

## Crónica jurídica

Omar BOUAZZA ARIÑO

Profesor Titular de Derecho Administrativo.  
Universidad Complutense de Madrid.

**RESUMEN:** Ante la, todavía, ausencia de un Gobierno de la Nación en plenitud de funciones y la consiguiente parálisis normativa, en este número, como hice en el anterior, prestaré atención a las novedades normativas en el ámbito autonómico y local y a la jurisprudencia internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el ámbito infraestatal, destaca la nueva *Ley de Turismo del País Vasco*, que sigue la línea de la anterior Ley de una planificación sectorial en el marco de la ordenación del territorio, pero plantea serias dudas en la regulación de los subsectores crecientes, como las viviendas turísticas, el turismo en caravanas o la libre acampada, que requieren una adecuada ordenación ante el peligro real y efectivo de provocar situaciones de masificación y conflictividad social. En esta misma línea, también será fundamental para el mantenimiento de la paz social la correcta ordenación de las playas. Así, ha quedado aprobada recientemente una modificación de la *Ordenanza de playas de Ibiza*, contemplando la potestad del Ayuntamiento de prohibir el consumo de tabaco en estas áreas, previendo en la misma ordenanza dicha prohibición con carácter efectivo en una de las playas de la isla. También se da cuenta de la nueva *Ley de evaluación ambiental de las islas Baleares* en la que, aparte de adaptar el régimen jurídico de esta técnica al derecho estatal, prevé otras normas dispersas en materia de alcantarillado y urbanización y fiestas en embarcaciones en espacios marinos sensibles desde la perspectiva ecológica. En línea parcialmente similar, se da noticia de la reciente modificación de la legislación urbanística andaluza, que regulariza las edificaciones ilegales en suelo no urbanizable. Finalmente, se hace referencia al *Decreto-Ley del Gobierno de Castilla y León 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales*, atendiendo así a una creciente sensibilidad social ante la dignidad de la vida en todas sus manifestaciones. Comenzaré la Crónica con la nota a la polémica sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el caso *Garib c. Holanda*, de 23 de febrero de 2016, en la que se decide sobre la denegación del derecho a la libre elección de vivienda a una ciudadana en base a una Ley que trata de fomentar la diversificación del paisaje humano de los barrios, desde una óptica socioeconómica.

correo electrónico: [obouazza@der.ucm.es](mailto:obouazza@der.ucm.es).

Este trabajo ha sido realizado en el marco de las acciones de dinamización «Redes de Excelencia» del Ministerio de Economía y Competitividad «Red temática sobre desarrollo

urbano» (DER2015-71345-REDT), que dirige la profesora doctora María Rosario Alonso Ibáñez, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo.

### 1. Límites a la libre elección de vivienda

A falta de normativa estatal, como he dicho, comenzaré con una breve incursión en el ámbito de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de urbanismo. En la visión global que nos ofrece el Alto Tribunal Europeo de la perspectiva europea adoptada en nuestros temas, resultará de interés prestar atención a la reciente sentencia recaída en el caso **Garib c. Holanda, de 23 de febrero de 2016**, que nos presenta un tema complejo sobre la intervención de la Administración en la libertad de elección de residencia con la finalidad de promover barrios diversificados desde una perspectiva socioeconómica. Veamos con más detenimiento los hechos, la argumentación del tribunal y la decisión. También haré una breve referencia a la opinión disidente al fallo, encabezada por el juez español, don Luis López Guerra, oponiéndose a la controvertida solución adoptada.

La demandante es una ciudadana holandesa, madre de dos hijos. Sus únicos ingresos son las prestaciones sociales. Vivía en el distrito Tarwewijk de Rotterdam, habiendo vivido antes en otro lugar. El propietario de su domicilio le pidió que lo abandonara pues tenía la intención de reformarlo para entrar a vivir en él. A cambio, le ofreció otro apartamento suyo en la misma zona, más grande y adecuado para ella y sus hijos, dos niños pequeños.

Mientras tanto, el distrito —una zona con un nivel elevado de desempleo— fue designada en base a la Ley de Problemas de los Centros de las Ciudades (Medidas Especiales) como una zona en la que la ocupación de una vivienda sería sólo posible con una autorización de vivienda. La demandante presentó la solicitud debidamente. Su solicitud fue rechazada en base a que no había sido residente en la región metropolitana de Rotterdam en los 6 años inmediatamente precedentes a la presentación de la solicitud. Es más, como sus ingresos no eran por rentas de trabajo, no reunía el requisito de ingresos que permitiría la excepción al requisito de los la residencia de larga duración.

La objeción de la demandante contra esa decisión se desestimó por las autoridades de la ciudad, en abril de 2008. El Tribunal de Apelación igualmente desestimó su recurso. Argumentó que la Ley de medidas especiales sobre problemas en las grandes ciudades permitía la restricción temporal de la libertad de residencia. Tales restricciones tenían como finalidad revertir los procesos de sobrecarga de los dis-

tritos, favoreciendo una composición mixta de residentes desde un punto de vista socioeconómico, como he dicho. Recurrió sin éxito. Finalmente, la demandante se desplazó al municipio de Vlaardingen, donde vive actualmente.

La demandante sostiene ante el TEDH que la Ley sobre medidas especiales sobre los problemas de los centros de las ciudades, y la normativa relacionada, ha violado sus derechos relativos al artículo 2 del Protocolo nº4 (libertad de elegir la residencia). Este precepto contempla cuatro párrafos. Los dos primeros delimitan desde un punto de vista positivo y subjetivo, en los siguientes términos:

«1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia.

Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluido el suyo.»

A continuación, los párrafos 3 y 4, contemplan límites al reconocimiento del derecho:

«3. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 podrán igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.»

El párrafo 4 en principio justificaría la restricción que se ha dado en este caso en base a la ley holandesa y su interpretación por las autoridades internas. Veamos, por tanto, la argumentación del TEDH al respecto.

El TEDH comienza su argumentación reconociendo que efectivamente se ha producido una interferencia en el derecho de la demandante a elegir su lugar de residencia. También observa que la interferencia estaba contemplada en la Ley, como exige el artículo 2 del Protocolo número 4. El TEDH a continuación observa que la interferencia perseguía el fin legítimo: revertir el declive de las zonas empobrecidas de los centros de las ciudades y mejorar la calidad de vida.

En relación con la cuestión de si los medios empleados para perseguir esa finalidad fueron

proporcionados, el TEDH subraya que como ha dicho en muchos casos en materia de política general —en la que las opiniones en una sociedad democrática pueden diferir ampliamente— debe ofrecerse un peso especial a la posición de las autoridades internas que han optado por una determinada política. En este caso, las autoridades internas han recalcado los problemas sociales crecientes en ciertas zonas de Rotterdam que resultan del empobrecimiento causado por el desempleo. Basado en las previsiones normativas aplicables, la medida debe revisarse en intervalos regulares. Tras una primera evaluación positiva, se ha extendido y vinculado a un programa con una considerable financiación pública. La restricción se sujeta a límites geográficos y temporales. La designación de zonas concretas es válida no más de cuatro años.

Además, la Ley en cuestión incluye varias cláusulas de salvaguardia. Por ejemplo, prevé que la designación de una zona en base a la ley se revoca si no hay alojamiento alternativo suficiente para los afectados. El TEDH observa que las restricciones a la libertad de residencia que impone esta ley son razonables y encajan en la finalidad legítima perseguida. Concluye, por ello, que no ha habido una violación del artículo 2 del Protocolo número 4. No obstante, los jueces López Guerra y Keller formularon una opinión disidente común.

Los jueces disidentes comienzan su argumentación indicando que esta es una de las pocas sentencias que se han dado en relación con el derecho a la libre elección de residencia, por lo que se exigía una argumentación más elaborada que la ofrecida por la mayoría. Además, el caso plantea una cuestión fundamental: el nivel de escrutinio que el TEDH debe aplicar en el examen de una restricción individual en el derecho individual a elegir libremente la residencia.

Los hechos del caso, dicen los jueces disidentes, son especialmente sorprendentes. La demandante, una madre soltera holandesa con dos niños pequeños, vivió desde 2005 en un apartamento de una habitación en un barrio de Rotterdam especialmente desfavorecido. No tiene antecedentes penales, no hay constancia de que sea una persona conflictiva, ni ha tenido problemas con los vecinos. Sin embargo, es pobre y vive de las ayudas sociales. Perteneció a la clase económica desfavorecida, lo cual, en base a la Ley de Medidas Especiales, es característica suficiente para restringirle su derecho a elegir libremente su residencia. Se le restringió su derecho a elegir libremente su

residencia ya que la demandante constituía, según el gobierno holandés, una amenaza para el orden público u otro interés público en una sociedad democrática, en el sentido de los párrafos 3 y 4 del artículo 2 del Protocolo número 4 (¡!).

Antes de examinar si la medida en cuestión era necesaria en una sociedad democrática, los jueces disidentes destacan la diferencia entre los párrafos 3 y 4 del artículo 2 del Protocolo número 4, teniendo en cuenta los trabajos preparatorios en relación con dicho artículo y la interpretación de su artículo hermano en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (art. 12). De la lectura de los trabajos preparatorios del precepto en cuestión y del artículo 12 del Pacto, los jueces disidentes observan que la previsión del artículo 2.4 del Protocolo número 4 se refiere a situaciones de emergencia, por analogía con respecto de las restricciones de la libertad de movimiento, como se ha dicho en las sentencias recaídas en los casos *Landvreugd c. Holanda, de 4 de junio de 2002* y *Oliveira c. Holanda, de 4 de junio de 2002*. Por ello, dudan de la aplicabilidad de dicho precepto a este caso y reprochan la solución final.

## 2. Turismo

España se encuentra en la actualidad ante el importante reto de afrontar las diferentes formas de turismo masivo que tienen un fuerte impacto territorial. Algunas variantes son tradicionales, como el turismo de sol y playa en hoteles, y otras son nuevas, como el turismo que se aloja en pisos turísticos y caravanas y el turismo de cruceros, que empujan con especial fuerza en los últimos años. Entre las causas principales de este fuerte incremento las encontramos en la moda del mal llamado «turismo colaborativo» y la inestabilidad en países turísticos cercanos, como Siria, Túnez, Egipto y Turquía, así como los recientes golpes terroristas en países como Francia y Bélgica, que sin duda, han ocasionado alarma social. Se deberá prever, por consiguiente, un marco legal que permita una planificación y gestión del territorio que garantice la sostenibilidad de esta actividad económica, evitando la saturación y la sensación de estrés en las ciudades, así como una infraestructura adecuada.

Valgan estas notas para presentar la **Ley 13/2016, de 28 de julio, de Turismo del País Vasco**. Tiene como una de sus misiones principales la de la regulación de los apartamentos

turísticos, la modalidad de alojamiento que presenta gran auge en los últimos años, como he indicado antes. Como en las demás Comunidades Autónomas, será requisito para la apertura de un apartamento la presentación de una declaración responsable. También se regulan las viviendas de uso turístico así como el alojamiento en habitaciones de viviendas particulares de uso turístico (art. 54). También cabe destacar, siguiendo en el ámbito de los alojamientos, la regulación de los campamentos de turismo. Como ocurre en otras Comunidades Autónomas, se exige al campamento de la obtención de una autorización para su puesta en funcionamiento. Bastará con la presentación, igualmente, de una mera declaración responsable. Si bien sí se exige el sometimiento a evaluación de impacto ambiental, por la peligrosidad intrínseca a esta modalidad de alojamiento, es reprochable que se permita el inicio de la actividad sin la comprobación previa del cumplimiento de los requisitos legales. Además, la exigencia de una autorización previa beneficiaría al empresario turístico pues tendría una mayor seguridad antes comenzar la actividad en cuanto al cumplimiento de las normas básicas, por ejemplo, de seguridad. El Título V dedicará un capítulo completo, el Capítulo VI, a la regulación de la acampada libre y las áreas especiales de acogida para autocaravanas. Se trata de modalidades de turismo que cada vez son más populares y que, mal gestionadas, suponen un impacto ambiental negativo. La Ley indica expresamente que estas modalidades de acampada deberán ser siempre con finalidad turística, con lo que no quedaría al amparo de esta Ley una modalidad de vida creciente, la vida nómada en caravana. Como aspecto positivo cabe citar, por último, el sistema de planificación contemplado. Al igual que la Ley que deroga, esta nueva Ley contempla un sistema de planificación dictado en el marco de la ordenación general del territorio. También contempla planes directores de destino turístico, en los que el componente territorial también tendrá un papel destacado<sup>1</sup>.

### 3. Impacto ambiental

La nueva ley balear sobre evaluación ambiental, la **Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las islas Baleares**, aparte de suponer una adaptación del régimen jurídico de desarrollo de la normativa estatal, contempla nuevas previsiones en otras mate-

rias. Destaca la prohibición, en zonas de sensibilidad ecológica, de las fiestas multitudinarias en embarcaciones (disposición final segunda). Por otro lado, deroga la Ley de 27 de julio, de declaración de interés autonómico de la construcción del campo de golf de Son Bosc (municipio de Muro), atendiendo a las consideraciones de la sentencia 592, de 8 de octubre de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de las islas Baleares, en la que se duda sobre la constitucionalidad de la Ley 9/2010. Con ello, se hace realidad la recomendación de la Misión de Asesoramiento Ramsar respecto a la zona húmeda de importancia internacional (sitio Ramsar) de la Albufera de Mallorca. Finalmente, destacaré la previsión recogida en la disposición final quinta sobre la red de saneamiento. Se contempla una moratoria para seguir construyendo en suelo sin alcantarillado con toda una serie de condiciones como que el Ayuntamiento, mediante un acuerdo plenario, haya expresado su compromiso de dotar de alcantarillado a estas zonas urbanas que no dispongan de red de saneamiento. Se trata esto último de una manifestación de lo que se empieza a denominar como urbanismo en crisis.

### 4. Urbanismo de la —y en— crisis

En la línea que mencionaba al terminar el anterior punto, asistimos a una preocupante crisis del urbanismo o a un nuevo urbanismo de la crisis que frente a la ordenación racional que ofrece el plan, plantea soluciones de regularización ante los asentamientos irregulares. En este contexto hay que situar la reciente Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable <<https://legislacion.derecho.com/ley-6-2016-por-la-que-se-modifica-la-ley-7-2002-de-17-de-diciembre-de-ordenacion-urbanistica-de-andalucia-para-incorporar-medidas-urgentes-en-relacion-con-las-edificaciones-construidas-sobre-parcelaciones-urbanisticas-en-suelo-no-urbanizable>>. Sobre este tema, me remito al libro dirigido por Jesús JORDANO FRAGA, *El urbanismo de la crisis: la regularización de la edificaciones ilegales y el régimen de asimilación a fuera de ordenación*, Tecnos, Madrid, 2015, 296 págs.

<sup>1</sup> Sobre la problemática del cambio el sistema autorizador al de la declaración responsable, son esclarecedoras las reflexiones de José María BAÑO LEÓN, en su trabajo,

«Declaración responsable y derechos de terceros. El lado oscuro de la llamada *better regulation*», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 167, 2014, 23-44.

## 5. Playas

Recientemente ha quedado aprobada una modificación puntual de la **Ordenanza municipal de uso y aprovechamiento de playas y puntos de baño del municipio de Ibiza, para el establecimiento de zonas libres de humo y la declaración de de la zona de la playa de Ses Figueres como playa libre de humo** (Boletín Oficial de las Islas Baleares, núm. 71, de 7 de junio de 2016). Esta norma supone una norma adicional de protección de la salud y el medio ambiente con respecto de la norma básica estatal de prohibición del consumo de tabaco en locales y ciertos espacios abiertos. Como reza el artículo 21 bis, «Calidad del aire-Playas sin humo», el Ayuntamiento, con el objetivo de disminuir la exposición al humo del tabaco en la población en general y de fomentar el establecimiento de medidas de concienciación ambiental y de protección de la salud entre las personas residentes y visitantes, podrá declarar playas libres de humo. En estas zonas no estará permitido fumar. El Ayuntamiento deberá señalar adecuadamente estos espacios y habilita en los accesos a estas playas puntos con ceniceros donde poder fumar y depositar las colillas antes de acceder a la playa. La ordenanza sirve, asimismo, para realizar una primera declaración, en la playa indicada en la denominación de esta modificación de la ordenanza.

## 6. Patrimonio cultural popular y bienestar animal

La participación de los ciudadanos en la vida administrativa y su toma en consideración por la Administración tiene una clara manifestación en el **Decreto-Ley del Gobierno de Castilla y León 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales**. A los efectos de esta norma, se entiende por espectáculos taurinos populares los festejos en los que se utilicen reses de lidia con finalidad recreativa. Tienen tal consideración, los encierros urbanos, de campo o mixtos; las vaquillas, capeas o probadillas y los concursos de cortes. A los mismos efectos, se entiende por espectáculos taurinos tradicionales los festejos populares con reses de lidia cuya celebración arraigada socialmente se venga realizando en la localidad de forma continuada desde tiempos inmemoriales, desarrollándose de acuerdo con la costumbre del lugar. Tienen la consideración de celebraciones inmemoriales los espectáculos en los que se acredite que tienen una antigüedad de, al menos, doscientos años. El preámbulo de la norma indica que se ha adoptado esta solución ante la insistencia de las movilizaciones en repulsa de espectáculos tradicionales que culminan con la muerte del toro. Asimismo, se pretende compaginar el mantenimiento y protección de la raza bovina de lidia y la adaptación de los festejos a las nuevas sensibilidades sociales.