ya que la misma condiciona la formulación y aprobación del planeamiento urbanístico.

Evidentemente, podríamos citar muchas más normas condicionantes de la planificación urbanística, empezando por la legislación en materia de ordenación del territorio de las Comunidades Autónomas o la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, puesto que, estando basado nuestro sistema urbanístico en el principio de planificación, la incidencia del planeamiento territorial y ambiental en el planeamiento urbanístico es otro elemento de garantía ambiental tan importante como la implantación del principio de desarrollo sostenible en la misma legislación urbanística y de suelo. No obstante, para no hacer interminable este trabajo, debe ser delimitado y por ello sólo abordaremos un análisis somero de la normativa básica de evaluación ambiental.

Centrándonos ya en el estudio de la evaluación ambiental, ya hemos visto que la evaluación ambiental de los instrumentos de planeamiento territorial y urbanístico está prevista en el art. 22 del TRLS/15 y se completa con la legislación estatal básica y autonómica de desarrollo sobre evaluación ambiental.

La legislación básica de evaluación ambiental la constituye la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Esta norma supone la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, reuniendo «en un único texto el régimen jurídico de la evaluación de planes, programas y proyectos, y establece un conjunto de disposiciones comunes que aproximan y facilitan la aplicación de ambas regulaciones». En este sentido, el Preámbulo de la Ley 21/2013 señala lo siguiente:

«Mediante este proyecto, como anteriormente se anunció, se unifican en una sola norma dos disposiciones: la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos y modificaciones posteriores al citado texto refundido.

La ley establece un esquema similar para ambos procedimientos –evaluación ambiental estratégica y evaluación de impacto ambiental– y unifica la terminología. Además, estos procedimientos se regulan de manera exhaustiva, lo cual aporta dos ventajas: por una parte puede servir de acicate para que las comunidades autónomas los adopten en su ámbito de competencias, sin más modificaciones que las estrictamente necesarias para atender a sus peculiaridades, y por otra parte, hace que el desarrollo reglamentario de la ley no resulte imprescindible».

La evaluación ambiental «pretende ser un instrumento eficaz para la protección medioambiental», pues como antes hemos señalado, la protección previa del medioambiente se realiza desde el origen de las políticas públicas, es decir, desde la misma formulación de planes y programas de políticas públicas, y no se limita al momento de ejecución de las mismas. En este sentido, el art. 1.1 dispone:

«Esta ley establece las bases que deben regir la evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, garantizando en todo el territorio del Estado un **elevado nivel de protección ambiental**, con el fin de promover un desarrollo sostenible, mediante:

a) **La integración de los aspectos medioambientales en la elaboración y en la adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos;**

- b) el análisis y la selección de las alternativas que resulten ambientalmente viables;
- c) el establecimiento de las medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos sobre el medio ambiente;
- d) El establecimiento de las medidas de vigilancia, seguimiento y sanción necesarias para cumplir con las finalidades de esta ley».

Y asimismo el art. 2 recoge los clásicos principios de protección ambiental en el siguiente listado:

«a) **Protección y mejora del medio ambiente.**

b) **Precaución.**

c) **Acción preventiva y cautelar, corrección y compensación de los impactos sobre el medio ambiente.**

d) **Quien contamina paga.**

e) Racionalización, simplificación y concertación de los procedimientos de evaluación ambiental.

f) Cooperación y coordinación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas.

g) Proporcionalidad entre los efectos sobre el medio ambiente de los planes, programas y proyectos, y el tipo de procedimiento de evaluación al que en su caso deban someterse.

h) Colaboración activa de los distintos órganos administrativos que intervienen en el procedimiento de evaluación, facilitando la información necesaria que se les requiera.

i) Participación pública.

j) **Desarrollo sostenible.**

k) **Integración de los aspectos ambientales en la toma de decisiones.**

l) **Actuación de acuerdo al mejor conocimiento científico posible».**

Por último, debemos señalar que la Ley 21/2013 incorpora una novedad técnica significativa: la diferenciación de un procedimiento ordinario y otro simplificado en virtud del principio de proporcionalidad que recoge la Directiva 2011/92/UE. Así lo expone su Preámbulo:

«También resulta destacable que tanto para la evaluación ambiental estratégica como para la de impacto ambiental se diseñan dos procedimientos: el ordinario y el simplificado. La terminología empleada está muy extendida y consolidada en las comunidades autónomas y pone el acento en la naturaleza esencialmente procedimental de la norma. Los motivos que han llevado a establecer esta distinción se encuentran en las propias directivas comunitarias, que obligan a realizar una evaluación ambiental con carácter previo de todo plan, programa o proyecto «que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente».

Para determinados tipos de planes, programas o proyectos las directivas establecen la presunción *iuris et de iure* de que, en todo caso, tendrán efectos significativos sobre el medio ambiente y, por tanto, deben ser evaluados antes de su aprobación, adopción o autorización, de acuerdo con el procedimiento ordinario. Para los restantes planes, programas y proyectos, cada Estado miembro deberá realizar un análisis, bien caso a caso, bien mediante umbrales o bien combinando ambas técnicas, para determinar si tienen efectos significativos sobre el medio ambiente. Este análisis es lo que se ha denominado procedimiento de evaluación simplificado y si concluyese que el plan, programa o proyecto tiene efectos significativos sobre el medio ambiente, deberá realizarse una evaluación ordinaria».

Y es que como veremos más adelante, el principio de proporcionalidad es esencial en la motivación de esta norma, ya que en el Preámbulo serán claramente discernibles las influencias del análisis económico del Derecho, con lo que ya vamos dando paso al siguiente epígrafe.

III. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: ORIGEN, CONCEPTO Y RECEPCIÓN EN ESPAÑA

El análisis económico del Derecho es una metodología jurídica fuertemente influenciada por la metodología y fines de la Ciencia Económica. En los últimos años la influencia del análisis económico del Derecho se ha manifestado en la llamada mejora regulatoria al poner de relieve el coste económico de las distintas opciones legislativas -

sobre todo, al condicionar el Derecho la conducta racional de los operadores económicos- y así legitimar la elección de la opción legislativa económicamente más eficiente. De hecho, el análisis económico del Derecho ha generado importantes polémicas doctrinales por considerar que, más que una influencia de los métodos, instrumentos y fines de la Ciencia Económica en la Ciencia Jurídica, de hecho, supone una auténtica suplantación de la metodología jurídica por la económica. Sea cual sea la hipótesis adoptada, los expertos señalan su origen en EEUU, concretamente en la crisis ideológica del Estado del Bienestar de los años setenta y ochenta, e impulsada por autores como Becker y Coase, hasta llegar al quizás más importante representante de esta corriente: Posner. Lo más importante es que el análisis económico del Derecho no ha sido una corriente teórica sin trascendencia en la vida real, sino que se impuso en la práctica jurídica norteamericana desde la Administración Reagan. En la práctica judicial se fiscalizaban las reglamentaciones aprobadas por las Agencias ejecutivas independientes como la *Environmental Protection Agency (EPA)* para comprobar tras la «Orden Reagan» de 1981 si se ajustaban a la norma de delegación y si en consecuencia cumplían con la prohibición de aprobar aquellos reglamentos cuyos beneficios económicos para la sociedad no superaran sus costes² y si no suponían un obstáculo insuficientemente motivado a la libertad de empresa³. Y más relevante aún es que sigilosamente ha ido ganando terreno en los países de la Europa continental.

Respecto a las raíces intelectuales o filosóficas del análisis económico del Derecho, con razón se ha señalado a la corriente filosófica utilitarista que predominó durante los siglos XVIII y XIX en el mundo anglosajón y concretamente se apunta a dos pensadores señeros del utilitarismo: Jeremías Bentham y Adam Smith. No obstante, los grandes especialistas españoles en el análisis económico del Derecho, como el profesor Mercado Pacheco, obvian a la figura intelectual que quizás haya estudiado con más

² En virtud de la «Orden Reagan», antes de iniciar el procedimiento reglamentario previsto en la *APA* de 1946, en la que se inspiró en nuestras fronteras la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 respecto al procedimiento de aprobación de disposiciones reglamentarias, tenían que hacer un *Regulatory Impact Analysis* y remitirlo a un órgano dependiente del presidente, que podía vetarlo si no se cumplía la obligación de justificar económicamente sus reglamentos ante el presidente, demostrando, mediante análisis prospectivos, que sus beneficios superaban su coste.

³ En el ámbito del Derecho de la Unión Europea la trascendencia otorgada por el TFUE y por la jurisprudencia del TJUE la libertad de empresa en el marco de los principios de libre circulación de mercancías, capitales y trabajadores está llegando a resultados similares, incluso por encima de otros derechos fundamentales reconocidos en las constituciones de los Estados miembros, tal y como explica el profesor Mercado en su artículo *Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo*.

acierto y profundidad las relaciones entre Economía y Derecho: Max Weber. Efectivamente, el prestigioso sociólogo alemán trata en diversas obras de las relaciones entre Economía y Derecho, pero es en su magna *Economía y sociedad* donde realiza el análisis más profundo sobre las mismas, fundamentalmente en los capítulos VI y VII de la Segunda Parte⁴ dedicados respectivamente a «La economía y los diversos órdenes» y a la «Sociología del Derecho». De hecho, este último capítulo también podría haberse denominado «Economía y Derecho».

Son muchas las páginas que Weber dedica en *Economía y sociedad* a la vinculación entre economía y Derecho, por lo que tendremos que seleccionar los fragmentos más destacados:

«Es evidente que ambos modos de considerar los fenómenos plantean problemas totalmente heterogéneos y que sus “objetos” no pueden entrar en contacto de un modo inmediato; el “orden jurídico” ideal de la teoría jurídica nada tiene que ver directamente con el cosmos del actuar económico real, porque ambas cosas yacen en planos distintos: una en la esfera ideal del deber ser; la otra en la de los acontecimientos reales.

Ahora bien: si, a pesar de esto, el orden económico y el jurídico se encuentran mutuamente en la más íntima relación, ello significa que este último no se entiende en sentido jurídico sino sociológico: como validez *empírica*. En este caso el sentido de la expresión “orden jurídico” cambia totalmente. Entonces no significa un cosmos lógico de normas “correctamente” inferidas, sino un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real⁵».

«Naturalmente, la garantía jurídica está, en el más alto grado, al servicio directo de los intereses económicos. Y cuando, en apariencia o en realidad, no es éste el caso, los intereses económicos son los factores más poderosos en la formación del derecho, porque toda fuerza que garantiza un poder jurídico es, de alguna manera, mantenida en existencia por la acción consensual de los grupos sociales que a él pertenecen, y a la formación de grupos sociales está condicionada en alto grado por la constelación de intereses materiales⁶».

«(...) la aceleración moderna del tráfico económico reclama un derecho de funcionamiento rápido y seguro, garantizado por una fuerza coactiva de la más

⁴ Dado el carácter de obra reconstruida póstumamente de *Economía y sociedad* advertimos al lector que la edición manejada en este trabajo es la de Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2014.

⁵ Opus cit.; pág. 701.

⁶ Opus cit.; pág. 721.

alta eficacia, y sobre todo, la economía moderna ha destruido por su peculiaridad las demás asociaciones que eran portadoras de derecho y, por tanto, garantía del mismo. Ésta es la obra del desarrollo del mercado. El dominio universal de la relación asociativa que constituye el mercado demanda, por un lado, un funcionamiento del derecho calculable según reglas racionales⁷».

«Por otra parte, esa despreocupación de los interesados por la probabilidad de que se aplicara en su favor la coacción política, casi no existió tratándose de “vida de los negocios” propiamente dicha, es decir, de los contratos relativos al mercado de bienes. La aparición de nuevas formas de relaciones asociativas se realiza generalmente de tal manera que la probabilidad de la coacción jurídica, considerada como manifestación del poder político a través de los tribunales, resulta siempre cuidadosamente calculada, adaptándose a ella el “fin del contrato” y realizándose, en consideración a la misma, la invención de nuevas figuras o esquemas contractuales. El cambio de significación del derecho vigente se produce entonces a través de la actividad de los particulares interesados, o bien, como generalmente sucede, mediante la actividad de sus asesores profesionales; pero dicha actividad se ajusta siempre, de manera racional y consciente, a la expectativa de un determinado comportamiento de los tribunales. La más antigua forma de los juristas verdaderamente “profesionales”, cuyo trabajo se realiza de un modo racional, consiste en desempeñar la función a que anteriormente nos referimos (el *cavere* romano). El cálculo sobre el funcionamiento probable del aparato coactivo representa un supuesto técnico en las condiciones de la economía de mercado en desarrollo, y es una de las fuerzas propulsoras de la inventiva de los “juristas cautelares” que, como elemento independiente de la formación del nuevo derecho por iniciativa privada, encontramos en todas partes, pero especialmente y en forma más avanzada y controlable, en los derechos romano e inglés⁸».

«Sólo el Occidente conoció en pleno desarrollo la administración popular de la justicia y la estereotipación estamental del patrimonialismo; sólo él conoció también la aparición de la economía racional (...). Todos estos fueron en lo esencial acontecimientos provocados por razones políticas concretas, y sólo

⁷ Opus cit.; pág. 724.

⁸ Opus cit.; págs. 746-747.

tenían, en el mundo de entonces, analogías muy remotas. Por esto, según anteriormente vimos, el estadio del derecho de los juristas profesionalmente *formados* y especializados sólo en Occidente fue alcanzado en plenitud. En este fenómeno influyeron poderosamente, como hemos podido comprobarlo siempre, factores de orden económico. Pero tal influencia nunca fue decisiva, según habremos de comprobarlo al discutir la dominación política. En cuanto tuvieron participación en la formación de los rasgos específicamente modernos del actual derecho occidental, la dirección de su influencia consistió en la racionalización y sistematización del derecho, lo que en general significó para los interesados en el mercado, con la reserva de una limitación posterior, una creciente posibilidad de cálculo del funcionamiento de la administración de justicia, que es una de las más importantes condiciones previas de las explotaciones económicas de carácter permanente, especialmente aquellas de tipo capitalista que han menester de la “seguridad del tráfico”. Formas especiales de negocios jurídicos y de procedimientos especiales como la letra de cambio y el procedimiento cambiario satisfacen esta necesidad de acuerdo con el carácter puramente *formal* e inequívoco de la garantía jurídica⁹».

Pues bien, en estos párrafos encontramos muchas de las ideas principales que en tiempos más recientes ha desarrollado el análisis económico del Derecho:

- El funcionamiento ordinario de la economía de mercado racional exige un Derecho racional en el sentido weberiano de previsible o calculable, puesto que la incertidumbre o inseguridad jurídica es un elemento que obstaculiza la inversión y la actividad económica. Es decir, la inseguridad jurídica conlleva un coste económico.
- La influencia del Derecho en la actividad económica se basa en la fijación de unas reglas que condicionan la acción de los agentes económicos, es decir, se trata de una teoría conductista del comportamiento humano.
- La eficiencia jurídica equivale a Derecho económicamente eficiente¹⁰.
- Los intereses económicos conforman grupos de presión política y social que, a su vez, terminan influyendo en la configuración del Derecho y de los propios profesionales del mismo.

⁹ Opus cit.; pág. 921.

¹⁰ Si bien, esta afirmación debe contextualizarse en el pensamiento valorativamente neutro de Weber, como realizada en el marco de una razón instrumental referida al crecimiento de la economía de mercado capitalista.

Comparemos estos fragmentos de *Economía y sociedad* con este otro fragmento de un reciente trabajo del profesor Mercado para apreciar las escasas novedades conceptuales respecto a lo ya aportado por Weber:

«Al margen de los desarrollos y de las aportaciones concretas tanto en su vertiente de análisis *positivo* (análisis de los efectos económicos de las normas jurídicas y explicación del derecho del *common law* como un derecho eficiente), como en su versión *normativa* (cuáles sean los valores que desde el punto de vista económico debe perseguir el derecho, la consideración de la eficiencia como un valor o los necesarios equilibrios o *trade offs* entre eficiencia y equidad), los puntos fuertes —como en otras ocasiones anteriores hemos subrayado— de esta peculiar mediación normativa de lo económico sobre lo jurídico que el AED nos presenta serían los siguientes:

a) En primer lugar, el AED supone una *reformulación de las relaciones entre ciencia jurídica y ciencia económica*. El núcleo teórico del AED que comparten todos los juristas-economistas, sea cual sea la tendencia en la que se inscriban o las ideas que los diferencien entre sí, es que la teoría económica constituiría una teoría capaz de predecir el comportamiento de los individuos en presencia de reglas jurídicas. El derecho influye económicamente en el comportamiento humano porque fija precios para los distintos cursos de acción y la teoría económica predice que los individuos elegirán sus cursos de acción en función de este precio.

El sistema jurídico aparece reformulado como un *sistema de incentivos y rémoras* que encauzan la conducta de los individuos hacia los cursos de acción congruentes con los objetivos que ha de implementar el derecho. Las normas jurídicas incentivarían y desincentivarían mediante el establecimiento de los “precios” de las distintas alternativas de acción, los resultados congruentes con los objetivos previstos en la norma. Lo que distingue al AED es asumir una perspectiva en la que el concepto, contenido y estructura de la norma como elemento central de la reflexión jurídica deja paso a una concepción del derecho en la que el elemento central es la acción racional de los individuos ante las normas jurídicas. O lo que es lo mismo, que la teoría del derecho reposa sobre y

necesita de una *teoría de la acción*¹¹. Otra cuestión es la teoría de la acción racional asumida por el AED que no es otra que la del modelo de acción racional del *homo oeconomicus* de la teoría económica neoclásica.

b) El otro pilar constitutivo del AED, no residía ya en un cambio epistemológico de relación entre ciencia jurídica y ciencia económica, sino en la reformulación de las relaciones entre sistema económico y sistema jurídico, entre economía y derecho, Estado y mercado; y en la reformulación de la *función económica del derecho*, esto es, su concepción como *mecanismo de asignación y distribución de recursos*.

El AED nos aporta una clave interpretativa nueva de las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico que parte del reconocimiento de la *función constitutiva de las relaciones económicas por parte del sistema jurídico*. La acción del derecho, de la forma jurídica, es una acción constitutiva de las propias relaciones económicas y sociales; no sólo es una acción de control y garantía tal y como era vista en la ideología liberal del *laissez faire*. Detrás de las aportaciones de Ronald Coase, Guido Calabresi, de los teóricos de la escuela de los *property rights* o de la “economía institucionalista” latía una idea común y simple: *en la realidad de un mundo complejo, donde los costes de transacción impiden el funcionamiento de los mercados de competencia perfecta, el sistema institucional asume un papel económico determinante en la asignación eficiente de los recursos*. No hay mercado donde no existe derecho, donde no existen instituciones adecuadas para su funcionamiento. El derecho se convierte en factor de producción, o por expresarlo en otros términos, el entorno jurídico-institucional del mercado se convierte en un factor decisivo para el desarrollo económico¹²».

En este estado de cosas debemos destacar que la asimilación del análisis económico del Derecho que se ha producido en los últimos años en Europa y en España ha influido en muchos sectores normativos y especialmente en el ámbito de la ordenación del territorio, el urbanismo y la protección del medioambiente, pues se trata

¹¹ De hecho, aunque el profesor Mercado no hace referencia a ello, Weber tiene una teoría de la acción en *Economía y sociedad*. En el capítulo I de la Primera Parte dedicado a los «Conceptos sociológicos fundamentales» establece su concepto de acción social, mientras que en el capítulo II referente a «Las categorías sociológicas fundamentales de la vida económica» determina su concepto de acción económicamente orientada, un tipo de acción dentro del género de la acción social. Habría sido interesante que en este punto hubiera relacionado las teorías económicas neoclásicas de la escuela de las expectativas racionales con la sociología weberiana.

¹² Mercado Pacheco, Pedro, *Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 47 (2013).

de sectores en los que de inmediato se evidencia el conflicto entre sus valores específicos y los valores de eficiencia y maximización del crecimiento económico propios del análisis económico del Derecho.

En esta línea, podemos encuadrar el Informe de la OCDE sobre la Mejora de la regulación en Europa (España) de 2010, el denominado Informe CORA y una serie de medidas legislativas de las que podemos destacar desde la transposición de la llamada Directiva de Servicios o Bolkenstein realizada por las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, y 25/2009, de 23 de diciembre, hasta las últimas Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, pasando por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (que va un paso más allá de las obligaciones de transposición de la Directiva de Servicios), la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, o la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público (Ley 15/2014). Todas ellas son normas que desde un análisis económico del Derecho pretenden reducir trabas administrativas, implantar procedimentalmente las políticas de mejora regulatoria y racionalizar las estructuras administrativas. Mediante estas medidas se pretende impulsar la actividad privada generadora de riqueza y reducir los costes económicos de la Administración, que también se considera interfieren con los procesos económicos privados desde el punto de vista fiscal.

En definitiva, autores como Sunstein defienden los beneficios del análisis económico del Derecho argumentando que «los poderes públicos podrían optar por proceder incluso cuando los costes exceden los beneficios, pero si lo hacen, debería ser después de recibir la información que brinda el análisis coste beneficio, y si con esa información los entes reguladores optan por imponer costos que son desproporcionadamente altos en comparación con los beneficios esperados, deberán explicar porqué eligieron hacerlo».

A pesar de esta apariencia de científicidad inatacable, el análisis económico del Derecho ha sido objeto de fuertes críticas por ser considerado una metodología sesgada ideológicamente y limitada teóricamente, puesto que convierte en superfluos los criterios tradicionales de justicia de carácter no económico. Sus detractores critican que no se puede abandonar todo al valor de la eficiencia económica, que también existen otros valores que han de ser tenidos en cuenta a la hora de legislar y de resolver juicios.

Los valores sociales y ambientales deben ser ponderados con el valor de la eficiencia, tan realzado tras la reforma del art. 135 de la Constitución y las leyes economicistas que la han seguido después. Se censura la estrechez de miras del análisis económico del Derecho, su vista puesta exclusivamente en el *homo oeconomicus*, y que su metodología es extraña a la propiamente jurídica. En esta línea, en 1993, la «Orden Clinton» derogó la «Orden Reagan» alterando las exigencias probatorias e introduciendo nuevos factores de ponderación como la equidad, los factores sociales, el medioambiente o la seguridad, de modo que ya no tenía que demostrarse que los beneficios económicos del reglamento superaban sus costes, sino que mediante la ponderación con estos nuevos factores quedaba suficientemente justificada la nueva regulación.

IV. RETOS DE LA METODOLOGÍA JURÍDICA ACTUAL, PROTECCIÓN AMBIENTAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. Filosofía de los valores, constitucionalismo axiológico o ponderativo y análisis económico del Derecho.

En mi artículo «*La inaplicación de las reglas legales sobre el silencio administrativo desestimatorio y el reinado de los valores en el procedimiento administrativo*¹³» ya tuve ocasión de abordar la «revolución» que el *principalismo* y el constitucionalismo material han causado en las últimas décadas en la metodología jurídica. Se trata en realidad este giro argumentativo de una metodología que socaba el principio de seguridad jurídica, que es tanto como socavar el valor de la libertad, pues no puede actuar libremente aquél que desconoce las consecuencias jurídicas de sus actos. Como ya expresé en dicho trabajo, «el constitucionalismo material fue propuesto por primera vez por Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución* (1927) como un intento de superar el relativismo-nihilismo del formalismo positivista predominante en la doctrina alemana de la época del Imperio guillermino y de la que el formalismo kelseniano no deja de ser un epígono. El positivismo jurídico descansa en el relativismo filosófico, que en realidad no deja de ser un nihilismo no confesado. Schmitt, como enemigo del nihilismo encuentra en el constitucionalismo material un muro, un *katechon*, contra el nihilismo en el campo del Derecho. Puede ser que en esta época de primera madurez, Schmitt se sintiera fuertemente influido por el filósofo católico

¹³ Jaramillo Fernández, Manuel, *La inaplicación de las reglas legales sobre el silencio administrativo desestimatorio y el reinado de los valores en el procedimiento administrativo*, Revista El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, nº 12 (2016).

Scheler, el gran promotor de la filosofía de los valores. Debemos explicar que tras la pérdida de credibilidad del proyecto ilustrado y del iusnaturalismo racionalista los grandes pensadores avistan el callejón sin salida al que ha conducido el racionalismo. La imposibilidad de una metafísica en la que concluyen Kant y -con mucha mayor crudeza- Nietzsche, alarma a los filósofos. En esta situación la filosofía de los valores se convierte en el asidero de aquellos pensadores racionalistas que no desean desembocar en el nihilismo. Sólo la creación de un sistema de valores que ofrece respuestas cuasi matemáticas parece solventar, cual piedra filosofal, el problema del nihilismo».

Todo ello explica el éxito de la jurisprudencia de intereses primero, y del constitucionalismo material o *principlalista* después. La nueva metodología jurídica inspirada en la filosofía de los valores se manifiesta fundamentalmente en la metodología de la ponderación de intereses que no es otra cosa que una ponderación de valores. En cada juicio un interés representa un valor o principio que entra en colisión con otro principio y es el órgano jurisdiccional el encargado de ponderar los valores en conflicto, de manera que atendiendo a la jerarquía de valores en liza, resolverá el tribunal el proceso. Unas veces un principio prevalecerá totalmente sobre otro considerado menos *valioso*; y otras los principios menos *valiosos* no son simplemente despreciados sino que, aplicando el principio de proporcionalidad, modulan el principio o valor hegemónico.

Sin embargo, como no podía ser de otra forma, esta forma de entender el Derecho se ha extendido también al ámbito de la legislación. Los preámbulos y exposiciones de motivos de las leyes suelen declarar con orgullo los excelsos valores y principios en los que se inspiran y que aspiran alcanzar, así como las equilibradas ponderaciones de valores contrapuestos que realizan. Por si fuera poco, en el inicio de las leyes suele dedicarse uno o varios artículos a la enumeración de los principios que rigen la aplicación de la norma.

Muchos autores se regocijan pensando que el éxito del *principlalismo* es un renacer del iusnaturalismo, de una concepción material de la justicia, frente al deshumanizado positivismo jurídico de Kelsen. Sin embargo, más adelante Schmitt se convierte en inesperado aliado del austriaco. El maestro de Plettenberg en su obra *La tiranía de los valores* pone de manifiesto que la filosofía de los valores no supera la crítica weberiana del subjetivismo de los valores. No se puede olvidar que los valores son establecidos por el individuo en un puro acto de voluntad. Y aquí aparece el gran

símbolo del nihilismo: Nietzsche. Nietzsche es el filósofo de la voluntad de poder, que no es sino afirmar una tabla de valores libremente. Voluntad de poder, determinación – inversión- de valores y nihilismo son un todo. Lo único que consigue la filosofía de los valores es atizar el conflicto y mantener la enemistad, puesto que «la libertad puramente subjetiva de establecer valores, sin embargo, conduce a una lucha eterna de valores e ideologías». En consecuencia, con la generalización de la filosofía de los valores en el método jurídico como discutible mayor logro hemos conseguido aproximarnos al sistema de *common law* anglosajón, un sistema en el que la validez técnica y social de las sentencias se basa en la razonabilidad de su argumentación y no en la mera subsunción al caso de la norma aplicable.

Pero es más, Schmitt, aunque no quiere reducir su ensayo al aspecto economicista, desvela que la metodología de la filosofía de los valores –y con ello, su trasunto jurídico del constitucionalismo principialista- realmente tiene su origen en la teoría económica. Lo primero que señala es que etimológicamente la palabra *valor* está relacionada en sí misma con las relaciones económicas, sobre todo en los idiomas germánicos como el alemán o el inglés. Incluso cita en este sentido, y en el ámbito de los idiomas romances, *La Celestina*: «Tanto valen como cuestan». Pero es desde la perspectiva marxista desde la que afirma que toda realidad se debe reconducir a categorías económicas y, más aún en este caso, en el que «valor, precio y validez del dinero son conceptos económicos y profundamente enzarzados en relaciones económicas». Más claro es, aún, Jorge Eugenio Dotti al comentar la obra de Schmitt advirtiendo que «el valor, cuando se le quita la ideología, es un bien económico». Sin embargo, la mayor crudeza respecto a la degradación de la dignidad humana que significa la filosofía del valor la muestra Schmitt en dos fragmentos, a los que añadiremos otro de la edición privada de Ebrach respecto a la dificultad de su uso por los juristas:

«Naturalmente, se había hablado ya de valores antes de la filosofía de valores, incluso también de un sinvalor. Pero en la mayoría de los casos se hizo la distinción: las cosas tienen un valor, las personas tienen una dignidad. Valorar la dignidad se consideró indigno. Hoy día, en cambio, también la dignidad se ha convertido en valor por obra y gracia de la filosofía de los valores».

«Antes, cuando la dignidad aún no era valor, sino algo esencialmente distinto, el fin no podía justificar los medios. La idea de que el fin pueda justificar el medio se consideró una máxima perversa. En la jerarquía de los valores, por el contrario, rigen otras relaciones que justifican que el valor mayor trate al valor

menor como de calidad inferior y que el valor destruya al sinvalor. Max Scheler, el gran maestro de la teoría objetiva de los valores, dijo, y Theodor Haecker, con más afán polémico que celo intelectual, lo repitió: la negación de un valor negativo es un valor positivo. Matemáticamente está claro, porque menos por menos da más. Se puede deducir, por consiguiente, que no es tan fácil deshacer los lazos que atan al pensamiento de valores al pensamiento matemático-científico, es decir, a su antiguo adversario libre de valores. La anterior frase de Max Scheler permite volver mal por mal, convirtiendo, de esta manera, nuestra tierra en un infierno; pero este infierno será un paraíso de valores».

«Un jurista que se aventura a ejecutar valores de manera inmediata debería saber lo que hace. Debería reflexionar sobre la procedencia y estructura de los valores y no permitirse tomar a la ligera el problema de la tiranía de los valores y de la ejecución no mediada del valor. Tendría que tener en claro la filosofía moderna del valor antes de decidirse a valorar, transvalorar, valorizar y desvalorizar; y en cuanto sujeto portador de valores y sensible a ellos, tendría que tener en claro la filosofía moderna del valor antes de dictaminar la posición de un orden jerárquico de valores subjetivos y objetivos bajo la forma de sentencias con fuerzas legal».

Con estas palabras se han desenmascarado las tres falacias de los críticos del análisis económico del Derecho y defensores de la filosofía de los valores en el ámbito jurídico:

- 1º. El método ponderativo de valores no supone una humanización iusnaturalista del Derecho frente al formalismo positivista; sólo se trata de dos técnicas racionalistas distintas de aplicación del Derecho, y ambas con connotaciones economicistas.
- 2º. El método jurídico ponderativo influenciado por la filosofía de los valores no es la metodología jurídica que mejor asegure la dignidad humana.
- 3º. El método jurídico ponderativo no es la metodología propia de los juristas frente al análisis económico del Derecho. Realmente ninguna de las dos metodologías pertenece a la esfera de acción –otro concepto de la sociología weberiana- propia de los juristas, ya que el método ponderativo de intereses está más cercano a la sociología –aunque es susceptible de apropiación por otros especialistas como los ambientólogos-, mientras que el análisis económico del Derecho es afín a la Ciencia Económica.

2. La omnipresencia de los valores en el ámbito de la protección ambiental.

Quizás el lector se pregunte por la razón de la amplia reflexión sobre la filosofía de los valores y la metodología jurídica ponderativa. Pues la razón es tan sencilla como que el Derecho ambiental está totalmente impregnado de dicha filosofía. El uso de la palabra valor y de expresiones tales como valores ambientales, valores ecológicos, valores culturales, valores paisajísticos, etc., es omnipresente en la normativa relativa a la protección ambiental y en la jurisprudencia. Todo el esquema normativo de la protección ambiental descansa en el siguiente planteamiento lógico: se descubre un valor (ambiental, cultural, arqueológico, paisajístico, etc.) y se articula un instrumento jurídico de protección. El sistema parece a priori tan objetivo como el del análisis económico del Derecho, pero adolece del mismo defecto tecnocrático: los valores no son objetivos, deben ser puestos¹⁴ por alguien, en este caso por especialistas o científicos medioambientales, puesto que los valores no son, sino que se hacen valer subjetivamente. En definitiva, igual que se criticaba la tecnocracia del análisis económico del Derecho por dejar las decisiones políticas y la creación del Derecho en manos de tecnócratas economistas, en el ámbito de la protección ambiental se deja la decisión política en manos de los tecnócratas medioambientales. Por tanto, la creación de una metodología jurídica propia medioambiental que se ha ido gestando en las últimas décadas es inescindible del avance de la filosofía de los valores en la metodología jurídica con carácter general.

V. PROTECCIÓN AMBIENTAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: COINCIDENCIAS, DIVERGENCIAS Y SÍNTESIS

De lo hasta ahora expuesto ya podemos señalar las características comunes a la protección ambiental y al análisis económico del Derecho:

1º. Son dos formas tecnocráticas de Derecho, puesto que adoptan una metodología, conceptos, instrumentos y fines específicos de unas disciplinas no jurídicas. En ambos campos, el jurista es un actor secundario frente al papel protagonista de los especialistas en medioambiente y economía.

¹⁴ Como el Derecho positivo, los valores son puestos. Asimismo, en este contexto se entiende el éxito actual de la expresión «poner en valor».

2º. Cientificismo. Es innegable el cientificismo intrínseco a la protección ambiental y al análisis económico del Derecho, que es una de las claves de su éxito, debido al prestigio de la Ciencia en nuestros días.

3º. Búsqueda de la eficiencia. La racionalidad cientificista de la protección ambiental y del análisis económico del Derecho exige la búsqueda de la solución más eficiente. Si la humanidad ha enaltecido lo científico, ha sido porque le permite lograr una mayor eficiencia, esto es, no tendría sentido contar con un aparato de tecnócratas para no alcanzar mayor eficiencia. Para alcanzar el resultado más eficiente hay que analizar todas las alternativas, incluso la alternativa 0, es decir, la eliminación de la propia actuación. Así coinciden la evaluación ambiental y el análisis económico del Derecho en que se pueden suprimir programas que tengan un valor 0, ya sea por sus nocivos efectos sobre el medioambiente o por su ineficiencia económica. Para ello habrá que haber realizado un balance entre los costes estimados y los beneficios que se espera alcanzar.

4º. Los principios de protección ambiental, al igual que los principios economicistas establecidos en la normativa para la mejora regulatoria, permiten un control jurisdiccional sobre la potestad reglamentaria, que en el ámbito urbanístico se manifiesta ante todo en los instrumentos de planeamiento urbanístico. Así se explica la anulación en los últimos años de diversos Planes Generales de Ordenación Urbana (PGOU) o sus revisiones por el Tribunal Supremo (TS). A título de ejemplo destacaremos la anulación de las revisiones de los PGOU de Ávila y Marbella.

La STS 2726/2015 (REC 3436/2013), relativa a la nulidad de la revisión del PGOU de Ávila comienza afirmando en el FJ 12º la posibilidad de control jurisdiccional de la planificación urbanística para evitar que esa potestad discrecional se convierta en arbitraria:

«Consecuentemente, el reconocimiento del "ius variandi" y de un margen de discrecionalidad administrativa, no puede excluir el control jurisdiccional de las potestades de planeamiento, esencialmente en lo referente al cumplimiento del interés público, con sometimiento a principios de racionalidad y adecuación a la realidad que se trata de ordenar».

Y ya en el FJ 15º entra en el centro de la cuestión:

«La recepción del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible en la Ley estatal 8/2007, de suelo, y en el Texto refundido vigente, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, pretende desplazar la tradicional concepción desarrollista impulsora de un crecimiento urbano ilimitado por otra que lo controle, insistiendo en la regeneración de la ciudad existente, frente a las nuevas transformaciones de suelo, si bien partiendo de la premisa de que desde la legislación estatal no se puede imponer un determinado modelo urbanístico.

El preámbulo de la Ley, que se apoya expresamente en la Estrategia Territorial Europea y en la Comunicación de la Comisión sobre una estrategia temática para el medio ambiente urbano, expresamente señala que se « *propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa y desordenada*».

Este mandato se traduce en la definición de un conjunto de objetivos muy generales, cuya persecución debe adaptarse « *a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística* » (art. 2.2).

La realización efectiva del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible y los derechos y deberes enunciados en el título I, la Ley de 2008, se consigue mediante la definición de unos criterios básicos de utilización del suelo (art. 10), que son otros tantos mandatos dirigidos a las administraciones públicas y, en particular, a las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística».

Y a continuación el FJ 16º finaliza el razonamiento:

«De lo que ha quedado expuesto en los fundamentos anteriores, puede concluirse que la modificación impugnada no se ajusta a los principios de desarrollo sostenible que acabamos de citar, dado que, no existe suficiente justificación de los nuevos desarrollos urbanos que se proponen, una vez descartada la necesidad de incrementar el número de viviendas, rompiéndose además, el modelo de ciudad compacta, lo que pone de relieve la sentencia de instancia, cuando razona que " *sino que se trata de que el sector que se vaya a clasificar linde en dicha superficie con otros que ya estén previamente clasificados, solo de esa manera se cumple la finalidad de crecimiento compacto, afirmación que resulta dudosa para la clasificación que nos ocupa, baste por otro lado apreciar que del propio Plano 3 hoja 1 de la propia*

Modificación, donde se evidencia que el planeamiento en Ávila nunca se ha producido el crecimiento hacia el sur, sino hacia este y menos en forma de apéndice como el que se ha realizado...», añadiendo que "pese a lo dicho en la Memoria con el contenido de la misma no se pretende resolver verdaderas y reales necesidades de suelo residencial o comercial por cuanto que no se ha acreditado que concurren en el momento de la modificación y en un periodo de corto o medio plazo durante el cual se pretende llevar a efectos tales determinaciones urbanísticas esas necesidades de suelo residencial o comercial; y segundo, porque como resulta de no haber respetado los criterios de colindancia con el suelo urbano se comprueba que el planeamiento que se pretende introducir con dicha modificación no va dirigido a completar las tramas urbanas existentes, a solucionar problemas urbanísticos de las áreas degradadas ni a regenerar la ciudad existente sino que con la nueva clasificación de suelo urbanizable contenida en dicha modificación y con la forma en que contempla esa ampliación de suelo urbanizable, apenas colindante con el suelo urbano y mediante un verdadero desarrollo lineal, aumenta el impacto del crecimiento y atenta contra el principio de "modelo de ciudad compacta"».

Por lo que se refiere a la anulación de la revisión del PGOU de Marbella, sobre tal cuestión recayeron varias sentencias con idéntica fundamentación partiendo desde la STS de 27 de octubre de 2015, (REC 313/201), destacando los siguientes argumentos de su FJ 10º:

«1º. No corresponde al ámbito de la potestad de planeamiento modular la legalización de lo ilegalmente construido».

«(...) Este tipo de planeamiento, pues, no cuenta con respaldo legislativo, pues el mismo no contempla "hacer ciudad" sino "rehacer ciudad", pero rehacerla, no porque se pretenda su rehabilitación, regeneración o renovación, sino porque la hecha, en el pasado, lo ha sido de forma ilegal. Por ello, su destino, su razón de ser, no es futuro de Marbella, sino su pasado. Y la legalización del pasado debe someterse -pues así lo ha dispuesto el legislador-, en su caso, al sistema antes expuesto. Da la sensación que la exigencia de nuevas dotaciones no viene

impuesta por el nuevo Plan, sino que se imponen como consecuencia de las ilegalidades derivadas del incumplimiento del Plan anterior».

« (...) No resulta posible, pues, compatibilizar la normalización (vía obtención dotacional) sin tomar en consideración, con toda su potencialidad y eficacia, las nulidades jurisdiccionalmente declaradas, pues, se insiste, no resulta posible legalización alguna, en función -sin más- del nuevo planeamiento, por cuanto, de forma individualizada, ha de recorrer el proceso de legalización por la vía de la imposibilidad legal de ejecución de la sentencia. Las ilegalidades, pues, no admiten ejecución por la vía de las alternativas del planeamiento. El cometido de todo plan consiste en la consecución de una ordenación racional del espacio físico comprendido dentro de su respectivo ámbito. El ordenamiento jurídico atribuye a la Administración la potestad de planeamiento con vistas a la realización del indicado objetivo. Como cualquier otra potestad administrativa, así, pues, la potestad de planeamiento está al servicio de un fin normativamente predeterminado. De este modo, se desnaturaliza la auténtica finalidad de los planes si se apartan de la finalidad que les es propia y buscan satisfacer otra en su lugar o junto a ella. En definitiva, sólo en la medida en que sirvan a su finalidad típica vendrá a estar justificado el ejercicio de la potestad de planeamiento por parte de la Administración».

«(...) La Memoria del PGOU -cuyos datos esenciales en el particular que nos ocupa han sido expuestos más arriba- representa el instrumento a través del cual el plan justifica su propia racionalidad; o, si se prefiere, dicho en otros términos, por medio de la Memoria del plan se justifica que las determinaciones de ordenación adoptadas por el mismo se ajustan a la racionalidad y resultan coherentes con el modelo territorial escogido; atendiendo, sin embargo, a los datos proporcionados por la Memoria de referencia, en el caso que nos ocupa, la "Normalización" viene a erigirse, como se ha expuesto, en una de las directrices básicas del PGOU de Marbella, y, de este modo, puede colegirse, el PGOU se aparta de la finalidad típica que le es propia y que tiene asignada por el ordenamiento jurídico"».

A la vista de estos caracteres comunes, ¿no podríamos referir indistintamente el siguiente fragmento a las políticas de protección ambiental y al análisis económico del Derecho?

« (...) la contribución más propia del AED en la fase de evaluación *ex ante* de la legislación se concreta en proveer a los poderes públicos de argumentos económicos para realizar tres juicios importantes sobre la legislación:

a) En primer lugar, determinar *qué alternativas políticas son viables*. El impacto normativo de una legislación exige una evaluación previa de factibilidad o viabilidad económica: es necesario tener en cuenta los recursos disponibles y los costes previstos de las distintas alternativas porque ello permitiría descartar aquellas opciones normativas que, aunque desde el punto de vista político pudiesen tener una alta rentabilidad electoral, no sean viables desde el punto de vista económico.

b) En segundo lugar, el AED puede contribuir a la identificación de entre las consideradas viables, *las propuestas más eficaces y eficientes*. Esta operación exige evaluar cuáles son los cursos de acción que comportan una maximización de los objetivos perseguidos y una minimización de los recursos empleados, esto es, identificar cuál de las opciones, asegurando un mismo nivel de eficacia en la consecución de los objetivos propuestos, es la de *menor coste*.

c) Y, en tercer lugar, realizando un *balance entre los costes estimados y los beneficios* que se espera alcanzar con la decisión normativa. Esta operación es de especial de interés cuando existen alternativas diferentes, con costes distintos y grados de cumplimiento de los objetivos también divergentes.

Un análisis más amplio sobre su *calidad material* que provea de un material empírico riguroso que permita motivar la necesidad, adecuación y proporcionalidad de la norma, especialmente en lo referido a su racionalidad pragmática o instrumental, esto es, realizando un juicio sobre la *eficacia y eficiencia de la norma* a la hora de la consecución de sus objetivos¹⁵».

Pero siendo sus metodologías coincidentes la gran divergencia son los fines que persiguen: la protección ambiental es a corto plazo un freno del crecimiento económico al limitar o prohibir el desarrollo de las actividades económicas que sean incompatibles con los valores ambientales merecedores de protección. Y es que la protección ambiental tiene una naturaleza estática –mera conservación o a lo sumo reversión al

¹⁵ Mercado Pacheco, Pedro, *Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 47 (2013).

momento inicial-, mientras que el análisis económico del Derecho, como todo lo económico tiene una naturaleza dinámica y transformadora de la realidad.

Por ello, como síntesis y forma de conciliación de la protección ambiental y el análisis económico del Derecho se ha llegado al concepto de desarrollo sostenible. El principio de desarrollo sostenible supone un compromiso a largo plazo entre la protección de los valores ambientales y las necesidades del desarrollo económico. Así, la *Comisión Brundtland* de las Naciones Unidas lo define como «el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades». Es curioso que la palabra «sostenible» y sus derivados se hayan convertido en auténticos *mantras* en cualquier ámbito, especialmente en el económico. Las leyes de carácter economicista suelen incorporar la sostenibilidad a largo plazo como uno de sus ejes principales y para dejarlo claro no puede faltar en la denominación de la misma norma. Así podemos citar en los últimos años y sin ser exhaustivos, la Ley de Economía Sostenible, la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera o la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

Quizás sea en el Preámbulo de la Ley 21/2013 donde mejor queda expresada la síntesis entre protección ambiental y análisis económico del Derecho:

«En esta línea, cabe citar el detallado informe del Consejo Económico y Social de 2012 titulado «Desarrollo autonómico, competitividad y cohesión social. Medio Ambiente», en el que se expone, a propósito de la evaluación de impacto ambiental, que en ocasiones una misma actividad puede registrarse por umbrales de impacto más o menos severos, o incluso, estar sometida a una evaluación en algunas comunidades y excluida en otras. El informe propone que «en el marco de la Conferencia Sectorial sobre Medio Ambiente, se debería impulsar la armonización de los procedimientos administrativos autonómicos actualmente en vigor, con el fin de simplificar los trámites, reducir las cargas administrativas que soportan las empresas, y evitar diferencias injustificadas en los niveles de exigencia medioambiental de las Comunidades Autónomas».

La necesidad de una coordinación vertical efectiva entre los diferentes niveles de gobierno ha sido puesta de manifiesto en diferentes lugares: por la OCDE («Sustainability in Impact Assessments. A review of Impact Assessment Systems in selected OECD countries and the European Commission, de 2012»), o por la Comisión Europea («Industrial Performance Scoreboard and Members States»). Este último informe señala que la proliferación de distintas

regulaciones es un obstáculo a la mejora de la productividad, advertencias que deben ponerse en relación con el lugar que ocupa España, el puesto 44, en la clasificación del Banco Mundial de países según su facilidad para hacer negocios («Doing Business, 2012»).

De acuerdo con estas premisas, la presente ley pretende ser un instrumento eficaz para la protección medioambiental. Para alcanzar este objetivo primordial, se propone simplificar el procedimiento de evaluación ambiental, incrementar la seguridad jurídica de los operadores, y en íntima relación con este último fin, lograr la concertación de la normativa sobre evaluación ambiental en todo el territorio nacional».

Y si recordamos los principios de esta Ley 21/2013, entre ellos se encuentran los de «racionalización, simplificación y concertación de los procedimientos de evaluación ambiental»; «proporcionalidad entre los efectos sobre el medio ambiente de los planes, programas y proyectos, y el tipo de procedimiento de evaluación al que en su caso deban someterse»; «desarrollo sostenible»; y «actuación de acuerdo al mejor conocimiento científico posible».

La Ley 21/2013 es un magnífico botón de muestra, pero ya expusimos en el tercer epígrafe una serie de leyes en las que el análisis económico del Derecho ha dado lugar a nuevos parámetros y formas de control más atenuados de las actividades económicas en detrimento de controles más rígidos y favorables al aseguramiento de la protección del medioambiente. En definitiva, el análisis económico del Derecho se ha conciliado con la protección del medioambiente mediante el concepto de desarrollo sostenible, lo que ha sido una auténtica ponderación de valores en la que se ha intentado el justo medio.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Me gustaría finalizar este trabajo recapitulando las ideas más relevantes del mismo. La idea principal reside en que en nuestro Derecho urbanístico ha ido penetrando poco a poco el espíritu de la protección medioambiental, sobre todo tras la LS/07. Pero esa vocación ambiental de nuestro Derecho urbanístico no puede ser maximalista, sino que debe encontrarse en equilibrio con las necesidades económicas de la sociedad. De esta forma, vocación ambiental y crecimiento económico se sintetizan

en el concepto desarrollo sostenible. En virtud del principio de desarrollo sostenible han de ponderarse los valores dignos de protección ambiental y las necesidades de la economía para encontrar el aristotélico «justo medio» o punto de equilibrio. Se trata por tanto de la aplicación de la metodología ponderativa propia del constitucionalismo material de nuestros días inspirado en la filosofía de los valores. Pero es más, todo el esquema de la protección ambiental que se ha desarrollado en los últimos decenios es pura aplicación de la filosofía de los valores, en el fondo de la cual encontramos una raíz economicista y relativista. Al no existir verdades absolutas en nuestro mundo postmoderno sólo nos queda aferrarnos a los estudios científicos. Por tanto, en su científicismo la metodología de la protección medioambiental se muestra similar a la metodología del análisis económico del Derecho, la cual parecería encontrarse a priori en sus antípodas. En el fondo, el carácter tecnocrático y científicista de la protección ambiental y del análisis económico del Derecho revela su origen común y explica que su conciliación mediante el concepto de desarrollo sostenible no sea traumática, sino natural. Y si como nos enseña Dostoievski, con magistral sentido del humor, en su relato *El cocodrilo*, es absurdo llevar la lógica económica hasta sus últimos extremos, igual de ridículo resulta ordenar todos los aspectos de la vida por el principio de protección ambiental, lo que llevaría al resultado absurdo de que la única forma de no generar «huella ecológica» es no existir.

VII. BIBLIOGRAFÍA DESTACADA:

FORSTHOFF, Ernst: *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*, Tecnos, Madrid, 2015.

MERCADO PACHECO, Pedro:

- “Respuesta a la profesora Paloma Durán”, *Anuario de Filosofía del Derecho XII*, 1995, págs. 719-734
- “Libertades económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 26 (2012).
- “Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 47 (2013).

MONTORO CHINER, María Jesús, “Técnica legislativa y evaluación de las normas”, *Anuario jurídico de La Rioja*, nº 6-7, 2000-2001, págs. 155-172.

PÉREZ MORENO, Alfonso: “El método en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº9/2009.

REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, “Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, nº 193, Madrid, enero-abril (2014).

SCHMITT, Carl:

- *Teología Política*, Trotta, Madrid, 2009.
- *La tiranía de los valores*, Comares, Granada, 2010.
- *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.

VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis: “En diálogo con Weber. Sobre La tiranía de los valores de Carl Schmitt”, *Revista Co-herencia* Vol. 10, No 18 Enero - Junio 2013, pp. 13-40. Medellín, Colombia.

WEBER, Max:

- *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2014.
- *La ciencia como profesión/La política como profesión*, Austral, Madrid, 2007.