

EL VALOR INFINITO DE LA EJECUTIVIDAD INMEDIATA DE LOS ACTOS DEL PODER Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y POLÍTICA URBANÍSTICA

THE INFINITE VALUE OF THE IMMEDIATE EXECUTION OF POWER ACTS AND ITS CONSEQUENCES FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION AND URBAN POLICIES

José Eugenio Soriano García¹

Doutor em Direito

Universidad Complutense de Madrid - Madrid/España

RESUMEN: Por el estudio de caso de la demolición de obras ilegales ocurrido en Valdecañas, comunidad autónoma española - Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009 -, el autor usando la metodología histórico-documental y el método deductivo, contribuye con las discusiones sobre la ejecución de las sentencias, medidas cautelares y actos administrativos urbanísticos como un grave problema especialmente ligado al Medio Ambiente.

Palabras-Claves: Acto Administrativo, Urbanismo, Estado Social y Democrático de Derecho, Medidas Cautelares.

ABSTRACT: By the case study of the demolition of illegal works that occurred in Valdecañas, a Spanish autonomous community - Constitutional Court Judgment 22/2009 -, the author using the historical-documentary methodology and the deductive method, contributes to the discussions on the execution of the sentences, preventive measures and urban administrative acts as a severe problem especially linked to the Environment.

Keywords: Administrative Act, Urban Planning, Social and Democratic State of Law, Precautionary Measures.

INTRODUCCIÓN

Propongo explicar la utilización de las medidas cautelares, en la seguridad que algo útil ofrecerán. Y serán el pórtico que utilizaré para dar paso a un examen de lo ocurrido en el asunto “Valdecañas”.

¹ Doctor en Derecho por Bolonia. Catedrático de Derecho Administrativo. Ha sido Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, ha asesorado a varios gobiernos de países de Iberoamérica y ha trabajado en distintos organismos y despachos. Además, es de reseñar su amplísima experiencia docente: Ha impartido cursos, seminarios y charlas en multitud de instituciones como las universidades de Harvard, Fordham, Bolonia, Florencia, Buenos Aires y Rosario (Colombia) y Rio de Janeiro. Fue asesor del Gobierno portugués en evaluación de Universidades Públicas. Es autor de más de 20 libros y asiduo colaborador de publicaciones universitarias y revistas en las que ha publicado una gran variedad de tesis y artículos.

Haré así alguna reflexión y comenzaré por la grave cuestión de la propia ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico ligado con el medioambiental, algo que está directamente ligado con el asunto “Valdecañas” según demostraré.

La ejecución de las Sentencias urbanísticas es un grave problema especialmente ligado al Medio Ambiente. Y lo es, porque como otro sector de la doctrina ha indicado, la inejecución es consecuencia de la inevitable tendencia inercial a mantener el *status quo* que padece la Judicatura Contenciosa, siempre anhelante de manifestar su *prejugé favorable* a las actuaciones del poder.

En efecto, uno de los marcos será el trabajo “Demolición de obras ilegales, restablecimiento de la legalidad y tutela judicial efectiva. Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de marzo de Ignacio Rodríguez Fernández² - Fiscal de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía Provincial de Granada -, tiene el singular valor de proceder ya, directamente, de la Fiscalía.

1 EL JURISTA COMO PREDICADOR. REFLEXIONES DE ANTAÑO

Lo paradójico del caso es que hoy, en 2022, no se ha superado esta descripción que continúa manteniendo íntegro todo su valor, ya que lamentablemente no se han actuado en modo alguno, técnicas de prevención, vía medidas cautelares, que impidan el desastre ambiental, ya que se actúa siempre “a toro pasado”, esto es, cuando ya se han comenzado, o incluso terminado, las construcciones, edificaciones, en fin, la suma de hormigón, mortero y aluminio, que se sitúa exactamente en el lugar donde antes la naturaleza tenía creado, sin que existan de momento, alternativas a la vista. Lo cual dice mucho del juego del entramado de poder entre todas las Administraciones, sin importar su color político, y la existencia de intereses económicos concretos sobre ámbitos territoriales.

Lamentablemente, si progresista y progresismo consiste en avanzar, resueltamente hay que indicar que en España eso no se ha dado. Continuamos con el puro ejercicio de poder, en que el partido político que logre sumar los apoyos necesarios (o con suerte extraordinaria, una mayoría absoluta) dicta -

² RODRÍGUEZ FÉRNANDEZ, Ignacio. “Demolición de obras ilegales, restablecimiento de la legalidad y tutela judicial efectiva. Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de marzo”, *Revista General de Derecho Administrativo* n. 22 octubre 2009, (RI \$408339). Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1&numero=22 Acceso en 6 mar. 2022.

la expresión no es inútil - repito, dicta sus políticas sin rubor ni freno.

El Poder Judicial en España, luego insistiré, sigue en lo que se refiere a la cúpula, en manos de la más completa politización, y aunque la Unión Europea ha llamado levemente la atención del Gobierno, mientras no se formalice un acto realmente contrario a la actual concentración de poderes, nada se puede esperar y la politización continuará. Concentración de poderes que, con toda evidencia, supone que un partido, o una coalición de partidos - simétrica o asimétrica - dispone de todo el poder para designar la cúpula judicial (Tribunal Supremo, principalmente). Con todas sus consecuencias.

Asimismo el Gobierno, para evitarse molestias, prescinde del Parlamento cuando le place, gobernando a través de un instrumento contumaz y ejecutivo como es el Decreto-Ley. Esto es, un arma fulminante y contundente con la cual el Ejecutivo y su Gobierno puede en horas veinticuatro acabar con lo que dijo ayer el Parlamento, cambiar de criterio, innovar sin límites, sustituir al propio poder reglamentario dictando actos con fuerza ejecutiva, con lo cual, apenas nada se puede combatir desde la justicia ordinaria. Esto es, como sabemos, en el sistema de fuentes, aparece el Reglamento como norma subordinada del Ejecutivo que, siempre sometida a la Ley, la desarrolla puntualmente. Ahora bien, si se da el caso de que la materia que propiamente iba a ser regulada por un reglamento, pasa a alzarse en el sistema de fuentes, mediante una subida que permita que dicho ámbito sea regulado por un Decreto-Ley, como éste tiene fuerza de Ley, no se puede enjuiciar por la Justicia ordinaria. Como mucho, quedará en manos de un Tribunal Constitucional, apelativo éste un tanto exagerado pese a su consolidación, ya que propiamente no es tanto un Tribunal de Justicia, como un salón de reflexión última sobre el sistema constitucional, ofreciendo sus criterios más o menos politizados, sobre gran cantidad de cuestiones. Al menos en lo que hace a los recursos de inconstitucionalidad, siendo algo diferente en lo que hace al recurso de amparo, tema en que ahora no podemos entrar. Pero baste indicar que si los denominados Magistrados del Tribunal Constitucional son elegidos por un período temporal limitado, tienen a su vez la independencia limitada. Solo quien puede permanecer más allá del tiempo en que se le puede “recolocar” u “olvidar”, esto es, solo cuando tienen tiempo absolutamente ilimitado hasta su jubilación, que incluso se debería prolongar, podemos considerar que en efecto nos encontramos ante un genuino tribunal.

Por eso, sin pudor alguno, los juristas más conformes con el sistema y

que lo contemplan descriptivamente, no críticamente, alaban la existencia de tales tribunales constitucionales. Los cuales, justo es decirlo, suponen ya un avance considerable, tanto en su formulación kelseniana como en la variante norteamericana, si bien esta última tiene, en este punto concreto de la actividad, la ventaja de que no pueden ser jubilados (a cambio, parece excesivo el nombramiento solo por el Presidente de los Estados Unidos, con veto, en su caso, del Senado).

Ciertamente, a partir de la existencia de un, así llamado, Tribunal Constitucional, puede afirmarse que la Constitución es una norma jurídica y no una mera y oportunista reflexión de carácter político con un contenido meramente orientativo.

En España, con la Constitución de 1978, se dio el paso, primero en su historia, de disponer de un Tribunal Constitucional al modo de los Europeos, que también tienen limitada la permanencia en su sede de los nombrados, algo que asimismo se extiende a los Tribunales Europeos (se les nombra aquí por seis años, algo que cuestiona en alguna medida su jurisprudencia, ya que, de una parte, los magistrados están pendientes de su jubilación, o de su renovación, lampando por conseguir esta última)³.

Desde luego, con todas las precauciones posibles, habría que conseguir que los Tribunales Constitucionales y los Tribunales de Justicia de la Unión Europea, fueran organizados con Magistrados permanentes, no meramente provisionales, como son, todos, ya que todos están pendientes de sus Gobiernos para conseguir que éstos les renueven el mandato (que no es imperativo desde luego, pero no es posible olvidar que antes de ser elegidos, en el “pase de modelos” que organizan *los partidos políticos, se les “lee la cartilla”, de forma que luego, si se desvían, acaba teniendo en la medida de lo posible, retorsión, normalmente en la forma de, al menos, ostracismo en su carrera*).

Si ideal de los tribunales constitucionales y europeos es, como indicado, que cesen solo con su jubilación, también es necesario confirmar que normalmente tienen que justificar en parte siquiera, su posición en una sentencia). Suponen en todo caso un avance ya que, inclusive cuando su resolución es gravemente equivocada, pueden despertar reacciones, no solamente políticas sino también en su prestigio personal, en su desempeño ulterior, que acaba formando parte desde luego, del sistema de contrapesos

³ BOE. Constitución Española. Cortes Generales. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Referencia: BOE-A-1978-31229. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf> Accedido en 10 mar 2022.

que el diseño constitucional supone.

Luego insistiremos sobre el particular, realizando una breve reflexión sobre Democracia y Estado de Derecho.

Comienza Rodríguez Fernández su trabajo, indicando:

La Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de marzo, ha puesto fin a un expediente que empezaba a proliferar en la práctica contencioso-administrativa: la suspensión de la ejecución de la orden de demolición acordada en Sentencia firme a la espera de la aprobación de una innovación de planeamiento que puede suponer la legalización de las obras.

(...)

Al afirmar la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009 que la demolición es una medida restauradora de la legalidad, viene a fortalecer la interpretación que, desde antiguo, ha elaborado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de la medida de demolición de obras ilegales contemplada en la normativa urbanística. Esta jurisprudencia es una muestra destacable de calidad técnica y lucidez práctica que, por desgracia, no ha llegado a plasmarse suficientemente en el terreno de los hechos⁴.

Apunte aquí el leyente que esta crítica coincide punto por punto con la que habíamos realizado nosotros, por lo que no puede calificarse nuestra postura ni de imprudente ni de exagerada.

Y sigue señalando el Fiscal Rodríguez Fernández:

La razón puede estar en una fatal combinación de grandes dosis de deslealtad de las Administraciones implicadas y de una seria falta de confianza de los propios Tribunales del orden Administrativo en sus capacidades de ejecución forzosa⁵.

De este modo, el derribo se erige en consecuencia directa e inseparable de la anulación. Aunque en principio la demanda sólo se refiera a la ilicitud del acto, es parte del fallo jurisdiccional y debe ser, primero, acordada, primero, y después, ejecutada. En las palabras de la Sentencia de 22 de julio de 2005 - Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5^a:

... tratándose de obras realizadas al amparo de una licencia que contraviene normas urbanísticas, la anulación de esta comporta la

4 RODRÍGUEZ FÉRNANDEZ, Ignacio. "Demolición de obras ilegales, restablecimiento de la legalidad y tutela judicial efectiva. Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de marzo", *Revista General de Derecho Administrativo* n. 22 octubre 2009, (RI 5408339). Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1&numero=22 Acceso en 6 mar. 2022.

5 RODRÍGUEZ FÉRNANDEZ, *Op. Cit.*, 2009.

obligación de demolición de aquéllas; de suerte que, ni la Sentencia que acuerda ésta, aunque no hubiera sido pedida, es incongruente, ni se rebasa el sentido del título ejecutivo cuando se ordena tal demolición en la fase de ejecución pese a que el título sólo contuviera explícitamente el pronunciamiento anulatorio de la licencia⁶.

Y otra Sentencia de 28 de abril de 2004 - Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5^a:

Si las cosas fueran como el Ayuntamiento recurrente quiere, le bastaría a la Administración con guardar silencio para que todas las Sentencias estimatorias tuviesen sólo el efecto de volver a dar a la Administración una segunda oportunidad para hacer lo que no hizo, con grave quebranto de las facultades jurisdiccionales (artículo 67.1 de la Ley). El Tribunal ha de ordenar, en definitiva, la demolición como consecuencia legal inherente a la Jurisdiccional) y del derecho de los demandantes a una efectiva tutela judicial (artículo 24 CE) ... anulación de la licencia, sin que esto suponga ninguna incongruencia respecto a una pretensión puramente anulatoria ni la sustitución ilegítima de las potestades de la administración, pues ésta vulneraría el ordenamiento jurídico no acordando la demolición, que es una consecuencia puramente reglada.⁷

Así, es frecuente que la Administración obligada a la ejecución del fallo - incluso cuando ella misma ha instado la nulidad de la licencia - trate después de evitar el derribo, poniendo toda suerte de obstáculos a la ejecución de la Sentencia que lo acuerda.

En las lucidísimas palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de mayo de 2005:

... resulta desalentadora la actitud municipal que, ante una vulneración de la legalidad urbanística, parece actuar meramente a efectos formales, sin intención alguna del ejercicio sincero de las competencias y obligaciones otorgadas, consolidando situaciones fácticas ilegales que no encuentran amparo en Derecho⁸.

Un ejemplo de esta jurisprudencia es la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de enero.

Ha consistido este proceder en la suspensión de la ejecución de demolición ordenada en Sentencia firme.... Este último, dictado

⁶ Sentencia de 22 de julio de 2005 - Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a.

⁷ Sentencia de 28 de abril de 2004 - Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a.

⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de mayo de 2005. Sala de Sevilla, Sección 2^a.

en la ejecutoria 22/2005, suspendía parcialmente el cumplimiento de la Sentencia del mismo Tribunal de 28 de noviembre de 2001..., otorgándose de este modo “más valor a los posibles perjuicios de quien construyó infringiendo el ordenamiento jurídico-urbanístico y al propósito de la Administración demandada de legalizar tan irregular construcción [...] que a quien, como el demandante de amparo, pretende la completa efectividad de la legalidad declarada por los tribunales de justicia”⁹.

El Tribunal Constitucional estima en la Sentencia 22/2009 el recurso interpuesto. Por fin, el Tribunal Constitucional concluye que los dos autos del Tribunal Superior de Justicia de Asturias vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva “desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos”¹⁰.

Quede indicado que, si después de esta Sentencia del Tribunal Constitucional, un alcalde decide legalizar lo que en Sentencia ejecutable se ordena demoler, incurre en prevaricación. Y que puede existir, vía acción pública, amplias acciones para exigirla. Y los Fiscales deben actuar.

Pero quede indicado también que la gran dificultad, el inmenso inconveniente, es que cuando la Sentencia llega, llega siempre tarde. La obra ya está realizada y los costos económicos, la presión social, la coerción política, corroen las posibilidades de ejecutar la Sentencia. Y mientras, el Urbanismo está en manos del Agente Urbanizador y el Parlamento Europeo nos acusa de clara corrupción urbanística y de que los Jueces españoles reconocen que no están preparados para combatirla.

2 EN BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN EFECTIVA: LAS MEDIDAS CAUTELARES, CON ORALIDAD Y MODIFICACIÓN DEL TURNO DE REPARTO

¿Qué es, en definitiva, la corrupción política urbanística para el Derecho? Pues sencillamente hacer de las normas públicas un negocio. Transaccionar con el acto administrativo en contra de las Leyes, poniéndole precio. Crear un “Mercado de Actos Administrativos”, que como un zoco, ofrece sus averiadas mercancías al mejor postor, para ventaja agiotista de municipales, empleados

9 BOE. Sentencias. «BOE» núm. 49, de 26 de febrero de 2009, páginas 57 a 61 (5 págs.). Sección T.C. Suplemento del Tribunal Constitucional, Departamento Tribunal Constitucional Referencia BOE-A-2009-3330. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/26/pdfs/BOE-A-2009-3330.pdf> Acceso en 2 mar. 2022.

10 RODRÍGUEZ FÉRNANDEZ, Ignacio. “Demolición de obras ilegales, restablecimiento de la legalidad y tutela judicial efectiva. Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de marzo”, *Revista General de Derecho Administrativo* n. 22 octubre 2009, (RI §408339). Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1&numero=22 Acceso en 6 mar. 2022.

públicos, y demás paniaguados.

El pionero trabajo “Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, realizado por la Dra. Blanca Lozano Cutanda Catedrática de Derecho Administrativo Universidad del País Vasco (UPV/EHU)¹¹, pone de manifiesto con claridad la gravedad del problema y la necesidad de encontrar remedios ahora y aquí, dentro de nuestro ordenamiento, para reconducir la situación.

Mucho de lo que sucede en los fenómenos corruptos es consecuencia de colocar, desde la cuna hasta la tumba, un acto administrativo puramente discrecional y que puede cambiar cuantas veces quiera el político de turno. El urbanismo hoy se negocia. La existencia de convenios urbanísticos, urbanismo concertado, Agente Urbanizador, son los ejemplos claros que el Parlamento Europeo (Informe Auken) ha demostrado que están en la base de toda la corrupción. Eso, y la falta de respeto al derecho de propiedad, que es un derecho fundamental en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el Convenio Europeo, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el Pacto de Nueva York de libertades, en fin, en todos los lados, menos en la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y parte de nuestra doctrina, que sigue aferrada a la idea del “terrible derecho” que desde Stefano Rodotà¹² se ha convertido en un mantra repetido monótonamente, y que como todo lugar común ha acabado perdiendo sentido de la realidad. La Unión Europea, pragmáticamente, está cambiando esta situación poco a poco.

En todo caso, lo que no se puede es seguir enfrentando Democracia con Estado de Derecho. Es decir, lo que no cabe es que la mayoría oportunista de un Ayuntamiento cambie y recambie, califique y recalifique, sin cesar y con bastante ocultación, lo que el Plan y la regla de Derecho tiene establecido.

Pero cuando así se actúa, y esta es exactamente la base de la corrupción, la fórmula descubierta hace más de medio siglo se llama medida cautelar.

Éstas son medidas que adopta el Juez mientras el juicio está teniendo lugar, no después, cuando ya no se puede hacer nada, ni siquiera, ejecutar la Sentencia

La fórmula para acabar con este indecoroso estado de cosas no es muy

11 LOZANO CUTANDA, Blanca. “Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública* n° 172. Enero/abril 2007, pp. 339-361. Disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/26506rap172011.pdf> Acceso en 10 mar. 2022.

12 RODOTÀ, Stefano. *El terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

complicada. Exige, eso sí, un esfuerzo de trabajo por la Judicatura y asumir conciencia de su propio valor.

Son tres los pasos que hay que dar, por lo demás, según he contrastado con los propios Magistrados, perfectamente posibles.

Primer paso: Otorgar de inmediato, la medida cautelar y sin fianza alguna.

Segundo paso: Cambiar el turno de reparto por evidente urgencia, ya que en todos, absolutamente todos los casos en que se va a transformar irremediabilmente la realidad por una obra física, siempre existe *periculum in mora*. (una vez construida la obra, removida la tierra, realizada la urbanización, hecho el objeto del contrato, ya se habrá siempre transformado la realidad de manera totalmente irreversible).

Tercer paso: convocar a Vista Oral, inmediata para que las partes entren directamente en el fondo del asunto. La Vista oral, es imprescindible, no sólo porque lo demande la Ley en los casos en que la competencia es del Juzgado de lo Contencioso, sino porque es perfectamente posible acordarlo así en todos los casos. Vista que en estos casos, debe ser todo lo extensa que proceda, ya que el Juez o Tribunal va a poner Sentencia inmediata sobre el fondo del asunto. Sentencia que deberá tener DOS características, perfectamente ajustadas a nuestro Derecho: de un lado, no debe tardar mucho y en la práctica, no demorarse más que un mes. Y en segundo término, debe ir siempre acompañada de condena en costas. Pero notemos, condena en costas por el trabajo efectivamente desplegado, y además fijada por el propio Juez, como ya hace con satisfactoria frecuencia el propio Tribunal Supremo. La condena en costas no puede ser en estos casos, lugar para resarcirse de un posible daño emergente, porque por definición, en tan corto plazo de tiempo, no habría daños. Y, afortunadamente, lo que está imponiendo el Tribunal Supremo (Contencioso) en costas no es la barbaridad con que actúan los Jueces de lo Civil, que remiten a baremos del Colegio de Abogados, que no tienen nada que ver con la realidad, y que actúan como obsoletos sistemas arancelarios, que son totalmente irreales y muy lesivos para quien resulte condenado.

Tres medidas, tres. Y los Jueces de lo Contencioso serán “estrellas”, desde luego, pero de un firmamento en que el astro rey será, ya la Justicia. Y con tales luceros, lograrán la gratitud y reconocimiento de los ciudadanos honrados, que siguen siendo la mayoría.

En España, cuando se quiere, las medidas cautelares funcionan, como

así sucede en extranjería, donde se consiguen acciones fulminantes “inaudita parte” en apenas dos o tres horas. Y las otorgan los Jueces Contenciosos. No sería una innovación radical, sino una aplicación paliativa de una amenaza, como es la corrupción urbanística, que puede laminar la confianza civil y política hasta extremos realmente dañinos y con graves consecuencias.

Hace ya tiempo, tuve ocasión de conocer, por razones familiares, un pleito en Austria, en los Tribunales de Viena, que versaba sobre energías renovables en un asunto varias veces multimillonario.

Aunque ha transcurrido ya espacio temporal, les narro en forma de anécdota el suceso, que muestra bien a las claras, las posibilidades de actuación. Sucedió hace ya trece años, lo que muestra que en alguna jurisdicción progresiva, se han sabido adoptar medidas como las que aquí, revolucionariamente según parece, propongo.

El 15 de diciembre de 2009, la parte contraria solicitó medidas cautelares que fueron concedidas “inaudita parte” el 17. El lunes día 4 de enero de 2010, tuvo lugar la Vista. Duró diez horas (con una ligera interrupción para tomar un refrigerio) y con una traductora, manejando Derecho español y austríaco y comunitario, la Juez, a las 12 de la noche, clausuró la Vista, habiéndose enterado perfectamente del asunto, tan complicado y con tantos intereses económicos como cualquiera de Urbanismo aquí en España. La Vista fue inteligente, con autoridad pero nada autoritaria, con cortesía y corrección, permitiendo explayarse si la Juez entendía que ese punto no estaba claro, solicitando además de veracidad en los hechos, opiniones en determinados aspectos aclaratorios de las decisiones empresariales que se habían tomado y por qué. En fin, sumó los hechos, con exactitud y precisión mas con extensión también y luego se informó de por qué se actuaba y que suponía también para un empresario extranjero la asimetría en la información sobre las tecniquerías legales locales. En fin, tuvo un juicio ponderado completo, dirigiendo el debate y con evitación de circunloquios al mismo tiempo permitiendo ofrecer la opinión, por ejemplo, de en qué consistía en concreto la mala fe de la otra parte en nuestra opinión, exigiendo referencias concretas. En fin, un acto de verdadera justicia.

El día 11 de enero de 2010 ya estaba la resolución, que además se ejecutó de inmediato. ¡Eso es Justicia! Claro que los Jueces tienen que realizar un esfuerzo, sacrificio y trabajo que, hoy por hoy, sigue estando entre nuestros mejores sueños.

3 DEMOCRACIA VERSUS ESTADO DE DERECHO

Consecuencia del populismo universal que ha invadido la política, desde Estados Unidos a Brasil, pasando desde luego por España muy principalmente, la más grave cuestión que se presenta de cara a la legitimación del sistema político es la pugna entre Estado de Derecho y Democracia.

Son decenas de libros, artículos, ensayos, los que vienen a mostrar lo que sucede cuando la Democracia carece de normas y en autoreferencia se legitima a sí misma con olvido de lo que la Ley y el propio Derecho supone.

Con desdén infinito, nadie quiere mirar lo que ocurrió en la Alemania de entreguerras, ni examinar lo que llevó a Hitler a ganar holgadamente las elecciones de 1933. Indudable apoyo del pueblo. En este caso, del pueblo alemán, tan culto y preparado técnicamente, lleno de premios Nobel, poetas, músicos, literatos y sobre todo, científicos de primer nivel.

Nada de eso bastó para frenar la deriva en que la Democracia acabó con la Constitución de Weimar. Carl Schmitt, pudo así desplegar su ingenio maligno¹³ que, como el de otros, Heidegger por supuesto, vinieron a colmar las lagunas que la brutalidad y grosería nazi tenía como matriz¹⁴.

Pues bien, el populismo de nuestros días se caracteriza, resueltamente, por volver a arrumbar al Derecho y sus Leyes al baúl de los recuerdos. La palabra del Jefe, (sea quien sea, en Brasil, España, Chile, no digamos Nicaragua, Venezuela, Cuba...) es la pócima mágica de la “ciencia” política para alcanzar sus objetivos únicos: mandar y colocarse ellos mismos, haciendo sucumbir a los demás.

Valgan estas reflexiones sobre la absoluta necesidad de recuperar, también en Medio Ambiente, lo que el Derecho exige.

De nada, absolutamente de nada, sirve una sentencia que por definición llega tarde ante una situación como la medio ambiental, inequívocamente irreversible. Hay que actuar en el momento oportuno, que hoy por hoy, procesalmente no existe, en gran medida, por la tendencia judicial a que el *tempo lento* sea su genuina dimensión¹⁵.

A mi juicio, esto supone, resueltamente, que el Poder Judicial sea tal, no

13 SERRA GIMÉNEZ, F. Carl Schmitt, “Teórico”: de la Constitución de Weimar. Pensamiento. *Revista de Investigación e Información Filosófica*, v. 72, n. 272 Extra, p. 505-521, 11. DOI: <https://doi.org/10.14422/pen.v72.i272.y2016.003>

14 WEITZ, Eric D. *La Alemania de Weimar. Presagio y tragedia*. Traductor Gregorio Cantera. Madrid: Turner.

15 SORIANO GARCIA, José Eugenio. “El Derecho Administrativo y los desafíos del Siglo XXI.” *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas. Publicado en 01/05/2011. pp. 247 - 276.

meramente un aparato burocrático encargado de gestionar la “administración de justicia” como cualquier otro servicio público. En realidad, no es un servicio público sino cabalmente toda una función pública propia del Estado *sine qua non* éste ni siquiera existe como tal. No es concebible un Estado sin Poder Judicial y sin embargo, en medida no desdeñable, eso es lo que tenemos¹⁶.

Ciertamente que el poderoso Poder Ejecutivo, o más precisamente, el Poder del Partido, con sus inequívocas alianzas mediáticas, - televisión, periódicos y de forma un tanto anárquica las redes sociales - disponen de medios suficientes para ahogar al Poder Judicial y reducirlo. Reducirlo a un conjunto burocrático de pequeño alcance y escasa índole que gestiona los pequeños problemas. Pero cuando éstos son problemas grandes y graves, ya se encarga el Poder del partido y sus terminales mediáticas de solventar cualquier cuestión. Y doblegar e inspirar miedo a los Jueces, algo que es más frecuente de lo que hasta ahora nadie se atreve a decir.

De ahí que el, así llamado, “Poder Judicial”, acabe siempre teniendo que aceptar la presión mediática, administrativa, y desde luego, política del partido que mande, y eventualmente, también del partido o los partidos de la oposición, que con toda claridad, acaban pactando asimismo, liquidar lo que de los jueces les moleste o perturbe, pensando, si acaso, en que cuando ellos también lleguen al poder de verdad, al Poder Ejecutivo, ningún Juez acabará poniendo trabas, investigando, examinando lo que en su momento le toque realizar¹⁷.

La verdadera “ley mordaza” es la que, a través de los medios, las subvenciones, las ayudas, los auxilios económicos, logran impedir que la justicia hable. Y si es necesario, se les asalta incluso personalmente, ridiculizando su gestión, sus sentencias, examinando su vida personal, en fin, logrando que acaben sometidos y que así, siempre ya, el Derecho sucumba frente a la, así llamada, Democracia.

Hay que tener en cuenta que, en algunos países, desde luego en España, la Ley Electoral está pensada y organiza las elecciones, para que con el llamado “sistema de listas”, el Jefe elige a todos, quienes, normalmente, no tienen sitio alguno donde caerse muertos sin que el partido les coloque. Y así, asaltan las empresas públicas, las instituciones, en fin, politizan todo y acaban siendo siempre mariachis y palmeros que en su devota actitud esclava, aplauden lo que dice siempre el Jefe, tanto si hoy dice una cosa como si hoy

¹⁶ SORIANO GARCÍA, José Eugenio. *El Poder, la Administración y los Jueces*. Madrid: Editorial IUSTEL. 2012.

¹⁷ SORIANO GARCÍA, *Op. Cit.*, IUSTEL. 2012.

mismo cambia de opinión.

Y mientras tanto, los no favorecidos por el poder, pagando fiscalmente a todos los dirigentes, miembros, amigos y colocados, y favoreciendo una sociedad subvencionada en la que todos deben reverencia al Jefe.

Con estos mimbres hay que construir, sin embargo, el supuesto control judicial sobre las prácticas ambientales, lo que ya de por sí nos lleva, directamente, a reconocer que no es posible. El medio ambiente responde a la vieja tesis de los bienes comunes, que por ser de todos no son de nadie. Y así, al final, nadie los protege.

De ahí que se explique perfectamente que casos como el que nos convocó en el congreso hispano brasileño celebrado en Madrid, tengan perfecta explicación. La lentitud del poder judicial, la existencia clara de un procedimiento judicial que hace del proceso algo parecido al famoso de Kafka, dada sus extrañas evoluciones e involuciones, sus marchas atrás y adelante, la complejidad añadida a la ya de por sí difícil solución con el método tradicional, solamente se explican desde la posición de un Estado que no quiere realmente que el Poder Judicial sea tal.

4 APUNTES A UN CASO CONCRETO. VILLACAÑAS Y EL FRACASO DEL MODELO JUDICIAL POR OBRA DE UN ESTADO SIN GENUINA DIVISIÓN DE PODERES

Partiendo de que, en España, el denominado Poder Legislativo coincide en su proyección con el Poder Ejecutivo, en fusión parcial dominante, a través de los partidos políticos, de manera tal que existe un denominador común entre el Jefe del Ejecutivo, a su vez Jefe del Partido, y su proyección legislativa.

Sólo escapa, inicialmente, de tal concentración de poderes, en la que el Jefe es el que maneja las listas electorales, hasta ahora, el Poder Judicial.

Ahora bien, en España, hasta ahora, los jueces acceden a sus puestos iniciales a través de un duro sistema de oposición, en que han de mostrar y demostrar sus conocimientos. Pero, y este pero es importante, luego, para llegar a la cúpula del Poder Judicial, son los partidos políticos reunidos en un, mal llamado, Consejo General del Poder Judicial, es que nombra a los miembros del Tribunal Supremo, en un vergonzoso reparto de cuotas políticas. Luego las Sentencias, en los asuntos en que intervienen temas de interés para los partidos políticos, en todos los órdenes jurisdiccionales, acaban siendo

del gusto de quienes efectivamente mandan, o si no lo logran, al menos harán Votos Particulares encaminados a que en efecto luego se logre el indulto por el Poder Ejecutivo o lo que al final, quiera éste.

Estamos en un Estado de Partidos, no en una división de poderes. Y el que diga lo contrario, falsifica la realidad.

Un asunto recurrente en todo lo que hace a Urbanismo y Medio Ambiente es el referido a la corrupción. Esto es, a la venta del acto administrativo, lo que implica que mediante precio se pone en comercio la legalidad. Algo muy sencillo de construir aquí, ya que lo que impera en el Urbanismo y en el Medio Ambiente es con toda evidencia, la legalidad y la actividad administrativa.

El medio, el terreno, es el que es. Y solo la mano del hombre la transforma. Y la transforma en nuestros días a través de la legalidad urbanística y medio ambiental. Hay que construir una previa palanca legal y administrativa, que actúa como el *deus ex machina* de la transformación, para conseguir que sea adecuada al bien público en juego, la modificación que sobre él se proyecta, normalmente con carácter irreparable e irreversible. Ya sabemos que la arquitectura es técnica a la vez de construcción y destrucción. Allí donde la obra del arquitecto actúa, la previa naturaleza, en forma de terreno, sufre una modificación prácticamente definitiva. Y el acierto, o desacierto, la gracia o desgracia con la que este técnico y su cohorte de ingenieros y auxiliares, actúa, supone para todos, para la comunidad entera y al final para la propia sociedad, el cambio definitivo, plausible o no, de realización de una obra que está destinada a permanecer y a sustituir lo que otrora fue campo, ámbito rural, en definitiva, naturaleza.

De ahí que la tentación de comprar el acto administrativo sea fortísima y desde luego, sin género de dudas, es lo más claro que ofrece el sector público para conseguir el rápido enriquecimiento. De ahí, desde luego, la perversión asociada al urbanismo y la necesidad de medidas preventivas para evitar el desastre, otra razón más para adoptar medidas cautelares, ya que no interesa solo el castigo del culpable o del responsable, sino desde luego, la preservación del bien público en juego.

Igualmente hay que precaverse de otra forma de corrupción que es la conmisericordia, ya que políticos y jueces, frente a la ocupación de terrenos por puro aluvión humano, que literalmente destrozan ámbitos donde a todos los demás se nos impone, cabalmente y con razón, que procedamos a exigir licencia y un acto administrativo completo, resulta que frente al pobre,

dicho genéricamente, no se atreven jueces y políticos a aplicar la ley. La ley se entiende que es desigual, también en este caso, ya que la fortaleza de las exigencias administrativas se reserva para la vía ordinaria, incluso con exageración inusitada. Sin embargo, si simplemente se ocupan terrenos por quienes por miseria se incorporan a esa zona, provenientes de donde sea, nacionales o no, automáticamente se debilitan las exigencias, haciendo bueno lo indicado: el medio ambiente al ser de todos no es de nadie y si de nadie es, puede ser, si la debilidad, caridad o conmiseración lo impone en forma de corrección política, sacrificado.

Es necesario introducir racionalidad, empezando porque la ley ha de ser igual para todos y no admitir excepciones por pura práctica basada en el temor de la descalificación política, periodística o similar. Naturalmente ello exige medidas preventivas, atender a las necesidades con carácter previo, conocer los flujos de migración y desplazamiento, hacer un cálculo preciso y lo más exacto posible de la cuantificación de las necesidades y su traducción económica y desde luego difundirlo en la sociedad mediante debates racionales, no meramente pasionales basados en la pura ignorancia del observador de turno, normalmente algún periodista poco informado.

La cuestión aquí es, pues, que el medio ambiente se protege frente a todos menos frente a la corrección política. Y ésta es la situación en la cual ningún político ha tenido el coraje de encarar el tema, ya que siempre pensando en el corto plazo de la próxima elección, se adaptan siempre a la pura corrección política de manera inevitable. Y de momento no se avizoran soluciones ya que ni siquiera la creación de organismo independientes resistiría la presión política y mediática, basada en la compasión, falsificada, sobre las necesidades, infinitas y crecientes, que basculan sobre el medio ambiente. Habrá que seguir reflexionando, pero mientras no se consiga una política de comunicación seria sobre este tema, el cambio climático, por ejemplo, regirá para todos menos para quienes puedan apoyarse en tales “soluciones” políticamente correctas.

Apliquemos al caso Valdecañas, en trazos gruesos como aquí corresponde, lo que acabamos de decir.

Valdecañas se sitúa en una zona muy pobre de España, Extremadura, feudo de un partido político desde hace décadas.

Apuntándose a la gran exigencia medioambiental europea, y pretendiendo demostrar que Extremadura era la región “más verde de Europa”, se incluyó

una parte considerable de un área extensa de una de sus regiones a la denominada ZEPA. (zona de especial protección para las aves).

En el momento inicial, con alegría desbordante, se incluyó dentro de una región absolutamente empobrecida, un apéndice de un embalse, que formaba una suerte de isla o península y cuyo destino había sido hasta el momento, de puro basurero, anteriormente de zona de trabajo, finalmente, carente en sí de nidificación de aves. Pero esta formalmente incluido en tal zona ZEPA.

Ante la situación de pobreza y falta de recursos, la propia Junta de Extremadura realizó, sin modificar formalmente el ámbito de protección, la aprobación de un proyecto de realización de una urbanización de lujo (relativo) en la zona. Por fin, dado que según la declaración medioambiental de la propia Junta de Extremadura, no se perjudicaba a las aves, podría redimirse el espacio.

Y comenzaron las obras.

En ese momento, no se adoptó por nadie, oposición con petición de medidas cautelares, si bien, pronto, tuvo lugar dicha petición que, a mi juicio, habría servido para resolver en tiempo todas las cuestiones. Pero el Tribunal de Justicia de Extremadura (TSJ) solicitó una cantidad exorbitante a quienes recurrieron, ecologistas, los cuales, naturalmente, no podían hacer frente a la situación.

Por resumir mucho la cuestión, el TSJ, dictó Sentencia final, cuando ya toda la urbanización estaba realizada en favor de los ecologistas, ya que no se había modificado la zona ZEPA, solución que, de haberse hecho a tiempo, pese al coste político que conlleva una rectificación (algo que la soberbia de un partido que eternamente manda en Extremadura no estaba dispuesta a hacer), habría podido evitar el enorme costo que ahora hay que soportar por las arcas públicas.

Porque en efecto, el TSJ admitió como solución que se derribara lo que no estaba construido, pero el Tribunal Supremo, en una Sentencia formalmente correcta pero que no atiende a la totalidad de las posibilidades que la interpretación técnica de las leyes permite, acaba de indicar que hay que derribar todo.

Con lo cual, la pobreza en la región resucita, el daño ambiental de la demolición es inmenso y las expectativas apenas resisten continuar ofreciéndose como solución para quienes confiaban en la palabra de la

Administración.

Es un caso de absurda resistencia a la adopción de unas medidas que, a tiempo, habrían permitido atender a la realidad sin hacer grave daño a los intereses de los pueblos de la zona y a los derechos de los terceros perjudicados.

Ya veremos si pese a la Sentencia del Tribunal Supremo se acaba derribando toda la urbanización.

Pero en todo caso, lo que corresponde realizar aquí como observación académica es que, al igual que ocurre con el cáncer, cogido a tiempo tienen muchas veces solución. Pero cuando se abandona el tratamiento y surge la metástasis, definitivamente, no cabe más que enterrar en sepultura toda una política, una economía y un hacer que de forma solvente atienda a la totalidad de los derechos e intereses en juego.

CONCLUSIONES

El asunto Valdecañas ha sido reflexión obligada sobre lo que supone el Derecho en relación con el Medio Ambiente.

La excesiva corrección política es inevitable que acabe dañando no solo el medio ambiente sino asimismo soluciones propias de todas las políticas propias de un Estado Social y Democrático de Derecho, ya que puede ocurrir, como en el caso estudiado, que efectivamente aparezcan malas concepciones territoriales basadas en un fundamentalismo previo que luego políticamente las Administraciones y los partidos políticos se encargan de intentar mantener confiando en que lo hecho no se modificará, mucho menos se derribará, por orden judicial.

La justicia ha pasado de apenas atender en la ejecución de sentencias a exigencias de efectiva aplicación del contenido de la resolución con la consecuente demolición de lo construido a todo lo contrario. Ha pasado de un extremo a otro, derribando y haciendo escombros de edificaciones que realmente eran compatibles con el medio ambiente y desde luego con las necesidades sociales de la zona.

Existiría una solución si se adoptara la fórmula de las medidas cautelares, fórmula mágica de la ciencia jurídica que cuando se ha aplicado ha dado resultados mucho más positivos que cuando se plantea simplemente continuar en el *eterno ritornello* de los litigios ordinarios.

Como indicó el Maestro de todos, Eduardo García de Enterría, “la batalla

por las medidas cautelares”¹⁸ es la batalla por el Estado de Derecho.

Caveat cónsules!

REFERENCIAS

BOE. Constitución Española. Cortes Generales. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Referencia: BOE-A-1978-31229. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf> Accedido en 10 mar 2022.

BOE. Sentencias. «BOE» núm. 49, de 26 de febrero de 2009, páginas 57 a 61 (5 págs.). Sección T.C. Suplemento del Tribunal Constitucional, Departamento Tribunal Constitucional

Referencia BOE-A-2009-3330. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/26/pdfs/BOE-A-2009-3330.pdf> Acceso en 2 mar. 2022.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso Contencioso-Administrativo español**. 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2006.

LOZANO CUTANDA, Blanca. “Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, **Revista de Administración Pública** nº 172. Enero/abril 2007, pp. 339-361. Disponible en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/26506rap172011.pdf> Acceso en 10 mar. 2022.

RODOTÀ, Stefano. **El terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

RODRÍGUEZ FÉRNANDEZ, Ignacio. “Demolición de obras ilegales, restablecimiento de la legalidad y tutela judicial efectiva. Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de marzo”, **Revista General de Derecho Administrativo** n. 22 octubre 2009, (RI §408339). Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=1&numero=22 Acceso en 6 mar. 2022.

SERRA GIMÉNEZ, F. Carl Schmitt, “Teórico”: de la Constitución de Weimar. **Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica**, v. 72, n. 272 Extra, p. 505-521, 11. DOI: <https://doi.org/10.14422/pen.v72.i272.y2016.003>

SORIANO GARCIA, José Eugenio. “El Derecho Administrativo y los desafíos del Siglo XXI.” **Revista Española de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso Contencioso-Administrativo español**. 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2006.

Publicado en 01/05/2011. pp. 247 - 276.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio. **El Poder, la Administración y los Jueces.** Madrid: Editorial IUSTEL. 2012.

WEITZ, Eric D. **La Alemania de Weimar. Presagio y tragedia.** Traductor Gregorio Cantera. Madrid: Turner.

Recibido: 09.05.2022

Revisado: 18.07.2022

Aprovado: 30.09.2022