

VI. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y LA VALIDEZ O INVALIDEZ DE SUS RESTRICCIONES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH, TJCE, TC Y TS. APLICACIÓN ANALÓGICA A LAS RESTRICCIONES DE TRÁFICO POR MOTIVOS AMBIENTALES

Como sabemos por el constitucionalismo alemán o norteamericano (los más avanzados al respecto) y por la jurisprudencia del TJCE, del TEDH o del TC, los derechos nunca son valores absolutos sino que tienen límites, algunos intrínsecos (su propio contenido esencial y la función social de los mismos) y otros extrínsecos (otros bienes jurídicos protegidos por la Constitución y las leyes o, como veremos, la propia existencia de otros derechos que necesitan ser ejercidos por algunos ciudadanos, que los matizan, limitan o condicionan). El modo como el medio ambiente o la existencia de otros derechos en liza pueden condicionar legítimamente el ejercicio de la libertad de circulación debe ser objeto de ponderación por las Administraciones competentes, caso por caso, y ha dado lugar a una amplia panoplia de pronunciamientos judiciales, de los que hemos de inducir unos criterios que nos sirvan para enjuiciar la validez de las restricciones al tráfico rodado urbano por motivos ambientales.

1 ¿Es posible limitar un derecho fundamental en aras de otros bienes jurídicamente reconocidos?

Es pacífico en la jurisprudencia del TC que la Constitución permite al Estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos, a costa del sacrificio de otros bienes igualmente válidos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de la protección constitucional¹.

¹ Así lo han dicho las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, 66/1991, de 22 de marzo, 55/1996, de 28 de marzo y 49/1999, de 5 de abril, siempre y cuando sean proporcionadas, de modo que contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan y hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer un sacrificio menor para la esfera de libertad protegida.

Las limitaciones a los derechos deben superar el canon de control establecido en la STC 60/2010, de 7 de octubre², Fdtos. Jco. 9º y 10ª, que comprende la satisfacción por parte de la medida restrictiva de dos presupuestos de constitucionalidad:

- de un lado, la medida restrictiva invocada debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima, lo suficientemente relevante y constitucionalmente no proscrita, sino “socialmente relevante” (STC [55/1996](#), Fdto. Jco. 7º y STC [111/1993](#), Fdto. Jco. 9º y STC [136/1999](#), de 20 de julio, Fdto. Jco. 23º). La legitimidad constitucional del fin no sólo se aprecia considerando en abstracto los bienes jurídicos protegidos sino también a la luz de las concretas circunstancias del caso (Fdto. Jco. 11º). En este sentido, afirma con acierto uno de los padres del Derecho ambiental europeo, LUDWIG KRÄMER, que la aplicación del principio de proporcionalidad a la hora de valorar las restricciones medioambientales a la libertad de circulación y al resto de libertades comunitarias deja un “amplio margen” de apreciación al Tribunal y exige un estudio del asunto caso por caso³.
- y, de otro, el relativo al cumplimiento del principio de proporcionalidad, cumpliendo tres requisitos de ponderación que veremos luego. En parecido sentido, véase el Fdto. Jco. 2º de la STC 66/1991, de 22 de marzo.

2. El medio ambiente como bien jurídico tutelable frente a la libertad de circulación: sus límites

La jurisprudencia del TJCE ha reconocido determinados intereses públicos que podrían justificar, por razones imperativas de interés general o por exigencias imperativas, la adopción de medidas obstaculizadoras⁴, pero dejando siempre muy

² La Sentencia, cuyo ponente fue Javier Delgado Barrio, contestaba a una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la nueva redacción del art. 57.2 del Código Penal, que exige la adopción, en todo caso, de la medida de alejamiento contra el delincuente condenado por ciertos delitos que implican violencia.

³ Cfr. KRÄMER, L., *Derecho Medioambiental comunitario*, Ministerio del Medio ambiente y Medio rural y marino, Madrid, 2009, pág. 123.

⁴ El asunto *Cassis de Dijon*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, supuso el reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de la existencia de intereses públicos – más allá de aquellos recogidos explícitamente en los tratados (anterior art. art. 36 TFUE) –, capaces de justificar, en ausencia de armonización normativa europea, las medidas de los Estados miembros que obstaculizan el

claro que las excepciones a las restricciones al libre mercado han de interpretarse de forma restrictiva⁵.

Partamos de un asunto bien conocido por la doctrina, el de las botellas danesas (STJCE de 20 de septiembre de 1988, asunto 302/86, Comisión contra Dinamarca). Ahí, el TJCE consideró que la regulación danesa que impedía la importación de cerveza en otros envases distintos a los de vidrio (latas, por ejemplo) más allá de 3.000 hl cúbicos al año incumplía el art. 30 TCEE, restringiendo indebidamente la libertad de circulación de mercancías en la CEE. Pero, a pesar de ello, en obiter dicta el Tribunal hace unos considerandos muy interesantes, que nos podrían ayudar para aplicarlos a las restricciones de tráfico por razones ambientales⁶:

1. Las restricciones a la libre circulación deben ser proporcionadas al objetivo que se persigue. Si un Estado miembro tiene la posibilidad de optar entre diferentes medidas que puedan alcanzar el mismo objetivo, debe elegir el medio que entrañe menos obstáculos a la libertad de los intercambios.
2. La protección del medio ambiente fue considerada por el TJCE, en su Sentencia de 7 de febrero de 1985 (*Association de défense des brûleurs d' huiles usagées*, 240/83, Rec. 1985, p. 531), como "uno de los objetivos esenciales de la Comunidad" que, como tal, puede justificar

comercio intracomunitario. En palabras del Tribunal, las medidas obstaculizadoras solo pueden estar justificadas si las medidas son adecuadas para garantizar la realización de un objetivo de interés general imperioso o imperativo y no van más allá de lo necesario para realizarlo (de nuevo, la proporcionalidad). Así, en el asunto *Coffee Shops* (STJUE de 16 de diciembre de 2010, Marc Michel Josemans contra Burgemeester van Maastricht), el Tribunal consideró que aunque la regulación del Ayuntamiento de Maastricht, Holanda, de prohibir la entrada a no residentes en determinados cafés donde se vende cannabis legalmente obstaculizaba la libre circulación de personas y el mercado único, existía una razón imperiosa de interés general que la salvaba: la lucha contra la toxicomanía en toda Europa, pues tal medida evitaba que otros nacionales de países miembros viajaran a esa ciudad para comprar allí el cannabis y luego exportarlo ilegalmente a sus países de origen.

⁵ Cfr. DE SADELEER, N., "Autonomía reguladora ambiental y libre circulación de bienes", en SANZ LARRUGA, F. J., GARCÍA PÉREZ, M., y PERNAS GARCÍA, J. J. (dirs.), "Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas", INAP, Madrid, 2013, pág. 71, citando la STJCE de 25 de enero de 1977, *Bauhuis contra Estado neerlandés*, asunto 46/76.

⁶ También en la STJCE de 1 de febrero de 2001, *Dennis Mac Queen y otros c. Gransvision Belgium*, C-108/96 el Tribunal explica que una restricción puede justificarse si se dan cuatro requisitos: que no se aplique de manera discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para conseguirlo. *Entre esas razones imperiosas reconocidas por el Tribunal de Justicia figuran la protección del medio ambiente (véase, en particular, la STJCE de 11 de marzo de 2010 (TJCE 2010, 73), Attanasio Group, C-384/08, Rec. p. I-0000, apartado 50)*.

ciertas limitaciones al principio de la libre circulación de las mercancías. Por tanto, la protección ambiental puede ser una razón válida para no aplicar el art. 30 TCEE, que prohíbe las restricciones nacionales a la importación y exportación de mercancías.

3. Pero aunque se alegue esa razón de protección ambiental, cuando el Estado dispone de otras medidas que no sean prohibitivas debe adoptarlas primero pues, de lo contrario, se vulneraría el principio de proporcionalidad, en clara contravención del art. 30 TCEE. Así lo proclama también el TJCEE en la citada Sentencia de 7 de febrero de 1985, cuando dice que “las medidas adoptadas para salvaguardar el medio ambiente no deben "sobrepasar las restricciones inevitables, justificadas por el objetivo de interés general que es la protección del medio ambiente".
4. En el caso de las botellas danesas el TJCE considera que es correcto y necesario para proteger el medio ambiente el que las autoridades danesas exijan a los fabricantes de cerveza extranjeros, a la hora de entrar en el mercado danés, que sus cervezas estén en envases de vidrio, reciclables. Lo que no es necesario y, por tanto, es desproporcionado es que esos envases deban estar homologados por las autoridades danesas, pues ello supone, *de facto*, una restricción al comercio en el mercado único europeo, por los “gastos adicionales” que supone esa homologación, que harían muy difícil la importación de esa cerveza a un precio competitivo. Esta cuestión de los gastos es, como veremos, muy aplicable al asunto de la restricción del tráfico en el centro de las ciudades, pues no todos los conductores de familias medias pueden hacer un desembolso en la compra de coches de emisiones cero o ECO, muchos más caros que los vehículos de gasolina o gasoil ordinarios.

La STC 84/2013, de 11 de abril, valida una regulación básica del Estado (Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, en la redacción dada por la Ley 10/2006, de 28 de abril) que prohíbe la circulación con vehículos a motor por pistas forestales situadas fuera de la red de carreteras, calificable como medida sustancialmente medioambiental, en

cuanto dirigida a preservar el monte y prevenir los incendios forestales, entendiéndolo, además, que en estos casos está justificada la limitación de la libertad de circulación. El TC analizó la validez de esa prohibición aplicando el criterio de proporcionalidad (como parámetro de constitucionalidad de aquella⁷).

Y ello, a pesar de que los argumentos aducidos por los letrados de la C.A. de La Rioja eran bastante buenos. Basaban la inconstitucionalidad de esa prohibición en que era notoriamente desproporcionado establecer una prohibición absoluta sin posibilidad de modulación o graduación en atención a aspectos como el tipo de vehículo, la naturaleza del monte, la Comunidad Autónoma en que se halle radicado, la época del año y hora del día en que se circule o cualquier otra circunstancia que pueda tener incidencia en el riesgo de incendio forestal. Ya que en la medida en que existía riesgo de incendio el Estado debió haber previsto la ponderación de los mismos al objeto de graduar la prohibición que establece la norma cuestionada, para que resultara proporcionada a la consecución del fin perseguido. Al imponer – continuaban - una prohibición absoluta de acceso motorizado, desmesurada con el fin que pretendía (que se podían lograr con medidas mucho menos radicales y restrictivas de los derechos reconocidos en la Constitución mediante la graduación de las limitaciones necesarias a la circulación motorizada mediante la toma en consideración de factores como los que antes se indicaron) quedaba afectada la esfera de la libertad de la persona, incidiendo en el derecho a circular libremente por el territorio nacional, contemplado, con diferente alcance, en los arts. 19 y 139.2 CE.

El TC admite aquí que la protección ambiental es un bien jurídico suficiente y muy relevante en el caso allí resuelto, pues España es el país europeo con más incendios forestales y dada la relevancia que la Constitución atribuye al medio ambiente al configurar en su art. 45 "un derecho de todos a disfrutarlo y un deber de conservación

⁷ El TC aquí ha reconocido que la prohibición de circular en moto de manera libre por las pistas forestales fuera de las carreteras afectaba a la libertad de circulación de los arts. 19 y 139.2 CE, pero que lo hacía de forma constitucional por tratarse de una limitación proporcionada (ya que se trataba de una prohibición no absoluta sino que podía ser modulada por cada C.A. en atención a las circunstancias, Fdto. Jco. 6º. Entre esas circunstancias estaban: "... la adecuación del vial, en cuya ponderación por la Administración autonómica cabe perfectamente incluir aspectos como el tipo de vehículo, la ubicación y características del monte, la estacionalidad, u otros factores que influyan". Por tanto, las restricciones al tráfico vehicular privado nunca podrán ser absolutas sino temporales y, preferentemente, localizadas espacialmente, en atención las circunstancias del caso.

que pesa sobre todos, más un mandato de los poderes públicos para la protección”⁸. Además, entendió que la limitación era proporcionada porque se trataba de una prohibición no absoluta sino que podía ser modulada por cada C.A. en atención a las circunstancias...).

Es cierto que estas libertades económicas no son absolutas, sino que pueden ser condicionadas por el medio ambiente, buscando la armonía propia del desarrollo sostenible (art. 3.3 TUE), siendo la protección ambiental un objetivo de la UE. A ello debe sumarse el hecho de que el principio de integración o transversalidad exige la integración de las políticas ambientales en todos los sectores o políticas de la UE. Y entre ellas, paladinamente, el transporte y la política de liberalización de los servicios, lo que llama a solucionar las tensiones entre medio ambiente y libertades económicas⁹. Es por ello por lo que la protección ambiental pasa de ser un objetivo de interés general (desde la STJCE de 7 de febrero de 1985, *Association de défense des brûleurs d’huiles usagées*, asunto 240/83) a una exigencia imperativa e interés general (con la ya comentada STJCE de 20 de septiembre de 1988, *Comisión c. Reino de Dinamarca*, asunto C-302-86).

El TJUE exige a los Estados que han adoptado medidas restrictivas que demuestren que la medida es apropiada para alcanzar el objetivo ambiental o de protección de la salud humana y, además, que se ajusta al principio de proporcionalidad. El test de proporcionalidad que emplea el TJUE comprende la necesidad de la medida y la existencia de medios alternativos menos dañinos para la libre circulación de mercancías¹⁰. Esta jurisprudencia sería aplicable por analogía a los casos de restricción del uso del vehículo privado, cuando se pudieran conseguir, por la aplicación de

⁸ STC 102/1995, de 26 de junio, Fdto. Jco. 4º y STC 73/2000, de 14 de marzo, Fdto. Jco. 12º.

⁹ Cfr. CASADO CASADO, L., “Excepciones al marco normativo de la libre prestación de servicios. La protección del medio ambiente como razón imperiosa de interés general”, en CASADO CASADO, L., FUENTES I GASÓ, J. R. y GIFREU FONT, J., *Prestación de servicios, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo. Especial referencia al Derecho Ambiental*, Tirant-Generallitat de Catalunya, Valencia, 2013, págs. 294 y 314.

¹⁰ Véanse, en este sentido, las SSTJCE (y TJUE) de 19 de junio de 2003 (*Comisión/Italia*, asunto C-420/01, en que el Tribunal condena a Italia por establecer restricciones a la importación de bebidas con un grado de cafeína superior a un tope establecido, por motivos de salud pública); de 20 de septiembre de 2007 (*Comisión c. Países Bajos*, asunto C-297/05, en que el Tribunal condena a los Países Bajos por someter a los vehículos de más de tres años de antigüedad matriculados en otros Estados miembros a una inspección de su estado físico, por motivos de seguridad vial y ambientales, antes de su matriculación en los Países Bajos); y de 4 de junio de 2009 (*Aklagaren c. Mickelsson*, asunto C-142/05, donde el Tribunal declaró la validez de las medidas de restricción suecas del tránsito de motos de agua fuera de las vías de navegación, por motivos ambientales).

medidas alternativas, una reducción de las emisiones del mismo valor sin tener que recurrir a esas medidas extremas.

Pero más interesante incluso para nuestro estudio resulta la STJCE de 15 de noviembre de 2005 recaída en el asunto C-320/03 (República alemana, República italiana y Países Bajos contra la República de Austria). Se trata de la autopista, la del Brenner (A2 del Valle del Inn), que comunica Austria con Italia. La república de Austria había establecido, por razones ambientales de contaminación atmosférica, una prohibición de circular, en un determinado tramo montañoso de esta autopista, a los camiones de más de 7,5 toneladas que transportasen determinadas clases de mercancías. Esta medida restrictiva, que todavía no había entrado en vigor, a juicio de Alemania, Italia y Países Bajos, impediría la circulación de ciertas mercancías hacia la península transalpina, lo que obligaría a los transportistas a cambiar su ruta de entrada a Italia o a enviar las mercancías por ferrocarril, lo que supondrían un retraso y un coste adicional del transporte y de las mercaderías mismas. El TJUE consideró que existía una vulneración del principio de libre circulación de mercancías y de tránsito fundado en los artículos 28 a 30 TCE y que las justificaciones por razones de interés público de protección del medio ambiente alegadas por Austria no eran suficientes para justificarlas.

Austria se agarraba al objetivo de protección de la calidad del aire establecido en la Directiva 96/62, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, pues entendía que las emisiones de los grandes camiones afectarían al aire de esta sensible región del Tirol y supondrían el rebasamiento de los valores límite de emisión de las sustancias nocivas del Anexo I, entre ellas el NO₂. De hecho, esta Directiva fue la primera en establecer que los Estados miembros elaborarían planes de acción que indicasen las medidas que debían adoptarse a corto plazo en caso de riesgo de rebasamiento de los valores límite o de los umbrales de alerta, a fin de reducir el riesgo de rebasamiento y limitar su duración¹¹. Como vemos, el asunto se centra en un asunto idéntico al que estamos abordando en esta investigación, con la única distinción de que aquí la restricción de tráfico no se produce en una ciudad sino en una autopista, pero por idénticas razones de contaminación atmosférica, y respecto del que suele ser el

¹¹ Como sabemos, y ya decía esta Directiva, dichos planes podrían prever, según los casos, medidas de control y, cuando sea preciso, de supresión de las actividades, incluido el tráfico automovilístico, que contribuyan al rebasamiento de los valores límite (art. 7.3).

contaminante más temido en las grandes ciudades: el óxido de nitrógeno, cuyos valores límite de emisión se contemplaron en la Directiva 1999/30, relativa a los valores límite de dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno y óxidos de nitrógeno, partículas y plomo en el aire ambiente¹².

Como consecuencia de ambas Directivas, Austria modificó su Ley de protección del aire (*Immissionschutzgesetz-Luft*, BGBl. I, 115/1997), de forma que preveía la publicación de un catálogo de medidas que habrían de adoptarse en el supuesto de que se rebasase un valor límite, entre ellas las restricciones de tráfico. Tras comprobarse que se habían superado los valores límite de esa sustancia, las autoridades del Tirol establecieron una prohibición temporal de circulación nocturna en un tramo de la autopista A 12 del Valle del Inn, aplicable a los vehículos pesados, que luego se hizo permanente desde el 1 de junio de 2003 para todo el tramo nocturno y para todos los camiones con más de 7,5 toneladas, al comprobarse de nuevo que la media anual rebasaba también el valor límite anual. Pero, aún más, días antes, el Land del Tirol aprobó un reglamento, sobre la base de la reforma realizada en la Ley de protección del aire austríaca, en que se impedía, a cualquier hora, la circulación en un tramo de la autopista A 12 a una categoría de vehículos pesados que transporten ciertas mercancías, en aras de la protección de la calidad del aire. El tramo afectado era el existente entre los municipios de Kundl y Ampass¹³.

El TJCE consideró que este reglamento del Land del Tirol obstaculizaba la libre circulación de mercancías, garantizada por los artículos 28 CE a 30 TCE, por discriminar indirectamente a los transportistas no austríacos. Al ser así aplicable de manera distinta (esto es, discriminando entre los nacionales de Estados miembros),

¹² El valor límite horario se establece en 200 µg/m³, «que no podrá superarse en más de 18 ocasiones por año civil», y el valor límite anual, de 48 µg/m³. Los valores límite establecidos por ésta constituyen requisitos mínimos y, con arreglo al artículo 176 CE, los Estados miembros podrán mantener y adoptar medidas de mayor protección y, en particular, establecer valores límite más exigentes.

¹³ Y ello a pesar de que el art. 4 de ese reglamento establecía excepciones a dicha prohibición (como hacen ahora muchas ordenanzas y planes de acción a corto plazo locales), El Reglamento controvertido establecía excepciones a la prohibición arriba mencionada para el tránsito de determinados vehículos pesados: los de mantenimiento de las vías públicas y de recogida de basuras, así como los destinados a labores agrícolas y forestales. Además, se indicaba, como hacen ahora los Ayuntamientos, que podía solicitarse la concesión de excepciones individuales con respecto a otras categorías de vehículos, por razones de interés público o de interés privado importante. Sobre esta STJCE véase, in toto, STOFFEL VALLOTTON, N., «Libre circulación de mercancías y protección del medio ambiente en el paso del Brenner. El reglamento austriaco, un obstáculo desproporcionado a la libertad de tránsito de mercancías. Comentario sobre la Sentencia del TJCE, C-320/03 *Comisión CE c. Austria* de 15 de noviembre 2005», en *Revista General de Derecho Europeo* n.º 11 (octubre 2006).

dicha medida no podía justificarse por consideraciones basadas en la protección del medio ambiente y estaba prohibida, por lo que fue anulada. El TJCE aclara, además, que una prohibición sectorial de circulación de carácter indefinido no puede basarse en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 96/62, que se refiere únicamente a medidas urgentes y temporales, y que la República de Austria no ha demostrado que no se podían bajar los valores límite usando otras medidas menos restrictivas del derecho a la libertad de circulación, entre las cuales la Comisión y los Estados demandantes enumeran varias¹⁴.

A juicio de la Comisión y de los Estados demandantes, estas restricciones afectarían económicamente de forma más grave, sobre todo, a las pequeñas y medianas empresas de transporte, que no podrían costear el incremento del transporte por ferrocarril o el largo rodeo por carretera que exigiría la medida. Con ese mismo argumento, podemos decir que las restricciones de tráfico afectan más a las clases menos pudientes, que no pueden acceder fácilmente a la compra de coches eléctricos, más caros.

Frente a las alegaciones de la República de Austria (por cierto, reiteradas en algunas sentencias del TC o del TS en España) de que esta medida restrictiva del tráfico no obstaculizaba la libertad de circulación por existir itinerarios alternativos u otros medios de transporte que posibilitasen el transporte de las mercancías de que se trata, el TJCE responde taxativamente que ello no excluye la existencia de un obstáculo. Es jurisprudencia reiterada, desde la STJCE de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, que los artículos 28 CE y 29 CE exigen que no exista ningún obstáculo, directo o indirecto, real o potencial, a las corrientes de intercambios en el comercio intracomunitario (también en la STJCE *Schmidberger*, que veremos más abajo).

¹⁴ Que las restricciones fueran para los vehículos pesados más contaminantes según normativa EURO, el sistema de ecopuntos, que las restricciones fueran solo temporales en horas punta, la prohibición solo en horario nocturno, el establecimiento de un sistema de peaje basado en los valores contaminantes de los vehículos, la implantación de límites de velocidad. Según el Gobierno neerlandés, el Reglamento controvertido solo se aplicaba a una de las muchas fuentes de contaminación en la zona afectada (el tráfico) e incluso restringía la utilización de vehículos pesados relativamente limpios, por no discriminar entre unos y otros. Estos principios, además, son más respetuosos de los principios de corrección de los atentados al medio ambiente en la fuente misma y de quien contamina paga. El Gobierno austríaco respondió que prohibir ciertas categorías de vehículos EURO sería insuficiente (por lo que respecta a las categorías 0 y 1), o desproporcionado (en el caso de las categorías 0, 1 y 2), algo, por cierto, que pretenden instaurar, *mutatis mutandis*, algunos Ayuntamientos españoles, excluyendo de la circulación del centro de sus ciudades a los vehículos sin ecoetiqueta, a corto plazo, y, a medio plazo, a todos los que no sean 0 emisiones. Señala que esta última prohibición afectaría al 50 % del tráfico de vehículos pesados y no tiene en cuenta la posibilidad de transferir las mercancías al ferrocarril.

Las medidas restrictivas a la libertad de circulación pueden estar justificadas por exigencias imperativas derivadas de la protección del medio ambiente, siempre que “sean proporcionadas al objetivo perseguido” (SSTJCE de 14 de diciembre de 2004, Comisión c. Alemania, asunto C-463/01, apartado 75, y STJCE de 14 de diciembre de 2004, Radlberger Getränkegesellschaft y S. Spitz, asunto C-309/02, apartado 75).

El Reglamento controvertido constituía, pues, una medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas de los arts. 28-30 TCE.

A raíz de esa STJCE, las autoridades austriacas prepararon nuevas medidas, estableciendo una prohibición de circulación de vehículos articulados y vehículos pesados con remolque de más de 7,5 toneladas que no se ajustaran a la norma Euro II entre los municipios de Zirl y Kufstein. Pero desde el 1 de noviembre de 2008 esa medida se aplicó también a ese tipo de vehículos cuando no cumplieran la norma Euro III. Y desde el 1 de noviembre de 2009 se aplicó una prohibición general de circulación a los vehículos pesados de más de 7,5 toneladas cuyas emisiones no se ajustaran a la norma Euro II, en su conjunto.

Por eso, en otra Sentencia similar [STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011, asunto C-28/09 (Comisión c. Austria), relativa a la prohibición de circulación de los camiones de más de 7,5 toneladas que transportan determinadas mercancías en un tramo de la autopista A 12 del Valle del Inn (Austria), con el fin de preservar las normas de calidad del aire], el TJUE entiende de acuerdo con lo propuesto por la Comisión que adoptar una medida tan radical como una prohibición de circular en un tramo de autopista que constituye una vía vital de comunicación entre ciertos Estados miembros, incumbía a las autoridades austriacas examinar detenidamente la posibilidad de recurrir a medios menos restrictivos de la libertad de circulación (*favor libertatis*) y de descartarlos únicamente si estuviese claramente probado su carácter inadecuado con respecto al objetivo perseguido.

En opinión de RUIZ DE APODACA, esas restricciones deben ser una medida de “ultima ratio” por ser contradictorias con los principios de libre circulación y por ser extremadamente restrictivas, teniendo en cuenta otras alternativas como la reducción de la velocidad y el efectivo control de la misma que las autoridades austriacas no han

adoptado tal y como les exige la Comisión antes de adoptar tal medida¹⁵. Ya hemos visto lo exigente que es la UE con el respeto de la libertad de circulación de bienes. ¿Por qué deberíamos ser más permisivos con las restricciones a la libertad de circulación a las personas que con las de restricción de bienes? Antes bien, al contrario, más importante nos parece ésa libertad que ésta, por razones obvias.

3. Las restricciones al derecho fundamental a la libre circulación

A nivel nacional, para entender cuándo una limitación a la libertad de circulación puede ser válida debemos analizar la jurisprudencia del TC sobre el art. 139.2 CE, artículo inspirado del art. 120.1 de la Constitución italiana. Y también la homóloga del TJCE sobre libertad de circulación de bienes y medios de producción. Y la propia del TEDH sobre libertad de circulación de personas. Y al hilo de su estudio, inducir criterios que podamos aplicar a las restricciones de tráfico por motivos ambientales. Pero dejemos antes claro un par de cosas.

A. Primera premisa: la jurisprudencia sobre libertad de circulación se refiere principalmente a trabajadores, bienes y medios de producción, pero también a personas físicas. Y resulta aplicable por analogía a la libertad de circulación de personas

Aunque el art.139.2 CE habla de libre circulación de personas, los preceptos de los Tratados de la UE parecen estar refiriéndose, a primera vista, tanto a empresarios como a trabajadores (el antiguo art. 39 Tratado CE, actual art. 45 TFUE); pero en realidad no solo se refiere a ellos¹⁶).

¹⁵ Cfr. RUIZ DE APODACA, Á., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2011, asunto C-28/09 (Comisión c. Austria)”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 26 de enero de 2012.

¹⁶ Aunque no debemos pensar que al hablar de trabajadores estamos ante una libertad similar a la libertad de circulación de bienes por parte de los empresarios, ya que trabajadores somos todos y aquí es prácticamente un equivalente de “ciudadanos”. Cfr. SERRANO GARCÍA, J. M., “La libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea y los derechos que la acompañan: notas a la Sentencia del TJCE de 25 de octubre, C-367/2011”, en *Revista de Derecho Social*, nº. 61, 2013, pág. 123: “La libertad de circulación de las personas (art. 39 TCEE), como una de las cuatro libertades sobre las que se asentaba el proyecto de integración europeo, tiene más de cincuenta años y sigue siendo controvertida, porque a diferencia de las otras libertades citadas de naturaleza claramente económica, esta es de los

1. *Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.*
2. *La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.*
3. *Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: ...b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;*

Sí es cierto que ese carácter empresarial o económico de la libertad de circulación a nivel comunitario hay que decir que junto a la libertad de circulación, aparecen muy unidas la libertad de establecimiento y la libertad de servicios, las tres imprescindibles para la creación de un mercado único en la UE¹⁷.

Así lo reconoce también la jurisprudencia al respecto del TC, y lo ha aclarado la Abogacía del Estado:

“no se entiende la alusión al art. 139.2 CE, que se refiere a la prohibición de adoptar medidas que obstaculicen directamente la libertad de circulación y establecimiento de personas, ni cómo el precepto impugnado puede afectarlo, teniendo en cuenta que dicho precepto constitucional se refiere a la unicidad del orden económico nacional, como expresan las SSTC 88/1986, de 1 de julio (RTC 1986, 88), o 64/1990, de 5 de abril (RTC 1990, 64). (STC 84/2013 de 11 abril, Antecedente 6º)”

En este sentido, son muchos los empresarios y trabajadores que, cada día, necesitan acceder al centro de las ciudades para trabajar. Son los agentes económicos los más preocupados ante la posible implantación de sistemas de restricción de acceso vehicular en el centro de las ciudades¹⁸.

ciudadanos”. Llegando a incluir también a jubilados, estudiantes y otros ciudadanos, como se deriva de las Directivas que han desarrollado tal artículo. Por eso también se ha incluido ese derecho, en abstracto, en los arts. 20.2 y 21 TFUE. Por eso, en palabras de esta autora, en la UE actual la libertad de circulación es un “derecho inherente a la ciudadanía europea, que es de carácter individual y que su ejercicio no depende del desarrollo de una actividad económica o laboral en el Estado de acogida, porque debe concebirse en un contexto desmercantilizado.” (pág.125). Y que, por tanto, también incluye a los conductores no empresarios, diríamos nosotros.

¹⁷ Cfr. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *El derecho del ciudadano de la Unión a una libertad de circulación y residencia*, en ADAM MUÑOZ, M. D. y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión europea”, Colex, Madrid, 2005, pág. 182.

¹⁸ Un 58% de ellos a nivel europeo están en contra, según la encuesta realizada por la UE, EUROPEAN COMMUNITY, DG MOVE, “Study on Urban Access Restrictions. Final Report”, Roma, diciembre 2010, pág. 111.

La jurisprudencia del TJCE (desde 2009, TJUE) sobre la libertad de circulación y de residencia de personas se refiere básicamente a los trabajadores o a personas que presten servicios; es decir, es una libertad referida principalmente a los operadores económicos, a los que se podrían sumar las familias de dichos trabajadores u operadores, con la finalidad de facilitarles su movilidad. Estas libertades personales han sido objeto de jurisprudencia abundante del TJCE, con el objeto de que la nacionalidad no fuera óbice para su ejercicio¹⁹. Sí podremos inducir algunos criterios más útiles, como veremos, en su jurisprudencia en relación con los arts. 28 y ss. del Tratado CE, en relación con la libertad de circulación de bienes y mercancías, aplicable, *mutatis mutandis*, al asunto que nos atañe²⁰.

Pero frente a esa vertiente económica del derecho de circulación, el Tratado de Maastricht (1992) incorporó al núcleo duro del Derecho comunitario europeo un “estatuto de ciudadanía de la Unión”, dotando así a la libertad de movimientos de una base jurídica y positivando un:

“derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”

(art. 8 A del Tratado CE en la primera versión dada en Maastricht al TFUE, luego art. 18 en el Tratado de Niza, art. I-10 b) en el TCE y actual art. 21 del TFUE). Pero este derecho no se refiere tanto a un derecho a la libertad deambulatoria sino al derecho de nacionales de un Estado miembro a viajar y residir en otro Estado miembro y a salir y entrar en el territorio de la UE sin pasaporte²¹.

¹⁹ Paulatinamente fue ampliándose esa libertad de circulación y residencia de personas a turistas, desempleados, jubilados, rentistas, estudiantes, enfermos, etc. Cfr. ELVIRA PERALES, A., *La libertad de circulación de personas en la Unión Europea. Límites por razón de orden público*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Estudios constitucionales, Madrid, 2017, págs.19-21.

²⁰ Y ello porque la doctrina del TJUE se centra en la normativa estatal, regional o local cuando sea susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el mercado intracomunitario por considerarse medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, prohibida por el artículo 28 Tratado CE. Y se incluyen ahí también las medidas que suponen un tratamiento más desfavorable para los productos de otros Estados miembros. Como se ve, las medidas de restricción de tráfico no discriminan ente vehículos extranjeros o nacionales, ni entre personas extranjeras y nacionales.

²¹ Vid. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

El art. 21 TFUE tiene también su correlato en el art. 3.2 TUE, más referido al establecimiento de un espacio europeo sin controles fronterizos interiores, desde el Acta Única Europea de 1986:

“La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.”

Aunque sabemos que el Derecho comunitario no es aplicable a las situaciones de impedimentos a la libertad de circulación de personas puramente internas, sino que es preciso que esos obstáculos existan entre dos Estados miembros²², el estudio de la jurisprudencia del TJCE nos puede servir de mucha ayuda, por analogía, para inducir sus criterios de proporcionalidad y aplicarlos a las situaciones internas de restricción de tráfico por motivos ambientales.

B. Segunda premisa: la jurisprudencia sobre obstáculos a la libertad de circulación es aplicable también a las medidas restrictivas de carácter municipal

Ni qué decir tiene que el art. 139.2 CE, aunque está inicialmente previsto solo para las medidas autonómicas que puedan obstaculizar la libre circulación de personas y bienes en España, también es aplicable a las medidas adoptadas a nivel local, ya que tanto el art. 139.1 como el art. 149.1, 1ª CE exigen una igualdad de éste y de todos los derechos en todo el Estado. Igualdad, claro, que no tiene por qué significar uniformidad²³, ya que,

²² Cfr. DURÁN LÓPEZ, F., *Libertad de circulación y de establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, Edilex, Madrid, 1986, pág. 81.

²³ La STC 88/1986, de 1 de julio, establecía que «esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de las actividades económicas. Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación, en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto

de lo contrario, aplicándolo a las medidas tributarias, por ejemplo, el legislador autonómico foral se limitaría a ser un mero “copista” de los tipos tributarios de los territorios de régimen común²⁴. Y porque así lo consideró tanto la jurisprudencia del TC²⁵, como la del TJCE (y posteriormente la del TJUE), sobre la base de los actuales arts. 28 y ss. del TFUE (antiguos arts. 23 y ss. TCE).

Las medidas restrictivas de la libertad de circulación de personas y bienes no solo las pueden adoptar autoridades nacionales o regionales sino incluso las locales²⁶. Así, en la STJCE (Pleno) de 23 de mayo de 2000, Caso *Entreprenorforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) contra Kobenhavns Kommune* (C- 209/98), el Tribunal consideró contrarias al TCEE las medidas restrictivas que adoptó el Ayuntamiento de Copenhage a la exportación de residuos de construcción.

De hecho, «cualquier normativa local..., dentro de su ámbito competencial propio, ... puede incidir sobre la circulación de personas y bienes, pero no toda incidencia es necesariamente un obstáculo» (STC 37/1981, fundamento jurídico 2º).

C. Los criterios que deben cumplir las restricciones a la libertad de circulación para ser válidas. Su aplicación a las restricciones de tráfico por motivos ambientales

legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin; y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles. Por todo ello, para evaluar si la normativa impugnada vulnera o no los mandatos constitucionales pertinentes a la unidad de mercado, es necesario aplicar estos criterios acabados de exponer a las normas en cuestión, precisando su cobertura competencial, la intensidad de la diversidad que introducen, y su ordenación y proporcionalidad al fin que persiguen». En parecido sentido, véase la STC 84/1993 de 8 marzo. Valgan esos argumentos también para la normativa local, que, a pesar de ser una autonomía administrativa, sí tienen competencias sobre tráfico y medio ambiente suficientes para que, dentro del marco legislativo estatal y autonómico, puedan diferenciarse de manera legítima sin atentar contra los arts. 19 y 139.2 CE.

²⁴ STS (Sala 3ª, de lo Contencioso- Administrativo, Sección 2ª), de 28 de mayo de 2008, RJ 2008\300, ponente: Manual Martín Timón, Fdto. Jco.

²⁵ «Cualquier normativa local..., dentro de su ámbito competencial propio... puede incidir sobre la circulación de personas y bienes, pero no toda incidencia es necesariamente un obstáculo» (STC 37/1981, fundamento jurídico 2º). Sí lo será cuando las medidas adoptadas generen «consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito» que aquellas persiguen (SSTC 64/1990, Fdto. Jco. 5º y 66/1991, Fdto. Jco. 2º).

²⁶ Cfr. URRUTIA LIBARONA, Í., “La configuración legal de la unidad de mercado y estado autonómico”, en Revista española de Derecho Administrativo nº. 175/2016, nota 36, en referencia al art. 1.1 de la LGUM.

El art. 139.2 CE afirma que:

“Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de los bienes en todo el territorio español.”

Hasta ahora este precepto ha sido objeto de numerosas resoluciones judiciales en lo referente a la libertad de circulación de bienes, en relación con las limitaciones y gravámenes que algunas CC.AA. han impuesto al transporte de mercancías, que afectaban al libre movimiento económico. Pues, como ha reconocido el TC, este precepto constitucional se refiere a la unicidad del orden económico nacional (SSTC 88/1986, de 1 de julio, ó 64/1990, de 5 de abril).

Pero pocas veces, hasta ahora, se han pronunciado los altos tribunales (TC y TS) al respecto de posibles limitaciones a la libre circulación de personas de nacionalidad española dentro del Estado. Sí existe, en cambio, un enorme aparato jurisprudencial relativo al derecho de acceso o entrada de migrantes al territorio nacional.

La jurisprudencia del TC sobre el art. 139.2 CE ha sido resumida en el Fdto. Jco. 8º de la STC 7/2018 de 25 enero²⁷.

Pudiera parecer, conforme a esta doctrina del TC, que las restricciones de tráfico ambientales caen fuera del ámbito del art. 139.2 CE pues, según esto, este precepto solo se refiere a las limitaciones a la libre circulación de mercancías o bienes. Pero lo cierto y verdad es que ese precepto también se refiere (¡y en primer lugar!) a la libre

²⁷ *“el artículo 139.2 CE asegura la libre circulación de mercancías y personas en todo el territorio español. Proscribe con ello las regulaciones o medidas de signo proteccionista; esto es, que dificultan injustificadamente en un territorio la comercialización de productos de otras zonas o el ejercicio de actividades empresariales por parte de personas procedentes de otros lugares. Consecuentemente, **bajo el prisma del artículo 139.2 CE, cobra relevancia una única modalidad de límite o condición a la libertad empresarial: la que favorece a productos u operadores de un territorio en detrimento de los otros lugares.** Una restricción a la libre circulación de bienes y personas será compatible con el artículo 139.2 CE solo si la autoridad pública que la ha adoptado acredita que no persigue ni produce efectos discriminatorios, por responder a un objetivo constitucionalmente legítimo y ser idónea, necesaria y proporcionada. No contradice necesariamente el artículo 139.2 CE toda medida que en la práctica produzca efectos restrictivos más onerosos sobre las cosas o personas provenientes de fuera; únicamente lo hará «cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada» (STC 66/1991, de 22 de marzo (RTC 1991, 66) , FJ 2, que cita la STC 37/1981, de 16 de noviembre (RTC 1981, 37) , FJ 2)» [STC 111/2017, de 5 de octubre (RTC 2017, 111) , FJ 4 a].”*

circulación de personas. Sobre la base de esta premisa, podríamos decir, como primera impresión, que las medidas de restricción de tráfico por motivos ambientales relativas al cierre de determinadas carreteras de una Comunidad Autónoma o de determinadas zonas de una ciudad (normalmente su centro), adoptadas por CC.AA. y, sobre todo, por los ayuntamientos²⁸, se imponen para todos los vehículos, al margen de que sean de personas empadronadas o no en esa Comunidad o localidad y, por tanto, *prima facie*, parecen correctas. Ahora bien, cuando esas medidas de restricción discriminan entre los empadronados en el municipio y los que no lo están, a la hora, por ejemplo, del aparcamiento, las dudas nos asaltan²⁹.

Lo cierto es que también la jurisprudencia del TEDH y del TJCE establece criterios semejantes para validar las restricciones a derechos fundamentales.

En el ámbito de la jurisprudencia del TEDH la protección de los derechos y libertades de terceros es una de las medidas que permiten las restricciones legítimas de la libertad de circulación, siempre que sean proporcionadas, se hagan por ley, persigan un fin legítimo, y sean necesarias, en una sociedad democrática (Art. 2.3 del Protocolo Adicional 4º al Convenio Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa). La jurisprudencia el TEDH otorga un margen de apreciación a los Estados a la hora de calibrar o ponderar el conflicto de intereses o derechos que exista, porque entiende que él sabe mejor que el Tribunal Europeo las necesidades más dignas de protección en la vida interna, social y jurídica de ese Estado³⁰. Pero ello no supone una carta en blanco para él. Y, además, las limitaciones están sometidas a una interpretación restrictiva, como excepciones que son. Debe, pues, mantenerse un equilibrio que no acabe con la sustancia del derecho sacrificado. En este caso, la libertad de circulación.

²⁸ El ámbito subjetivo del art. 139.2 CE no es solo estatal ni autonómico, sino que está dirigido a cualquier autoridad o poder público. Cfr. ALBERTÍ ROVIRA, E., "Artículo 139", en GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. F., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M. E. (DIR.), PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I. (coord.), *Comentarios a la Constitución Española "XXX Aniversario"*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, 1ª ed., pág. 1297.

²⁹ Como ha dicho entre nosotros REVUELTA PÉREZ, el análisis del art. 139.2 CE y la garantía de la unidad de circulación y de mercado que supone ha estado prácticamente ausente en la jurisprudencia nacional respecto a las ordenanzas. El TC y el TJUE sí se han pronunciado respecto de las regulaciones autonómicas y estatales susceptibles de fragmentar el mercado español y el comunitario. Cfr. REVUELTA PÉREZ, I., "La unidad de mercado como límite a las ordenanzas locales", en REDA num.146/2010, págs 325-357.

³⁰ Cfr. ARENAS HIDALGO, N., "La libertad de circulación en el territorio de los Estados (La libertad deambulatoria definida en el art. 2 P4)", en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 3ª ed., pág. 868.

Siguiendo a LÓPEZ CAMPILLO y a ALBERTÍ ROVIRA³¹, la jurisprudencia del TC y del TS en relación con el art. 139.2 CE exige cinco requisitos para que las medidas adoptadas por las CC.AA. se entiendan válidas:

i. Que esa limitación esté recogida en una ley

El TC ha considerado que toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe fundarse en la ley, ser necesaria para la consecución de fines legítimos en una sociedad democrática, y, en su aplicación, ha de ser razonada y razonable (STC 207/1996, de 16 de febrero, Fdto. Jco. 4º).

Y más en concreto, ya la STC 85/1989, de 10 de mayo, Fdto. Jco. 3º, exigió que una medida restrictiva de la libertad de circulación se adoptara siempre por ley³².

a. La exigencia de claridad y precisión de las limitaciones

Entre sus exigencias, el TEDH ha dicho que la limitación a un derecho debe producirse por Ley (interpretada aquí, en general, como Derecho). Pero ha ido más allá, mejorando la jurisprudencia del TJCE o del TC: esa restricción debe venir recogida, además, de forma “precisa y previsible en sus consecuencias” (STEDH de 4 de junio de 2002, caso Landvreugd contra Países Bajos), de forma que la norma debe definir con precisión las condiciones y modalidades de la limitación del derecho, para permitir al ciudadano prever, en un grado razonable, las consecuencias para su vida, algo que, por cierto, no ocurre con algunas de las restricciones de tráfico que existen en algunos grandes municipios españoles, donde la urgencia, la imprevisibilidad, la incertidumbre técnica y la falta de comunicación de las medidas dejan mucho que desear. A fin de cuentas, de lo que estamos hablando aquí es de seguridad jurídica. En relación con la libertad de circulación, esa precisión y previsibilidad han sido definidas por el TEDH como que

³¹ Cfr. ALBERTÍ ROVIRA, E., “Artículo 139”, en GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. F., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M. E. (DIR.), PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I. (coord.), *Comentarios a la Constitución Española "XXX Aniversario"*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, 1ª ed., págs. 1297-1298.

³² En este caso era la medida cautelar impuesta a un imputado en libertad provisional de comparecer apud acta periódicamente ante un Juzgado. El TC entiende que esta medida restringe el derecho del afectado a la libertad de residencia y de circulación, pero que lo hace legítimamente, pues se hace “dentro de los supuestos legales y en forma razonada en términos de Derecho”.

“sea formulada con la precisión suficiente a fin de permitir que todo individuo determine su conducta, y, además, con la asesoría legal adecuada, si le fuera necesario”³³.

El TEDH ha establecido tres precisiones a la hora de entender cumplida esa condición de precisión de la norma (para que el ciudadano pueda prever las consecuencias de la misma y adaptar su conducta): la precisión en la redacción de la norma; la existencia de antecedentes previos en la aplicación de la disposición restrictiva, idénticos a los usados con posterioridad; y la diligencia gubernamental en informar suficientemente al afectado.

Respecto a la claridad de los términos de la norma restrictiva de la libertad de circulación, en la citada STEDH Landvreugd, el TEDH entró a estudiar la redacción de la norma limitativa de la libertad de circulación y la consideró demasiado genérica; consideró también que la diversidad de circunstancias que preveía en su aplicación implicaba un alto grado de discrecionalidad en favor del Alcalde:

“As the Court has stated many times and as the majority state again in this case, the law must be formulated with sufficient precision to enable the persons concerned – if need be, with appropriate legal advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. However, a law which confers a discretion is not in itself inconsistent with this requirement, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference (see, among other authorities, the [Margareta and Roger Andersson judgment of 25 February 1992 \[TEDH 1992, 4\]](#), Series A no. 226-A, p. 25, § 75). Furthermore, to grant broad and unspecified discretionary powers to an executive authority is not compatible with the very idea of the rule of law which is the cornerstone of the [Convention \(RCL 1999, 1190 y 1572\)](#) and has always been upheld by the Court in its case-law.”³⁴.

³³ Vid. STEDH de 4 de junio de 2002, caso Landvreugd contra Países Bajos: “is “foreseeable” if it is formulated with sufficient precision to enable any individual –if need be with appropriate advice– to regulate his conduct”. El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse en esos mismos términos en STEDH de 2 de agosto de 1984, asunto Malone c. the United Kingdom, STEDH de 16 de febrero de 2000, asunto Amann c. Switzerland y en la STEDH de 4 de mayo de 2000, asunto Rotaru c. Romania.

³⁴ Al demandante le fue impedido el acceso al centro de Ámsterdam durante 8 veces en ocho horas, que dio lugar a una prohibición de entrada de 14 días. Pero la aplicación idéntica en casos previos salvó la precisión y previsibilidad de la norma. La situación de Ámsterdam, llena de drogadictos, fue calificada por el Alcalde como una situación de emergencia, lo que le atribuía poderes excepcionales y exorbitantes respecto a la limitación de la libertad de circulación a drogadictos duros como el demandante.

b. ¿Deberían las restricciones al tráfico por motivos ambientales recogerse en leyes orgánicas?

La doctrina del Tribunal Constitucional (STC 160/1987) solo exige ley orgánica respecto de los “desarrollos directos e inmediatos” de los derechos fundamentales. El criterio acogido por nuestro TC a este respecto es estricto, pues, desde la STC 5/1981, de 13 de febrero, restringe lo que signifique «desarrollar» como la «materia» objeto de reserva de ley orgánica, para no petrificar la función legislativa.

El pronunciamiento clave fue la en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en cuyo Fdto. Jco. 11º el TC distinguía entre restricciones directas del derecho fundamental mismo”, o bien restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites supone una forma de desarrollo del derecho fundamental y sería necesaria una ley orgánica. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE. Por tanto, las restricciones más duras, como la cerrar el tráfico interno de una ciudad, permanentemente, a los coches diésel o a los que carezcan de etiqueta ambiental, parece que requerirían ley orgánica. No así las restricciones temporales o parciales.

Porque, como ha dicho la STC 53/2002, Fdto. Jco. 13º, cuando la generalidad e intensidad de la limitación son amplias, ello las equipara a un tratamiento frontal o «desarrollo» de un derecho y necesitaría ley orgánica, como una “restricción directa” del mismo.

La STC 84/2013 valida que se regule por ley y no por ley orgánica una medida estatal de limitación de la libertad de circulación como fue la prohibición de su circulación por pistas forestales, para evitar incendios³⁵ pero aquí la finalidad era la evitación de

³⁵ Y ello, porque no se trataba de una prohibición absoluta sino que admitía “excepciones en función de diversas circunstancias, entre otras, la adecuación del vial, en cuya ponderación por la Administración autonómica cabe perfectamente incluir aspectos como el tipo de vehículo, la ubicación y características

incendios forestales, un riesgo más grave que la mera contaminación atmosférica. Y más aún, teniendo en cuenta que cuando uno usa un quad o una moto para recorrer un monte no está ejerciendo su libertad de circulación, pues en ese caso no existe una necesidad de desplazarse en el espacio para llegar a un sitio que le es necesario, sino que ejerce su derecho al ocio o al disfrute del medio ambiente.

Pero entonces, si la jurisprudencia del TC ha incluido en el derecho fundamental a la libre circulación el derecho de los conductores a desplazarse en coche propio, ¿no debe regularse ese derecho por ley orgánica? A mi juicio, aquí ha habido una aclaración y ampliación de la propia jurisprudencia del TC, que partía de un entendimiento abstracto de la libertad de circulación del art.19 CE como libertad de movimiento de la persona porque su jurisprudencia al respecto solo versaba, esencialmente, sobre dos aspectos que poco tenían que ver con el uso del coche: las cuestiones de emigración (en relación con la entrada y salida de los emigrantes del país); y, por influencia de la CEE, los pronunciamientos relativos a la unidad de mercado y la prohibición de obstáculos que impidieran un libre e igual acceso al mismo por parte de empresarios y trabajadores. Incluso algunos pronunciamientos relativos a la libre circulación de transportistas por las carreteras del País Vasco se analizaban siempre bajo esa hermenéutica (y, por tanto, más unida al art. 139.2 CE y a su ámbito subjetivo natural, el de empresarios y mercancías). Quizás, por mantener esa visión anterior sobre el contenido del art. 19 CE, la magistrada Adela Asúa Batarrita emitió un voto particular en la STC en el que consideraba que no debe regularse por ley orgánica sino por ley ordinaria³⁶.

Han sido los pronunciamientos relativos a la libertad de circulación de personas *stricto sensu* (como se comentó cuando explicábamos el contenido esencial del art.19 CE), en relación con sus restricciones provocadas por manifestaciones y con las condiciones de aparcamiento de minusválidos, como vimos arriba, las que han llevado al TC a inducir

del monte, la estacionalidad, u otros factores que influyan en el riesgo de incendio forestal, lo que permite ajustar la aplicación en cada caso de la medida, bajo criterios de proporcionalidad” (Fdto. Jco. 6°).

³⁶ “El contenido constitucional del derecho fundamental a la libre circulación no incluye en su seno una pretendida libertad a circular en vehículo propio ni una pretendida garantía de estacionamiento en general o en determinados espacios. Si el ámbito de protección constitucional del art. 19 CE incluyera una libertad de movimiento motorizado o una garantía de estacionamiento de vehículos, su regulación constituiría un ámbito reservado a la Ley Orgánica (rango normativo que ni la norma controvertida ni la legislación estatal de tráfico poseen) y, consecuentemente, sería posible interponer el recurso de amparo contra la aplicación incorrecta de las normas de circulación de vehículos a motor que pudiera considerarse limitativa del tal libertad.”

una nueva facultad propia del derecho del art. 19 CE, y así, reconocer dentro de él el derecho de los conductores a desplazarse por el territorio nacional; lo que supone un hito fundamental que debería llevar a preguntarnos si las restricciones al mismo no debieran venir recogidas en ley orgánica.

El art. 81 solo exige Ley orgánica cuando se regula el desarrollo de un derecho fundamental, cuando de un modo frontal o directo se desarrolle la regulación de ese derecho en la CE (STC 5/1981). Pero con la Ley de Tráfico solo se incide en el art. 19 CE condicionando el tráfico rodado cuando hayas motivos ambientales. Otra cosa es cuando se suspende o prohíbe un derecho fundamental. Ahí el TC sí exige ley orgánica (STC 140/1986, de 11 de noviembre), lo que sería necesario en aquellos preceptos en los que se permitiera el cierre definitivo o permanente de una amplia zona de la ciudad al tráfico rodado o a la mayoría de los coches, afectando al contenido esencial de la libertad de circulación (como el art. 39 del Real Decreto 1428/2003, de 21 noviembre o el art. 18 LT de 2015 si alguien pretendiera identificar la prohibición total o parcial de acceso a partes de la vía, bien con carácter general o para determinados vehículos, como otorgante a la Administración de una potestad para el cierre permanente de esas vías).

Algunos podrán pensar que el hecho de que exista un derecho de los conductores a desplazarse por el territorio nacional no quiere decir que esa facultad integre su contenido esencial. Y que, por tanto, se trataría, más bien, de una facultad de ese derecho no integrada en el mismo, de esas que FAUSTINO FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO denominaba como “contenidos no esenciales susceptibles de ser objeto de limitaciones”³⁷, por ley ordinaria, claro. No es nuestra opinión, como vimos arriba.

ii. Que la Comunidad Autónoma (o Ayuntamiento) haya actuado dentro de sus competencias

Así, como expresó la STC 88/1986, aunque el País Vasco tenía competencias en materia de regulación del tráfico, las medidas adoptadas de restricción completa del tráfico en su

³⁷ Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F., “Libertad de circulación y de residencia (art.19), *Comentarios a la Constitución española, Tomo II*, dirigida por Óscar Alzaga Villaamil, Edersa, Madrid, 1996, pág. 500.

territorio de camiones de más de 7.500 kilos suponían, en realidad, una medida de control del tráfico de mercancías o bienes prohibida por el art. 139.2 CE.

iii. La adecuación de la medida al fin constitucionalmente legítimo que se persigue

Lo que implica un examen previo de la finalidad que se persigue y una valoración de su legitimidad constitucional.

También el TEDH exige que el fin que legitime una restricción de la libertad de circulación sea válido (es decir, debe estar recogido entre los enunciados en el art. 2.3 del Protocolo Adic. 4³⁸).

iv. Que esa medida sea proporcional

Desarrollaremos su contenido en el siguiente epígrafe.

v. Que esa medida no rompa la igualdad *básica de todos los españoles*

Es decir, que las diferencias que se introduzcan respecto del régimen existente en el resto de España y el fin que se persigue al establecer esa diversidad estén justificadas y no añadan ninguna restricción más allá de las necesarias.

Esa igualdad, concepto altamente indeterminado, no tiene que equipararse a uniformidad, por supuesto. Bastaría para ser conformes con ese margen de igualdad que las medidas adoptadas tuvieran *“una finalidad no contradictoria con la Constitución y cuando, además, las normas de las que la diferencia nace, muestren una estructura coherente, en términos de razonable proporcionalidad, con el fin así perseguido”*. (STC 209/1988, Fdto. Jco. 6º)”.

³⁸ “El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen 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”.

Cuando las medidas restrictivas u onerosas distinguen entre población local y foránea cabrá hablar de ruptura de esa igualdad básica de los españoles. Pero, al contrario, si las medidas no discriminan entre unos y otros (no atentan contra el derecho fundamental a la igualdad) esas medidas serán válidas³⁹, claro está, siempre que sean necesarias y proporcionadas⁴⁰. Lo que se proscriben son las regulaciones o medidas de signo proteccionista; esto es, que dificulten injustificadamente en un territorio la comercialización de productos de otras zonas o el ejercicio de actividades empresariales por parte de personas procedentes de otros lugares (STC 7/2018, de 25 de enero). Es decir, ante situaciones de contaminación atmosférica idénticas, los Ayuntamientos de España deberían reaccionar de la misma forma en cuanto a las restricciones de tráfico que impongan, pues se afecta a la igualdad en el ejercicio de un derecho fundamental (art. 149.1, 1ª CE y art. 19 CE) y es por eso por lo que el Plan Nacional Aire II quiere elaborar un plan marco para episodios de contaminación por NO₂ para todo el Estado, cosa que aún no existe, sufriendo diferentes medidas de restricción del tráfico un madrileño, un barcelonés o un almeriense.

Esa igualdad básica de todos los españoles se refiere fundamentalmente a la protección de la unidad del orden económico nacional. Así lo ha entendido la reciente STC 79/2017, de 22 de junio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña contra diversos preceptos de la Ley 20/2013, de Garantía de

³⁹ La STC 7/2018, de 25 de enero, Fdto. Jco. 8º usa este argumento para salvar las medidas de la Generalitat de Cataluña de exigir que los empresarios allí establecidos pongan a disposición de los consumidores que así se lo reclamen, en catalán, los documentos o informaciones pertinentes (art. 128.1 Código de Consumo catalán). El principio de no discriminación es esencial para garantizar la unidad de mercado, como indica el art. 3 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado (LGUM).

⁴⁰ Por eso mismo me resulta bastante discutible la Sentencia del TJUE de 14 de enero de 2015 (asunto C-518/13) en la que se resuelve una cuestión prejudicial con el objeto de interpretar el artículo 107.1 TFUE, a raíz de la política del Consorcio de Transporte de Londres consistente en permitir a los taxis usar los carriles durante las horas de restricción del uso de esos carriles la circulación. Es correcto que ese Consorcio haya establecido una medida de movilidad sostenible en la ciudad de Londres, “a fin de instaurar un sistema de transporte urbano más ágil, sostenible y eficiente”, pero es muy discutible, a mi juicio, que sea correcto, como acabó diciendo el TJUE, que quepa autorizar únicamente a los taxis londinenses a circular por la mayor parte de los carriles bus de la ciudad durante las horas en que se aplican las limitaciones de circulación relativas a dichos carriles, prohibiéndoselo a las empresas de VTC salvo cuando hayan sido contratados para llevar o traer pasajeros. A mi juicio, esta medida les confiere una ventaja económica competitiva que va en contra de los arts. 28 y ss. TFUE. Pero como la cuestión prejudicial se planteó sobre la interpretación del art. 107.1, el TJUE concluyó que no hay tal infracción del mismo ya que ese permiso de uso “no parece que implique que se comprometan fondos estatales ni que confiera a esos taxis una ventaja económica selectiva a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1”, algo igualmente discutible pues esos carriles son públicos y su permiso de uso funciona plenamente como una subvención en especie (recordemos, en sentido inverso, la STJCE de 13 de marzo de 2001, Preussen Elektra, C-379/98).

la unidad de mercado, que consideró que «la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la unidad de mercado en la medida en que están presentes dos supuestos irreductibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional, que ninguna autoridad puede obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE), y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

Recordemos que el Fdto. Jco. 5º de la STC 208/1999, de 11 de noviembre (recaída tras la interposición, por el Gobierno vasco y catalán, de sendos recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia) estableció que el Estado mantenía determinadas salvedades competenciales a favor del Estado que excepcionaban la competencia exclusiva de las CC.AA. en materia de comercio interior y de ejecución de la defensa de la competencia. Y que una de esas salvedades era la protección de la libertad de circulación de bienes por el territorio español:

“En efecto, la cláusula "sin perjuicio", que sigue a la atribución a las Comunidades Autónomas recurrentes de la competencia de comercio interior implica una salvedad. Y sólo tiene sentido hacer esa salvedad en comercio interior si esta competencia, al menos abstractamente, puede incidir sobre la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y la defensa de la competencia. Esa incidencia comporta que la norma atributiva de la competencia sobre comercio interior puede entrar en conflicto (siquiera sea ese conflicto meramente conceptual o aparente) con la libre circulación de bienes en el territorio del Estado, la política general de precios y la defensa de la competencia”.

Esta Sentencia declaró inconstitucional de la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida expresamente en algunos artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, reconociendo a las CC.AA. competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia, que deberían concretarse en el marco de una Ley del Estado. Esa Ley es la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. Allí, en su art. 1.2, b), en coherencia con la arriba citada STC 208/1999, el Estado se reserva la competencia ejecutiva de vigilar y sancionar los atentados contra la libre circulación de personas y bienes que pudiesen implicar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libre circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio

nacional, aun cuando la medida obstructiva se hubiese producido dentro del territorio de una misma Comunidad Autónoma.

Desde el punto de vista de defensa de la competencia es muy discutible que una gran ciudad en España no permita la circulación de vehículos con una determinada antigüedad (sin etiqueta de la DGT) en parte de su término municipal y que otras sí lo hagan. A mi juicio, afecta a la defensa de la competencia que empresas que venden este tipo de coches de segunda mano hayan perdido una enorme cuota de mercado en Madrid o Cataluña, mientras que esas mismas empresas pueden seguir vendiendo en otras CC.AA. con normalidad. Igualmente, sabemos que en aquellas ciudades donde se han implantado estas medidas restrictivas de la circulación de coches en el centro, por motivos ambientales, las pérdidas económicas de las empresas radicadas en ese entorno han aumentado exponencialmente, a diferencia de lo que ocurre con esas mismas empresas en ciudades donde no se han adoptado medidas tan radicales.

4. En especial, el examen de proporcionalidad, como criterio esencial para dilucidar la validez de las restricciones a la libre circulación y los elementos que, conforme a ella, deben ser enjuiciados. Su aplicación a las medidas de restricción de tráfico por motivos ambientales

Con carácter general, cuando las medidas administrativas sean obstaculizadoras de la libertad de circulación deben ser reputadas como inconstitucionales⁴¹. Evidentemente, no basta con que una medida incida sobre el derecho a la libre circulación: debe obstaculizarla. Lo será, sin duda, cuando las medidas adoptadas generen «consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito» que aquellas persiguen (SSTC 64/1990, fundamento jurídico 5º y 66/1991, fundamento jurídico 2º y STC 233/1999, de 13 diciembre).

⁴¹ Una medida autonómica será inconstitucional por contravenir el art. 139.2 CE «cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada» (STC 66/1991, de 22 de marzo, Fdto. Jco. 2º, citando la STC 37/1981, de 16 de noviembre, Fdto. Jco. 2º)» [STC 111/2017, de 5 de octubre, Fdto. Jco. 4º, a].

El análisis de la proporcionalidad es la clave para considerar válida o no una medida administrativa de restricción de la libertad de circulación (dejando claro que siempre la afecta). Lo será también, por tanto, para enjuiciar si las restricciones de tráfico por motivos ambientales adoptadas por un municipio afectan de manera constitucional o no a ese derecho fundamental.

¿Qué criterios se ponderan a la hora de analizar la proporcionalidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental, en este caso la libertad de circulación? Tanto el TEDH como el TJCE han llegado a las mismas conclusiones, que han permeado igualmente la jurisprudencia del TC.

La jurisprudencia del TEDH ha sido muy restrictiva respecto a admitir limitaciones a la libertad de circulación pues aunque el fin sea lícito, si la medida impone cargas exorbitantes, será nula⁴². La autoridad administrativa debe buscar siempre un equilibrio o armonía entre los derechos en liza, no sacrificar completamente uno a los pies del altar del otro.

Conforme al TEDH, las medidas administrativas restrictivas de un derecho fundamental (aquí, la libertad de circulación) deben pasar el test de proporcionalidad (esto es, ser, “restricciones necesarias en una sociedad democrática”, lo que reenvía a un concepto muy indefinido de justicia material). A este respecto, el análisis del principio de proporcionalidad, en su jurisprudencia, se ha basado, tradicionalmente, en tres criterios, siendo válida la medida restrictiva que:

- no sea absolutamente inútil o inidónea para alcanzar el fin que se persigue (principio de utilidad o idoneidad);
- no imponga un sacrificio que sea a todas luces innecesario, por existir alternativas menos gravosas, susceptibles de conseguir el fin con la misma efectividad (principio de necesidad); y que
- la restricción impuesta no genere un desequilibrio entre las cargas que entraña para el derecho sacrificado (aquí, la libertad de circulación) y los

⁴² Cfr. ARENAS HIDALGO, N., “La libertad de circulación en el territorio de los Estados (La libertad deambulatoria definida en el art. 2 P4)”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 3ª ed., pág. 875.

beneficios que arroja a favor del interés general (proporcionalidad, *stricto sensu*). Y el TEDH suele analizar también aquí el procedimiento seguido para imponer esas cargas o limitaciones, de forma que cuente con las garantías necesarias para el administrado y se haga con la diligencia debida, conforme al principio de buena administración⁴³.

En parecido sentido, el TJCE consideró, en su STJCE (Sala Quinta) de 13 de noviembre de 1990, asunto *Fedesa y otros*, que son tres los tests que deben tenerse en cuenta para realizar el examen de proporcionalidad:

- el test de idoneidad de adecuación: que estudia si la medida de restricción era necesaria, útil o eficaz para proteger el medio ambiente;
- por tanto, cuando pueda elegirse entre varias medidas, que se escoja siempre la menos gravosa⁴⁴; y
- que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos; las medidas de prohibición son válidas si no rebasan “los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos con la norma en cuestión”; aquí se estudia la medida en sí misma, sin comparación con otras posibilidades o alternativas. Así, estarían prohibidas por este criterio las medidas muy restrictivas que apenas supongan mejoras ambientales⁴⁵.

Y así lo ha reconocido también la jurisprudencia del TC al respecto del principio de proporcionalidad, cuya verificación, dice, exige comprobar sucesivamente (véanse las SSTC [66/1995](#), de 8 de mayo, Fdtos. Jcos. 4º y 5º; [55/1996](#), de 28 de marzo, Fdtos.

⁴³ Aunque la jurisprudencia del TEDH en relación con el principio de proporcionalidad y la restricción de la libertad de circulación se refiera a asuntos penales o de orden público (detenciones en frontera, quiebras, insolvencias, retirada de pasaporte) es perfectamente aplicable a las restricciones de esa libertad al tráfico rodado por motivos ambientales, por tener la misma ratio decidendi.

⁴⁴ Vid. STJCE (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2005, Comisión de las Comunidades Europeas contra República de Austria, asunto C-320-03 y STJCE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2011, Comisión Europea contra República de Austria, asunto C-28-09 [declarando el incumplimiento de la República de Austria de las obligaciones que le incumbían en virtud de los artículos 28 CE y 29 CE, al imponer una prohibición de circulación de los camiones de más de 7,5 toneladas que transportan determinadas mercancías en un tramo de la autopista A 12 del Valle del Inn (Austria)].

⁴⁵ ⁴⁵ https://www.abc.es/espana/madrid/abci-madrid-activa-procolo-anticontaminacion-primera-desde-madrid-central-201812042102_noticia.html

Jcos. 6º y ss.; [161/1997](#), de 2 de octubre, Fdtos. Jcos. 8º y ss.; y [136/1999](#), de 20 de julio, Fdto. Jco. 23º), el cumplimiento de los tres requisitos siguientes:

- idoneidad o eficacia: que la medida debe ser idónea o adecuada para la consecución de los fines que persigue; es decir, que la pena ha de ser “instrumentalmente apta para dicha persecución” (STC [136/1999](#), de 20 de julio, Fdto. Jco. 23º), o eficaz;
- menor onerosidad: que la medida debe ser también necesaria, de tal manera que no existan medidas menos restrictivas de los principios y derechos constitucionales “para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”;
- proporcionalidad en sentido estricto: que la medida debe ser proporcionada en sentido estricto, de modo que no concurra un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable” entre la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el Legislador.

Y en la STC 146/2006, de 8 de mayo, el TC confirmaba, respecto de la limitación de derechos fundamentales, que “constituye doctrina de este Tribunal la de que una medida de ese tipo debe sujetarse a parámetros de proporcionalidad en relación con la preservación de otros derechos o bienes constitucionales. Ha de tratarse así de una medida útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante.» (Fdto. Jco. 2º, b).

Como ha dicho NICOLÁS DE SADELEER, Catedrático Jean Monnet de Bruselas, “para evitar que la libertad de circulación se convierta en algo nimio”, el Tribunal de Justicia ha concretado en su jurisprudencia qué sacrificio es posible de la misma sobre la base de las excepciones del art. 36 TFUE y otras que haya ido acuñando. Para ello, ha usado el principio de proporcionalidad, que permite evaluar los medios empleados (desautorizaciones, prohibiciones, aprobaciones, autorizaciones, restricciones en el uso, etc.) para tener en cuenta del mejor modo posible los intereses legítimos de las empresas en el libre intercambio comercial de bienes⁴⁶.

⁴⁶ Cfr. DE SADELEER, N., “Autonomía reguladora ambiental y libre circulación de bienes”, en SANZ LARRUGA, F. J., GARCÍA PÉREZ, M., y PERNAS GARCÍA, J. J. (dirs.), “Libre mercado y protección

La Corte Constitucional italiana (Sentencia 264/1996) exige también el cumplimiento de determinados requisitos para que las medidas limitativas de la libertad de circulación (del tráfico vehicular) sean válidas:

- que las medidas limitativas deben ser adecuadas para lograr el propósito para el que están destinadas;
- deben ser necesarias;
- y no deben afectar a las situaciones jurídicas subjetivas en mayor medida de lo que es indispensable para lograr el propósito previsto.

Para la Corte Constitucional, además, el cumplimiento del principio de proporcionalidad debe dar como resultado una doble obligación para la Administración que establezca esas restricciones:

- explorar en la etapa preliminar todas las soluciones posibles, eligiendo la menos onerosa para la libertad de movimientos;
- motivar de manera detallada y puntual el criterio de equilibrio adoptado entre la necesidad de limitar la circulación y los derechos de los ciudadanos.

A. El test de idoneidad o eficacia

Aquí se estudia si la medida de restricción era necesaria, útil o eficaz para proteger el medio ambiente. Al tratarse de un criterio mayormente técnico, poco tenemos que decir al respecto los juristas. Sí es cierto que en esta materia no siempre la restricción del

ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas”, INAP, Madrid, 2013, págs.72 y 73. Expresa este autor, adecuadamente, que el principio de proporcionalidad es ideológicamente neutral y no debe pretender favorecer los intereses ambientales por encima de los económicos. Sobre ese triple test, véase también CEINOS SUÁREZ, Á., “Libertad de circulación y limitaciones por razón de seguridad y salud”, en GARCÍA MURCIA, J. (coord.), *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Juruá editorial, Lisboa, 2016, págs. 110-111. Recuerda también el autor que la primera vez que se cita ese principio en la jurisprudencia del TJ es en la STJCE de 16 de diciembre de 1992, asunto Grecia c. Comisión y cómo se plasmó en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del Tratado de Ámsterdam. Vid también BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, RAP, nº. 135, 1994.

tráfico supone una reducción proporcional de la contaminación, pues ello depende (en exceso, a nuestro juicio, vistos los hechos) de las circunstancias meteorológicas y de la emisión de gases de otras fuentes de emisión como la industria o la producción de electricidad⁴⁷.

Casi todas las leyes y reglamentos sobre movilidad sostenible, tráfico o de calidad del aire parten de una premisa ciertamente discutible, de un dogma que cada vez está siendo más confrontado con argumentos técnicos: que los vehículos y coches eléctricos emiten menos gases de efecto invernadero que los que emplean motores de combustión. Por lo pronto hay que decir que en la fabricación de un coche eléctrico se invierte más electricidad y energía que en la fabricación de un coche convencional⁴⁸. Y nadie explica

⁴⁷ Las medidas temporales de restricción del tráfico adoptadas durante los XVI Juegos Asiáticos de 2010 demostraron que los compuestos orgánicos bajaron un poco en relación con los coches de gasolina, pero que siguieron altos porque las fuentes principales de emisión de estos compuestos son las instalaciones industriales, la quema de biomasa y la licuefacción de gas. Cfr. XINYU HUANG A., C., YANLI ZHANG A., B., WEIQIANG YANG A. C., ZUZHAO HUANG D., YUJUN WANG D., ZHOU ZHANG A., QUANFU HE A., SUJUN LÜ A., B., ZHONGHUI HUANG A., C., XINHUI BI A., XINMING WANG, "Effect of traffic restriction on reducing ambient volatile organic compounds (VOCs): Observation-based evaluation during a traffic restriction drill in Guangzhou, China", en *Atmospheric Environment* 161 (2017), pág. 68.

⁴⁸ Para compensar el enorme peso de las baterías de los coches eléctricos los fabricantes deben aligerar el peso de la carrocería y emplear aleaciones de aluminio y fibras de carbono para cuya producción se requieren muchos más recursos y energía que para fabricar la chapa tradicional. Además, las baterías están hechas de litio, cobalto, coltán y níquel, materiales que producen residuos muy contaminantes y cuya extracción a gran escala, además, dañaría gravemente desde el punto de vista ambiental a los países africanos de donde se extraen; y se agotan cada 5 años, de forma que hay que recambiarlas para que el coche no pierda eficiencia. Y las baterías, hasta ahora, pierden capacidad de carga con el tiempo. Otro problema de este tipo de coches es su reducida autonomía, que impediría hacer viajes largos. Y el tiempo de recarga medio es de 8 horas: las hay ya de recarga rápida, pero a costa de un sobrecalentamiento tal que acorta mucho la vida útil de la misma. Cfr. MEIJ, J. M., "Reducción de la contaminación urbana mediante la electrificación del tráfico rodado", en *The IPTS Report* - Núm. 47, Septiembre 2000, pág. 5 (versión electrónica). La disponibilidad de cargadores rápidos "domésticos" de 10-11 kW podría contribuir al éxito de los vehículos eléctricos con baterías con cargadores avanzados (serían capaces de cargar totalmente la batería en 3 horas). Sin embargo, si de los vecinos de un distrito utilizaran simultáneamente cargadores de este tipo para sus automóviles, pudieran surgir problemas en la red de baja tensión (230V).

Se ha calculado que la producción de electricidad necesaria para recargar todo el parque móvil español si todo él fuera eléctrico sería de 90.000Mw. Actualmente en España se producen, de noche, entorno a los 20.000Mw. Y a ello habría que sumarle el consumo habitual nocturno en España, que ronda también los 20.000Mw. Los números no salen. Además, las gasolineras y el Estado deberían desembolsar cantidades astronómicas para instalar los cientos de miles de puntos de recarga que serían necesarios para dar servicio a los millones de usuarios que, en España, carecen de garaje y enchufe accesible propio. Hasta ahora, sabemos que el Estado enfoca el desarrollo de las infraestructuras necesarias a través de acuerdos voluntarios a suscribir entre las empresas de servicios de energía, los fabricantes comercializadores de vehículos y la Administración. La Estrategia de Impulso del Vehículo con Energías Alternativas (VEA) en España 2014-2020 prevé el desarrollo del Marco de Acción nacional de energías alternativas en el transporte, aprobado el 9 de diciembre de 2016 en cumplimiento de la Directiva 2014/94/CE de 22 de octubre, relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos. Esa Directiva se ha transpuesto en España por medio del Real Decreto 639/2016, de 9 de diciembre, por el que se establece un marco de medidas para la implantación de una infraestructura para los combustibles

cómo se produciría en España la electricidad con la que recargaríamos las baterías de los 30 millones de coches que tiene el parque móvil español. Pues España importa un 80% de la energía que consume y esa energía procede, en gran parte, de la combustión del petróleo y del gas natural (centrales térmicas y de ciclo combinado). Y, encima, con la intención de muchos de eliminar centrales nucleares, que son esenciales durante las horas-valle para mantener el suministro. Luego, a mayor consumo de electricidad, en las actuales circunstancias en España, más producción de gases de efecto invernadero. Pero éste es un debate técnico en el que no debemos entrar más. Basta dejar apuntada la falta de consenso científico sobre un tema tan trascendente y que nos afecta tanto.

Sí recordaremos que el art. 25.2 del Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, del Ministerio de la Presidencia, de Mejora de la Calidad del Aire exige que las medidas adoptadas a corto plazo sean “eficaces”, lo que se compadece mal con un hecho que pasamos a comentar.

Me estoy refiriendo a un caso de aparente “ineficacia” de estas medidas de restricción del tráfico, de rabiosa actualidad, frente al cual las reacciones políticas y sociales negativas no se han hecho esperar: a tan solo cinco días después de la puesta en marcha de Madrid Central, el pasado 6 de diciembre de 2018, el Ayuntamiento tuvo que poner de nuevo en marcha el Protocolo de medidas a adoptar durante los episodios de alta

alternativos, publicado en el BOE de 9 de diciembre de 2016. Sobre la regulación de la implantación de los puntos de recarga para coches eléctricos en España véase ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M^a. “Marco jurídico para la implantación de infraestructuras para las energías alternativas en el transporte en España”, comunicación al I Congreso Internacional sobre el Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética: nuevos retos tras el horizonte 2020, Ronda, 2017, págs. 7 y ss.

Y, ¿cómo recuperaría el Estado los 11.000 millones de euros al año que ingresa por el impuesto especial de hidrocarburos? ¿No parece previsible que aumente el precio de la electricidad en general para recuperarlos? Parece, pues, poco pensada la meta que se pone el Gobierno de España de prohibir los coches diésel, gasolina e híbridos en 2040, con la Ley de Cambio Climático que está preparando. Son demasiados los problemas no resueltos. El pasado 22 de febrero de 2019 el Consejo de Ministros aprobó el **Anteproyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética**, a propuesta del Ministerio para la Transición Ecológica. El Plan Nacional de Energía y Clima 2021-2030, aprobado también el mismo día y enviado a Bruselas prohíbe, de facto, la circulación de coches diésel y gasolina en 2040: "se adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con la normativa europea, para que los turismos y vehículos comerciales ligeros nuevos, excluidos los matriculados como vehículos históricos, no destinados a usos no comerciales, reduzcan paulatinamente sus emisiones, de modo que no más tarde de 2040 sean vehículos con emisiones 0 gramos de CO₂/kilómetros.". Lo mismo dispone el art. 15.2 del Anteproyecto, concretando que lo que no se permitirá a partir de 2040 será la “la matriculación y venta” de turismos y vehículos comerciales ligeros con emisiones directas de dióxido de carbono”, lo que parece que debería permitir su uso respecto de coches diésel y gasolina comprados con anterioridad a esa fecha. El gobierno eliminó la palabra “prohibición” para hablar ahora de vehículos 0 emisiones, por si en un futuro próximo se desarrollasen tecnologías que permitan motores de combustión que no emitan gramo alguno de CO₂.

contaminación por dióxido de nitrógeno, al superar en tres estaciones de la zona 1 de la Red de Vigilancia de la Calidad del Aire (Castellana, Cuatro Caminos y Ramón y Cajal) los 180 microgramos/metros cúbicos de dióxido de nitrógeno (NO₂) durante dos horas consecutivas⁴⁹. Y aún peor: la contaminación siguió subiendo, incluso de noche, de forma que el pasado 12 de diciembre, el Ayuntamiento tuvo que activar el Escenario 2 del Protocolo, impidiendo el acceso a Madrid de todos los coches sin etiqueta ambiental⁵⁰. Algo falla, pues, con Madrid Central: si la reducción del tráfico conseguida tras la entrada en vigor de Madrid Central es cierta (como indica el Consistorio⁵¹), entonces no se explica este repunte en la contaminación: o bien la contaminación por tráfico no es la causa principal de esa contaminación (sí lo sería la industria, las calefacciones o las centrales térmicas o bien, sobre todo, influirían más las condiciones ambientales tipo anticiclón que el propio tráfico rodado), o bien ese tráfico que ya no entra en la almendra central colapsa los anillos circunvecinos y la contaminación permanece de todas formas. Desde luego, esta noticia reciente ha supuesto un importante descrédito para la medida estrella de restricción vehicular en la capital de España y en general, para las medidas de restricción de tráfico en nuestro país. Como ha dicho en Italia PAOLO BARILE, hay una especie de “prohibición de las restricciones innecesarias de las situaciones subjetivas de los ciudadanos” (“divieto di inutile restrizione delle situazioni soggettive dei cittadini”), una prohibición que debe ser aún más estricta en un asunto en el que las medidas autorizadas afectan una libertad fundamental como la libertad de circulación, que tanto afecta a la vida de las personas⁵².

Los análisis químicos de las reducciones de CO₂ y NO₂ derivadas de las restricciones de tráfico y su interpretación matemática revelan claramente que son insignificantes en relación con el impacto que las restricciones de tráfico tienen en la población. Así lo ha dejado claro un equipo de las Universidades Complutense y Técnica de Madrid⁵³.

⁴⁹ https://www.abc.es/espana/madrid/abci-madrid-activa-procolo-anticontaminacion-primera-desde-madrid-central-201812042102_noticia.html

⁵⁰ Es decir, un día de aviso, al superarse en la noche de este lunes los 200 microgramos por metro cúbico durante tres horas consecutivas en tres estaciones de diferentes de la red de vigilancia de calidad del aire y siendo las previsiones meteorológicas desfavorables para el día siguiente, miércoles 12 de diciembre. https://www.elespanol.com/espana/20181211/miercoles-no-circularan-madrid-vehiculos-sin-ambiental/359964319_0.html

⁵¹ https://elpais.com/ccaa/2018/11/30/madrid/1543596084_607610.html

⁵² Cfr. BARILE, P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, pág. 172.

⁵³ Cfr. SAN JOSE, R., PÉREZ, J. L., PÉREZ, L. Y GONZÁLEZ, R. M., “A Health Impact Assessment of Traffic Restrictions during Madrid NO₂ Episode”, 9th International Conference on Environmental Science and Technology, IOP Conf. Series: Earth and Environmental Science 182 (2018), pág. 6, donde

Un grupo de físicos y matemáticos españoles y mejicanos midieron durante 45 días la polución producida por el tráfico urbano libre en las ciudades de Guadalajara y Méjico D. F. y lo compararon con la polución producida por 30 días de tráfico libre + 15 días de tráfico restringido. Los resultados empíricos son desoladores, pues sólo consiguieron medir una reducción de la contaminación del 3%⁵⁴.

Por último, recordar que las restricciones al art. 30 TCEE nunca pueden venir justificadas por razones económicas: es jurisprudencia reiterada que motivos de naturaleza económica no pueden en ningún caso servir de justificación a obstáculos prohibidos por el artículo 30 del Tratado⁵⁵.

Por último, recordar que las SSTC 79, 110, 111 y 119/2017 han confirmado el núcleo esencial del texto de la ley que plasma las exigencias del art. 139.2 CE en relación con la libre circulación de bienes y servicios en España, esto es, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la unidad de mercado (LGUM), salvo en la materia tocante a la libre iniciativa económica en todo el territorio nacional y a la eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas, declaradas inconstitucionales por la STC 79/2017, de 22 de junio⁵⁶. Esta Ley engloba en su ámbito objetivo, tanto a las

concluyen que “These results show that the measures taken were not sufficiently effective compared to the effort to reduce traffic. Other measures should be evaluated with less impact on citizens and with a greater capacity to reduce air pollution”.

⁵⁴ Cfr. GARCÍA-CHAN, N., ALVAREZ-VAZQUEZ, L. J., MARTÍNEZ, A. Y VAZQUEZ-MÉNDEZ, M. E., “Numerical simulation for evaluating the effect of traffic restrictions on urban air pollution” en *Progress in Industrial Mathematics at ECMI 2016*, ECMI, Springer, 2017, págs. 367 y ss.

⁵⁵ Véase especialmente la STJCE de 11 de junio de 1985, Comisión/Irlanda, 288/83, Rec. p. 1761, apartado 28.

⁵⁶ Como ha dicho la doctrina, la ultraeficacia territorial de las medidas administrativas adoptadas por una Administración local o autonómica en nuestro país no era una exigencia del principio de unidad de mercado, pues suponía, de facto, eliminar las competencias locales y autonómicas exclusivas. Vid. CARLÓN RUIZ, M., “Los mecanismos de protección de la Ley de unidad de mercado en el seno de la Ley 20/2013”, en REDA 165/2014, pág. 3 de la versión electrónica: “Repárese en que esta radical novedad rompe por sí misma con el elemental principio de territorialidad en el ejercicio de las competencias autonómicas y conduce inexorablemente a un proceso de uniformización de los regímenes de intervención autonómicos –y locales– que no constituye una exigencia de la unidad de mercado tal y como ha sido configurada, en el seno del Estado autonómico, por la jurisprudencia constitucional. Bien al contrario, en la consolidada fórmula del Tribunal Constitucional que, paradójicamente, la LGUM invoca, «unidad no significa uniformidad». Debate aparte es el de si esa eficacia ultra o extraterritorial debería ser deseable en cualquier Estado moderno, lo que reconocemos y amparamos; pero se trata de una ilusión o deseo que choca de bruces con la arquitectura de nuestro Estado autonómico. Como sabemos, la jurisprudencia del TJCE sobre el principio de reconocimiento mutuo de los medios de intervención administrativa de cara al control del acceso al mercado de servicios o de productos parte de la premisa de que entre ambos Estados exista un nivel de protección similar, que permita la aceptación del producto o servicio autorizado por la autoridad administrativa de origen (STJCE de 28 de enero de 1986, Comisión c.

actividades económicas, esto es, a cualquier actividad de carácter empresarial o profesional, por lo que no es aplicable a la protección de la libre circulación de personas que no sean operadores económicos (art. 1.2 de la Ley) y a las instalaciones de producción (art. 17); por tanto, no rige en el asunto que tratamos en esta monografía (las restricciones de vehículos por motivos ambientales, y, más concretamente, las prohibiciones de entrada de algunos de ellos por carecer del certificado que es la ecoetiqueta de eficiencia de la DGT). Pero resulta aplicable como ratio en la medida en que deberían protegerse más los derechos fundamentales de las personas físicas que los derechos económicos (a la libre competencia o a la unidad de mercado) de los operadores económicos. Por tanto, el criterio de protección que recoge la LGUM debería marcar un mínimo protegible también que sirviera de parangón para la tutela del derecho fundamental a la libertad de circulación de las personas.

Así, su art. 5 consagra como uno de los principios básicos de esa libertad el de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes⁵⁷. Y en su art. 1.2 exige que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente. Es cierto que la protección del medio ambiente y del entorno urbano puede ser un motivo para limitar la libertad de circulación de bienes y mercancías (ex art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), por constituir una razón imperiosa de interés general, pero, ¡jojo!, solo en la medida en que esa restricción sea necesaria y proporcional, de forma que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica (art. 5.2 de la LGUM). La existencia de una de esas razones imperiosas de interés general cumple por sí misma el juicio de necesidad de la medida que requiere toda medida restrictiva de la libertad de circulación (art. 5.1 LGUM), pero luego habrá que analizar la proporcionalidad y no discriminación de la medida, para validarla.

Francia, asunto C-188/84,). De forma que cuando los niveles de protección no fueran similares se permite que el Estado de destino imponga al producto importado el cumplimiento de los niveles de protección propios, superiores a los de su producción en origen (STJCE de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital, S. L., asunto C-390/00).

⁵⁷ La Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado ha entendido que las restricciones administrativas a las libertades de los agentes económicos están justificadas y, por tanto, cumplen con los principios de necesidad y de proporcionalidad en la medida en que estén vinculados con la salvaguarda de una razón imperiosa de interés general de las establecidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y sirvan al objetivo pretendido restringiendo o distorsionando lo menos posible la actividad económica (Resolución de 13 de diciembre de 2018, Contratación Pública ADIF). Y que “no deben existir otros medios (técnicos o de otra índole) menos distorsionadores de la actividad económica que permitan salvaguardar la razón imperiosa de interés general” (Resolución de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado de 24 de septiembre de 2018, asunto Establecimientos públicos de Andalucía).

Precisamente, por innecesarias y desproporcionadas y, por tanto, por contradecir la Ley 20/2013, han sido denunciadas algunas medidas recogidas en el proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética del Gobierno balear, que prohíbe la circulación de los vehículos de combustión en la región⁵⁸. La denuncia la ha interpuesto la Asociación Española de Fabricantes de Vehículos y Camiones (Anfac), ante la Comisión Europea (por infracción del Derecho comunitario) y ante el Consejo para la Unidad de Mercado, dependiente del Ministerio de Economía y Empresa, solicitando la adopción de medidas necesarias para evitar la entrada en vigor de la prohibición. Esta norma incluye la prohibición, a partir de 2025, de motos y coches vehículos diésel, que, sin embargo, sí pueden circular legalmente en el resto de España y de la UE. Y se prevé también que en 2035 se prohíba la circulación de la gasolina y de los vehículos híbridos⁵⁹. Se añade a la denuncia que el Proyecto se basa en la supuesta necesidad de mejorar la calidad del aire, cuando todos los organismos nacionales e internacionales han certificado que el aire de Islas es entre buena y excelente en base al propio Informe de Calidad del Aire 2017 de Baleares. Sin embargo, el error estratégico de Anfac (quizás ha sido deliberado como medida de presión) ha sido presentar sendas denuncias cuando la legislación balear aún no ha sido aprobada, lo que ha motivado su inadmisión por parte de la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado. Finalmente, la ley ha visto la luz como Ley 10/2019, de 22 de febrero (BOIB de 2 de marzo), y en su Disp. Adic., titulada “Calendario de adaptación”, apartado 3º, letra a) ha recogido la prohibición de circulación a vehículos y motos diésel para el año 2025, y en su letra b) la prohibición a los vehículos de gasolina para el año 2035. En su art. 67.3 obliga a los municipios en los que haya áreas en que se superen los valores límite de calidad del aire fijados a establecer restricciones de circulación a vehículos en función de sus emisiones.

B. El test de necesidad (subsidiariedad o menor onerosidad de la medida limitativa de la libertad de circulación)

⁵⁸ "La prohibición incumple flagrantemente la libertad de circulación de mercancías y personas, la libre prestación de servicios, el marco europeo de homologación de vehículos de motor, los procedimientos en materia de reglamentaciones técnicas e incluso, subsidiariamente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al afectar gravemente al normal funcionamiento del mercado e incidir de manera gravosa y perjudicial a la libertad de circulación de mercancías", afirma la denuncia.

⁵⁹ Tampoco los concesionarios radicados en las Islas podrán vender vehículos de nuevas tecnologías como sí pueden hacer los sitios en la Península, con el consiguiente recorte económico.

i. Elementos de juicio

Así, por ejemplo, por desproporcionadas y por contrarias al art. 139.2 CE fueron anuladas, por la STS de 19 de enero de 2005, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª, RJ 2005\1093, ponente Yagüe Gil⁶⁰, las medidas de restricción del tráfico impuestas por el País Vasco. La proporcionalidad exigía en ese caso, (y exige aún hoy) que el entonces vigente art. 39 del RGC aprobado por 39 del RD 13/1992, coincidente con el actual art. 39 RGC de 2003, no permitiera a la DGT la prohibición general de circulación por una determinada parte del territorio nacional a una específica clase de vehículos; al contrario, la restricción sólo puede afectar a "determinados itinerarios", o "partes o tramos de ellos"⁶¹. Además, en ese caso se infringía también la proporcionalidad de la medida porque el TS entiende que se podían haber arbitrado, antes, otras medidas menos lesivas de la libertad de circulación, como el habilitar mayores áreas de aparcamiento para camiones, para no colapsar así las carreteras vascas en determinados días festivos.

La STSJ del País Vasco, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2ª, núm. 201/2006 de 15 marzo (ponente Rodrigo Landazábal), aplica los mismos argumentos de

⁶⁰ En el que, en casación, el TS estima el recurso contencioso-administrativo formulado por el Gobierno de Cantabria contra una resolución del Director de Tráfico y Parque Móvil del Gobierno Vasco, de 21 de febrero de 1997, por la que se establecieron medidas especiales de regulación del tráfico durante el año 1997, prohibiendo el tránsito de camiones de más de 5.500 kg. de P.M.A. durante los domingos y días festivos desde las 00:00 horas hasta las 24:00 horas, por contradecir el art. 139.2 CE.

⁶¹ La jurisprudencia del TS ha declarado ilegales las restricciones de tráfico generales en una determinada parte del territorio nacional, exigiendo siempre - en aras de la necesaria proporcionalidad del sacrificio de la libertad de circulación - que esas restricciones queden limitadas a determinados tramos o vías: "*Que, partiendo de la doctrina general, recogida en la sentencia del Tribunal Supremo antes citada y que se resume señalando que la normativa vigente no permite la prohibición general de circulación por una determinada parte del territorio nacional a una específica clase de vehículos, sino que dicha restricción sólo puede afectar a determinados itinerarios, o partes o tramos de ellos, procedemos analizar la situación que deriva de la resolución objeto de impugnación en el presente recurso. (...)*" (STS de 27 junio 2011, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, RJ\2011\5573, ponente Isabel Perelló Domenech). *Lo correcto es enumerar las "carreteras en que se prohíbe la circulación", no la prohibición <<"general" a través de la cual se prohíbe la circulación por todas las vías públicas de la Comunidad Autónoma a vehículos de más de 7.500 Kg de MMA los fines de semana y vísperas de festivos>>. Y, ¡jojo!, el Tribunal considera también que, aunque se enumeren las vías por las que pueden circular los camiones, si las restricciones que en ellas se imponen son muy graves, equivalen a prohibiciones generales. En el caso citado se impedía la circulación por los "corredores" a Francia desde las 22 horas del sábado o vísperas de festivos hasta las 22 horas del domingo o del festivo: "las restricciones a la circulación por los supuestos corredores son de tal alcance que impiden considerarlos como tales" "Aun cuando aparentemente se trate de limitaciones o restricciones sobre determinados tramos o itinerarios concretos de cuatro vías, produce el efecto de limitar de forma general la circulación de una específica clase de vehículos por una determinada parte del territorio nacional, que es precisamente lo que consideramos contrario a la normativa vigente"*

la STS arriba mencionada (STS de 19 de enero de 2005), considerando que contradecían igualmente esa prohibición general vetada por el RGC las medidas adoptadas por el País Vasco en 2005 de impedir la circulación de camiones de más de 7.500 kilos por sus carreteras, pues aunque citaban los tramos y carreteras prohibidas, eran tantas que se impedía, *de facto*, a los camiones cántabros pasar por el territorio vasco hasta Francia, Aragón o Logroño⁶². Además, las medidas solo serán válidas si no se pudieran adoptar otras menos lesivas para los derechos de los administrados, especialmente de la libertad de circulación.

Así, por analogía, lo mismo cabría decir respecto de otras medidas menos lesivas que deberían adoptar por los Ayuntamientos antes de decidir imponer restricciones de tráfico. Tanto aquéllas con carácter inmediato (medidas de compartición de coche; de circulación alternativa de vehículos por matrícula; de cobro de peajes de acceso a las ciudades; de restricción de tránsito de camiones antes que las de automóviles; de restricción del tráfico privado solo durante las horas pico y no durante todo el día; medidas para rebajar la emisión de gases en la agricultura o la industria; prohibición del parking en superficie; decisión de hacer gratuitos los servicios de transporte público los días de alta contaminación, etc.); como medidas a medio o largo plazo, tales como medidas fiscales o tributarias al impuesto de matriculación de los vehículos menos eficientes⁶³; de reconversión de las flotas de autobuses urbanos en autobuses eléctricos; ayudas económicas para que los taxistas puedan comprar coches 0 emisiones o ECO; medidas de incentivación para los particulares, para la compra de coches 0 emisiones o ECO; la implantación de sistemas de transporte inteligentes (STI) en camiones y coches, que son aplicaciones avanzadas que proporcionan servicios innovadores en relación con los diferentes modos de transporte y la gestión del tráfico y permiten a los distintos usuarios estar mejor informados al respecto⁶⁴; y otras tantas recogidas en el Anexo XV de la Directiva 2008/50⁶⁵.

⁶² Y en idéntico sentido, véase la STSJ del País Vasco, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2ª, núm. 553/2007, de 26 septiembre (ponente Alberdi Larizgoitia).

⁶³ El art. 96.6 de la Ley de Haciendas Locales (Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) ya prevé esas bonificaciones respecto a vehículos con menor incidencia en el medio ambiente y el art. 88.2, c) también, éste último en relación con las empresas que establezcan planes de movilidad sostenible para sus trabajadores.

⁶⁴ Véase la Directiva 2010/40/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte y el Real Decreto 662/2012, de 13 de abril, por el que se establece el marco para la implantación de los sistemas inteligentes de

La UE, consciente del sacrificio de una libertad esencial como es la de circulación que suponen las restricciones al tráfico rodado en las ciudades con ocasión de alarmas de contaminación atmosférica prefiere que los Estados miembros no elaboren planes de acción a corto plazo (que son los que más intensamente prevén esas restricciones) en relación con la reducción del ozono, si en realidad esos planes no van a suponer una reducción significativa en los niveles de ozono, sobre todo teniendo en cuenta que en los países mediterráneos de la UE esos niveles están muy condicionados por las condiciones geográficas, meteorológicas e incluso económicas del país (art. 24.1, párr. 2º Directiva 2008/50)⁶⁶. Es decir, no regular allí donde el sacrificio de un derecho va a ser mayor que los resultados conseguidos. Nos parece un elogiado ejercicio de realismo, sobre todo porque también son las condiciones económicas del país las que pueden determinar que no se luche contra el ozono, en una clara referencia a países en los que no había ayudas para la compra de coches cero emisiones o eco, mucho más caros que los diésel o gasolina. Exigir la compra de coches eléctricos a la ciudadanía, sin incentivos, parece un despropósito: tal vez lo mejor, por ahora, es exigir que lo hagan las Administraciones todas, sobre todo las locales⁶⁷.

transporte (SIT) en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte.

⁶⁵ Reducción de las emisiones procedentes de fuentes fijas, disponiendo que las pequeñas y medianas fuentes de combustión fijas contaminantes (incluidas las de biomasa) estén equipadas con sistemas de control de las emisiones o sean sustituidas; reducción de las emisiones de los vehículos mediante su acondicionamiento con equipos de control de las emisiones (debería considerarse la posibilidad de ofrecer incentivos económicos para acelerar el ritmo de aplicación de esta medida); adjudicación pública conforme a la guía sobre contratación pública ecológica de vehículos de carretera, combustibles y equipamientos de combustión, incluida la compra de vehículos nuevos, especialmente de bajas emisiones, servicios de transporte en vehículos menos contaminantes, fuentes de combustión fijas de bajas emisiones y combustibles de bajas emisiones para fuentes fijas y móviles; medidas destinadas a limitar las emisiones procedentes del transporte mediante la planificación y la gestión del tráfico (incluida la tarificación de la congestión, la adopción de tarifas de aparcamiento diferenciadas y otros incentivos económicos; establecimiento de «zonas de bajas emisiones»); medidas destinadas a fomentar un mayor uso de los modos menos contaminantes; medidas destinadas a garantizar el uso de combustibles de bajas emisiones en las fuentes fijas pequeñas, medianas y grandes y en las fuentes móviles; medidas destinadas a reducir la contaminación atmosférica mediante la concesión de permisos con arreglo a la Directiva 2008/1/CE, el establecimiento de planes nacionales conforme a la Directiva 2001/80/CE y el uso de instrumentos económicos como impuestos, cánones o comercio de derechos de emisión; en su caso, medidas destinadas a proteger la salud de los niños o de otros grupos vulnerables.

⁶⁶ Ello, porque, como explica el Plan Aire 2017-2019, si bien las medidas para reducir eficazmente la contaminación por NO₂ y partículas son relativamente sencillas de identificar, reducir la contaminación por ozono y otros contaminantes fotoquímicos es mucho más complejo, ya que se trata de contaminantes secundarios, que no se emiten directamente, sino que son generados a partir de reacciones entre varios contaminantes primarios, como los óxidos de nitrógeno (NOX) e infinidad de compuestos orgánicos volátiles (COVs).

⁶⁷ Cfr. AALL, C., MOBERG, K. y CERONE, J.-P., “Policies for reducing household green house gas emissions. A documentation report from the assessment and comparison of current climate policies in

Recientemente, El Plan Nacional del Clima 2021-2030, aprobado por el Gobierno el pasado 22 de febrero, contempla destinar 1.000 millones de euros, a razón de 200 millones de euros anuales, para subvencionar la compra de vehículos eléctricos. El plan de ayudas comenzaría en el año 2021 y llegaría hasta 2025. Parece una cantidad muy exigua, teniendo en cuenta el alto coste de un vehículo eléctrico o 0 emisiones, su largo plazo de amortización, la rápida obsolescencia de la tecnología eléctrica (que desincentiva su compra a corto plazo) y su escasa autonomía en kilómetros.

Las medidas de restricción del tráfico deberían ser vicarias, las últimas en adoptarse, y siempre que todas las medidas de fomento y de servicio público hubiesen sido ya llevadas a cabo en un municipio y fueran insuficientes solucionar problemas de episodios (o de alertas) de contaminación⁶⁸. Además, dentro de las medidas de control e intervención, deben ser ejecutadas por el municipio en cascada, de las menos lesivas a las más lesivas de derechos.

Esto deriva de la jurisprudencia del TJUE sobre “posibilidad de aplicar medidas menos restrictivas”, a la hora de declarar contrarias a la libertad de circulación determinadas medidas restrictivas del libre comercio dentro del mercado único de la UE. Así, en el asunto Cassis de Dijon, el TJCE consideró que la normativa alemana de impedir el acceso a su mercado de bebidas alcohólicas inferiores a 25° era contraria al Derecho comunitario, en la medida en que la protección de la salud a la que tendía esa medida (buscando no banalizar el consumo de alcohol con bebidas de baja graduación) era conseguible por medidas menos lesivas, como era etiquetar esa información en la

Norway, Sweden, Germany and France”, Vestlandsforskning Report, nº. 6/2017, págs. 22 y 150: también serían deseables bonos gratuitos para el uso del transporte público.

⁶⁸ No deben limitarse los municipios respecto del tráfico rodado a una configuración de las potestades administrativas desde una vertiente puramente limitativa o policial, renunciando a otras eventuales formas de la actividad administrativa (de fomento, prestacional, de planificación). Cfr. CANO CAMPOS, T., “Protección de la seguridad vial y movilidad”, en Revista Catalana de Seguretat Pública (RCSP), nº. 16 (2006), pág. 218. Por eso, a su juicio, las mejores medidas son las destinadas a calmar el tráfico (*traffic calming*), que reduzcan el uso y número de vehículos y la velocidad a la que circulan. Sin embargo, las medidas de “traffic calming” están destinadas a reducir el número de accidentes de tráfico en las ciudades y no a la reducción de la contaminación. Es más, pueden suponer un aumento de las emisiones. Un estudio reciente sobre las medidas de “traffic calming” es ZALEWSKI, A. Y KEMPA, J., “Traffic Calming as a Comprehensive Solution Improving Traffic Road Safety”, en IOP Conf. Series: Materials Science and Engineering 471 (2019) 062035, febrero de 2019. Estos autores polacos demuestran que estas medidas de reducción de la velocidad por debajo de los 50kms/h (incluso llegando a los 20kms/h en zonas residenciales) han reducido drásticamente la mortalidad producida por accidentes y atropellos, pero no estudian, sin embargo, su impacto ambiental.

botella para que la conociera el comprador, incluyendo la exigencia de una mención sobre la procedencia y el grado alcohólico en el embalaje de los productos⁶⁹. Y puede verse en igual sentido también las SSTJUE de 8 de mayo de 2003 (ATRAL SA c. Bélgica, asunto C-14/02⁷⁰); o en la de 10 de noviembre de 2005 (Comisión c. Portugal, asunto C-432/03), en que la República portuguesa es condenada por infracción del art. 28 Tratado CE al haber prohibido la colocación de láminas tintadas en los cristales de los vehículos automóviles para luchar contra la delincuencia, sin haber probado la existencia de medios menos restrictivos para ese fin lícito ni tampoco la necesidad de la medida (principio de *favor libertatis*); y la de 7 de junio de 2007 (Comisión c. Bélgica).

ii. El carácter excepcional de las medidas de restricción de tráfico como medida de control de la contaminación atmosférica

Partimos, además, de una premisa cierta: las restricciones de tráfico son medidas excepcionales, ya que afectan a derechos de los particulares, trabajadores y empresarios, así como a la actividad económica local. Por tanto, solo en determinados casos aislados y cuando el resto de las medidas han sido aplicadas sin que por ello hubieren bajado los niveles de contaminación atmosférica será legal adoptarlas y ejecutarlas. Y no pueden prolongarse en el tiempo una vez recuperados los niveles de inmisión saludables⁷¹.

Ya hemos dicho que corresponde al Estado miembro que invoca una razón imperiosa de interés general para justificar una restricción a una libertad de circulación demostrar que su normativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido, esta carga de la prueba no puede suponer la exigencia a dicho Estado de demostrar de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las

⁶⁹ Y ello a pesar de que un Estado puede no aceptar un producto externo si existieran reales “exigencias imperativas” basadas en determinados objetivos legítimos a los que el Estado de destino de ese producto le da una especial importancia, y ello a pesar de que esas exigencias imperativas pudiesen suponer obstáculos indirectos al comercio intracomunitario.

⁷⁰ El Tribunal consideró que la normativa nacional restrictiva “debe ser necesaria para alcanzar el fin perseguido y no deberá ir más allá de lo estrictamente necesario”; y que la autoridad nacional que invoque una causa de justificación de la restricción de la libre circulación de mercancías debe demostrar de manera concreta la existencia del interés general en juego y que la medida es proporcionada y necesaria para alcanzar el fin perseguido.

⁷¹ Así lo ha considerado ARENAS HIDALGO, N., “La libertad de circulación en el territorio de los Estados (La libertad deambulatoria definida en el art. 2 P4)”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 3ª ed., pág. 858.

mismas condiciones (STJCE de 10 de febrero de 2009 (TJCE 2009, 21) Comisión/Italia, apartado 66).

Además, este tipo de intervenciones municipales de carácter excepcional y urgente, debe utilizarse con mucha cautela ponderando en todo caso también el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)⁷².

Afirmaba correctamente AGUDO GONZÁLEZ a este respecto que la misma excepcionalidad que legitima la aplicación de estas medidas, impone que, una vez que desaparezcan las circunstancias que legitimaron la declaración o el establecimiento del régimen especial de protección en cuestión, también dejen de tener vigencia esas medidas excepcionales. Esto se confirmaba, por ejemplo, en relación con la declaración de zona en situación de emergencia del art. 7.3 de la Ley 38/1972, donde «desaparecidas las causas que provocaron la situación de emergencia, la autoridad que la declaró determinará el cese de la misma, quedando sin efecto las medidas adoptadas» Y también en la declaración de zona de atmósfera contaminada, para la que el art. 24 *in fine* del Real Decreto 833/1975, que prescribía que «la cesación de la declaración de atmósfera contaminada llevará implícitas las obligaciones y derechos a que dio lugar la declaración». Y en el mismo sentido, verbigracia, se pronunciaba el art. 9.2 de la Ley 22/1983, de protección del ambiente atmosférico de Cataluña⁷³. Estas previsiones han desaparecido, lamentablemente, del texto de la LCAPA.

Otro asunto problemático con la contaminación atmosférica derivada del tráfico es su carácter difuso, que impide acotar debidamente las calles a las que afectaría una restricción del tráfico privado⁷⁴. Es evidente que los gases contaminantes en una ciudad

⁷² Cfr. SIMOU, S., “Cambio climático, sostenibilidad y movilidad urbana: competencias e instrumentos jurídico-locales”, en ALONSO IBÁÑEZ, M. R. (dir.), *Retos del desarrollo urbano sostenible e integrado*, Tirant lo Blanch, 2018, Valencia, punto 4.1.1; y ello, debido al alcance reducido - temporal y cuantitativamente hablando-, de estas medidas de restricción puntual del tráfico. Es por ello por lo que, en su diseño, deben tenerse en cuenta las garantías del ciudadano, como la previsibilidad del episodio, el margen de los ciudadanos a adaptarse al carácter urgente de las medidas, la calidad de información proporcionada para saber cuándo y cómo se ponen en marcha estos protocolos, etc.

⁷³ Cfr. AGUDO GONZÁLEZ, J., “Técnicas de control de la contaminación. los estándares de protección medioambiental”, Tesis doctoral, UAM, 2002, págs. 237-238.

⁷⁴ Como si ocurre, por ejemplo, con las restricciones nocturnas de tráfico derivadas de la declaración de ZAS de una zona de la ciudad, por contaminación por ruido. Los gases y contaminantes emitidos por los vehículos tienen una escala planetaria (CO₂, metano, óxido nitroso, dióxido de azufre, monóxido de carbono y compuestos orgánicos volátiles). Cfr. ORTEGA CERDÀ, M. y CERDÀ CUÉLLAR, L., “Gestión local de la mobilitat sostenible i segura”, en Fundació Pi i Sunyer, Barcelona, 2004, pág. 32.

no permanecen solo en la zona en que han sido emitidos y, por tanto, no es fácil limitar las restricciones a una zona concreta. Pero no parece sensato que la solución sea exactamente la contraria: prohibir el acceso al tráfico rodado a una enorme cantidad de vehículos a todo el centro de una ciudad, por desproporcionado.

Desde luego, las restricciones del tráfico rodado privado tampoco son la panacea: provocan atascos en otras zonas de la ciudad, picarescas, aparcamiento parasitario e invasor en otras, a lo que se suma el amplio espectro de incertidumbre social acerca de cómo realmente estas medidas de control de la contaminación por tráfico realmente sirven para atajarla⁷⁵, etc.⁷⁶. Algunos autores han demostrado que cuando se eliminan las restricciones, en el medio plazo, el volumen de coches privados en la ciudad se estabiliza por sí mismo⁷⁷, pues un conductor deja de usar su coche cuando no le sirve. Y otros han expresado la imposibilidad de hacer estudios objetivos ante la enorme variabilidad de las circunstancias de cada caso⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. BOEHMER-CHRISTIANSEN, S. y WEIDNER, H., *The Politics of Reducing Vehicle Emissions in Britain and Germany*, Pinter-Anglo-German Foundation for the Study of Industrial Society-Madison Teaneck, Cranbury (USA), 1995, págs. 32 y 33.

⁷⁶ Esto ya era denunciado nada menos que en 1977 por el Prof. Ángel Sánchez Blanco. Advertía ya hace más de 40 años que las medidas de prohibición de circulación o restricción en la circulación y aparcamiento (zona azul), crean problemas de una circulación intensa en la periferia de la zona prohibida o una circulación parasitaria en las zonas azules en espera de encontrar aparcamiento. Cfr. SANCHEZ BLANCO, Á., “El tráfico automovilístico, portuario, aéreo y ferroviario. Su incidencia sobre el medio ambiente urbano”, en RAP n.º. 82, 1977, pág. 329. Pero el Plan de Saneamiento Atmosférico de la ciudad de Madrid de 1982, que intentaba dar solución a esos episodios no se centró tanto en las restricciones de tráfico sino en medidas previamente necesarias como la sustitución de 10.000 calderas de carbón por otras de acumulación eléctrica no contaminantes, la renovación de la flota de autobuses urbanos, la incorporación a los mismos de gases licuados, el desalojo de industrias del centro urbano, planes de aislamiento de edificios con el fin de reducir el consumo de combustibles, etc.

⁷⁷ Éste ha sido el caso de Jakarta, Indonesia, la ciudad que tiene la fama de tener el peor tráfico del mundo, con 10 millones de personas en el *downtown* y hasta 30 millones en su área metropolitana. Desde 1992 el ayuntamiento impuso la medida de que solo circularan en las horas de máxima congestión coches con al menos tres ocupantes. Pero al cabo de los años la Administración se dio cuenta de que había un fraude mayoritario, pues había florecido una flota de coches particulares que funcionaban como jockeys, personas que se ofrecían por un dinero a llevar a los demás al trabajo. Ante esa realidad, que aumentó el tráfico, la medida fue eliminada en 2016. Para sorpresa de todos, el tráfico aumentó solo un poco en los meses siguientes y luego ha bajado a los mismos niveles que había antes de quitar la medida. El propio sentido común autorregula el tráfico: la gente deja de coger el coche cuando el tiempo perdido en los atascos, el precio de las multas o los costes de aparcamientos dejan de ser interesantes. Cfr. ANDERSON, M., “How to beat the traffic. Recent policy changes in Jakarta provide a test of the effectiveness of traffic restrictions”, en *Science*, 7 JULY 2017 • VOL 357, ISSUE 63-46, págs. 36-37.

⁷⁸ En opinión de una experta, no hay estudios científicos sobre cuál es el tiempo necesario estimado para la duración de las restricciones del tráfico privado, para reducir los niveles de contaminantes. Y ello, debido a la existencia de múltiples variables que impiden un estudio científico objetivo: como temperatura, humedad, presión, radiación solar, fuerza y dirección del viento, variabilidad de la red de toma de medidas (ubicación de las estaciones de monitoreo), ancho de las calles, altura de edificios circundantes, cercanía de fuentes de emisión, etc., junto a otras características del tráfico vehicular (volumen, flujo, edad y tipo de motor de los vehículos, tipo de combustibles, etc. Cfr. MENDOLA, D.,

En cuanto a la efectividad de las restricciones vehiculares permanentes, los resultados son más bien negativos⁷⁹. A pesar de ello, hay autores que se muestran decididamente favorables a la prohibición del acceso del tráfico rodado a los centros históricos⁸⁰.

C. El test de ponderación entre el sacrificio de la libertad de circulación y los beneficios ambientales obtenidos (proporcionalidad en sentido estricto)

En espera de que alguna asociación de conductores, o la RACE, se anime a demandar ante los Tribunales algunas de estas medidas más graves, por violación de la libertad de circulación, no tenemos aún sentencias que hayan enjuiciado *stricto sensu* las medidas de restricción al tráfico privado al centro de las ciudades vulneran o no el derecho a la libertad de circulación, aunque nos parece adecuado, como parámetros de control, el empleo de los mismos tres elementos que hemos inducido arriba de la jurisprudencia relativa al art. 139.2 CE.

El examen deberá ser realizado caso a caso, aunque lo normal es que las restricciones que se lleven a cabo a nivel municipal se acaben pareciendo unas a otras, tanto a nivel interno dentro de España como en el contexto de las demás grandes ciudades de la UE⁸¹. No se nos debe escapar que esas restricciones de tráfico afectan tanto a las personas (que pretenden desplazarse con su vehículo privado al centro de las ciudades) como a los bienes (los mismos vehículos en sí mismos considerados y los demás bienes que transporten en él).

“Road traffic restrictions and air pollution in an urban area. A case study in Palermo”, en GRASPA Working paper nº 16, julio 2003, pág. 1.

⁷⁹ En el caso de Ciudad de México, la restricción (programa “Hoy No Circula”) incentivó la compra de autos adicionales para evitar la medida. Los segundos o terceros autos eran, de media, más viejos y más contaminantes que los ya existentes, lo que se tradujo en una mayor congestión y contaminación. En Pekín, casi la mitad de los automovilistas no respetaron la restricción, sobre todo aquéllos que viajaban al trabajo o durante la hora punta o hacían viajes a lugares alejados del centro de la ciudad. Para el caso de la restricción vehicular en Santiago de Chile, se ha demostrado que algunos automovilistas adelantan sus viajes para evitar la medida. Cfr. “Restricción vehicular y tarificación vial, en Revista “Libertad y Desarrollo”, Nº 1269 - 2 26 de agosto de 2016, págs. 2-4.

⁸⁰ Cfr. MELLADO RUIZ, L., *Transporte y movilidad sostenible*, en GONZÁLEZ RÍOS, I. (dir), *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*, 2015, pág. 519.

⁸¹ Recordemos que el art. 45.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE reconoce que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 26 diciembre 1996, RJ 1997\1233, ponente Ledesma Bartret, Fdto. Jco. 4º, que, al hilo del conflicto suscitado⁸², rechazó las limitaciones al derecho a circular de todos cuando son desproporcionadas y en sacrificio del uso normal del dominio público de las calles por todos los conductores:

“Consiguientemente, aquellas conductas que, sin causa justificada alguna, bloquean los espacios públicos acotados, poniéndolos al servicio exclusivo de unos pocos usuarios durante un tiempo superior al permitido, personal y unilateralmente determinado, causan así un claro perjuicio - esto es, perturban o entorpecen a quienes circulan por la vías públicas de la ciudad con la legítima aspiración de encontrar un lugar para el estacionamiento temporal-⁸³”

Por otra parte, las CC.AA. forales han provocado un efecto “frontera” mediante la adopción de incentivos fiscales que, *de facto*, suponían una deslocalización en su territorio de las empresas de las CC.AA. vecinas, en lo que constituían medidas que impedían la libre circulación de mercancías y, por ende, de las personas que trabajan en esas empresas deslocalizadas. Así lo ha reconocido la STC 96/2002, de 25 de abril. Así, verbigracia, el País Vasco respecto a las empresas riojanas.

A la hora de ponderar el sacrificio producido en la libertad de circulación y las ganancias derivadas de la protección de un bien jurídico constitucional o de otros derechos, sería claramente desproporcionado que la Administración cortase o permitiese el corte de la circulación de una vía principal durante un tiempo excesivo, incluso aunque se justificara en aras de otros derechos fundamentales como el derecho de manifestación o de expresión. Fue el caso resuelto en la STJCE de 12 de junio de 2003, asunto Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contra Austria (asunto C-112/2000). La cuestión prejudicial fue planteada por un tribunal austriaco preguntando al TJCE si la protección de los derechos fundamentales constituía una exigencia imperativa de interés general suficiente para justificar una restricción de

⁸² Se pronunció afirmando el derecho de la Ordenanza de movilidad de la ciudad de Santander a establecer tiempos máximos de aparcamiento

⁸³ Estos mismos argumentos se repiten en las STS de 29 de mayo de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), RJ\2000\4503, ponente Jaume Rouanet Moscardó; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 28 abril 2001, RJ\2001\5362, ponente José Mateo Díaz; STS (Sala 3ª, sección 7ª) de 16 mayo 2001, RJ\2001\4849, ponente Ramón Trillo Torres;) STS de 14 julio 2001 (Sala 3ª, Sección 2ª), RJ\2001\7881, ponente Alfonso Gota Losada; STS de 15 julio 2002 (Sala 3ª, Sección 4ª), RJ\2002\10136, ponente Rafael Fernández Montalvo; y STS de 2 de octubre de 2002 (Sala 3ª, Sección 4ª), RJ\2002\9457, del mismo ponente que la anterior. La jurisprudencia al respecto es amplia y pacífica.

la libertad de circulación. La respuesta fue afirmativa, pero el TJCE otorgó un amplio margen de discrecionalidad a los Estados para apreciar la proporcionalidad y validez del sacrificio posible a realizar en la libertad de circulación⁸⁴. El conflicto se dio entre una asociación de transportistas y la República de Austria, pues ésta autorizó tácitamente que una asociación ambientalista cortase la autopista del Brenner durante treinta horas, para protestar contra la contaminación acústica y atmosférica que los camiones producían en esta región alpina.

Aunque los recurrentes fueron transportistas (que entendieron violado su derecho a la libre circulación de mercancías), igualmente podrían haber sido simples conductores de vehículos privados, titulares del derecho a la libertad de circulación de personas y que sufrieron igualmente ese corte de tráfico. El TJCE parte del hecho de que la libre circulación constituye uno de los principios fundamentales en el sistema del Tratado, pero que en determinadas circunstancias puede ser objeto de restricciones por las razones enumeradas en el artículo 36 del mismo Tratado o en concepto de exigencias imperativas de interés general reconocidas conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (la archiconocida «Cassis de Dijon»). Pero concluye que las libertades de expresión y de reunión pueden ser también objeto de determinadas limitaciones justificadas por objetivos de interés general, siempre que estén previstas por la Ley (aquí se trata de una libertad fundamental de la UE), respondan a una o más finalidades legítimas con arreglo a dichas disposiciones y sean necesarias en una sociedad democrática, es decir, justificadas por una necesidad social imperiosa y, en particular, proporcionadas a la finalidad legítima perseguida⁸⁵. Por tanto, “pueden imponerse restricciones al ejercicio de esos derechos (de manifestación y de libertad de expresión), en la medida en que éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido por tales restricciones, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos protegidos”.

⁸⁴ Cfr. SARMIENTO, D., “El efecto horizontal de las libertades de circulación de la Unión Europea”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 21, 2017: “Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, Cristina Izquierdo Sans y José María Rodríguez de Santiago (eds.), pág. 145. La *drittwirkung* o efecto horizontal de los derechos entre libertad de circulación y otros derechos fundamentales debe ser apreciada por el Estado, como árbitro o moderador.

⁸⁵ Véanse también en este sentido las SSTJCE de 26 de junio de 1997, *Familiapress*, C-368/1995, y de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/2000 o *Steel* y otros contra Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998.

Finalmente, el Tribunal de Justicia consideró compatible con la libertad de circulación el corte del tráfico producido, porque se dieron dos condiciones que así lo permitieron: que se había informado desde mucho antes de producirse de tal corte de circulación por parte de los medios de comunicación y de los automovil-club, tanto en Austria como en los países limítrofes, y que se habían previsto rutas alternativas, de manera que los operadores económicos afectados estaban debidamente informados de las restricciones a la circulación aplicables en la fecha y el lugar de la concentración prevista y se encontraban en condiciones de tomar con tiempo todas las medidas eficaces para evitar dichas restricciones. De esta Sentencia cabe inducir varios criterios válidos para aplicar a las restricciones de tráfico privado por motivos ambientales.

Como dijimos arriba, las medidas de restricción de tráfico adoptadas en Madrid durante los episodios de contaminación por NOx han sido calificadas como desproporcionadas por los mismos científicos que se han encargado de medir la reducción de los niveles de contaminación atmosférica. Así, verbigracia, se ha comprobado empíricamente que la reducción de niveles de NO2 (y, en consecuencia, de la morbilidad) conseguida con las medidas de restricción de acceso del tráfico y la prohibición de aparcamiento en el episodio por alta contaminación producido en diciembre de 2016 en la capital de España han sido marginales. Y desproporcionados en atención a las molestias que se le ocasiona a la población con esas restricciones. Y las consecuencias extraídas directamente de datos científicos no son opinables⁸⁶.

Sobre el juicio de proporcionalidad, nos parece que se equivoca el TC en su STC 59/1990, de 29 marzo, que consideró que una reunión y manifestación de agricultores que acabó cortando una carretera nacional de doble sentido no vulneraba de manera inconstitucional el derecho a la libertad de circulación de los ciudadanos, por el hecho

⁸⁶ Cfr. SAN JOSÉ, R., PÉREZ, J. L., PÉREZ, L. GONZÁLEZ, R. M., “A Health Impact Assessment ...”, opus cit., pág. 6: “The results of the modelling of the estimated health impacts show that there would be insignificant reductions in mortality/morbidity due to the application of the proposed traffic restrictions. Therefore, the measures applied were not effective since the benefits for the health of the citizens were marginal. Using the health impact assessment methodology it is estimated that that less than one case of natural mortality will be avoided from the introduction of the traffic restrictions measurements. The expected change of NO2 by banning traffic from the Madrid city center is not associated with a considerable mortality or morbidity decrease. These results show that the measures taken were not sufficiently effective compared to the effort to reduce traffic. Other measures should be evaluated with less impact on citizens and with a greater capacity to reduce air pollution (transformation of diesel fuel into electric vehicles, prohibition of driving vehicles over 15 years old, reduction of traffic speed, etc.)”.

de que esa manifestación había sido comunicada en tiempo y forma (¡pero nunca comunicó que se cortara una carretera!). Por tanto, el derecho fundamental del art. 19 CE en este caso, entendía el TC, no podía impedir otro derecho fundamental como el de reunión y manifestación pues el sacrificio sufrido por los conductores en su derecho fundamental a la libertad de circulación no fue excesivo⁸⁷. De hecho, la STS de 24 de octubre de 1987, Sala 2ª, ponente Luis Vivas Marzal, sentenció a los agricultores a penas de cárcel por delito de desórdenes públicos considerando que sí existió violación del art. 19 CE pues los manifestantes cortaron una carretera nacional:

”impidiendo a los usuarios de la Carretera Nacional mencionada, el ejercicio del derecho a la libre circulación que consagra el [artículo 19](#) de la [Constitución](#), lo que palmariamente es antijurídico e introduce, en la vida social y comunitaria, un desorden y una anarquía -o al menos brotes de la misma-, totalmente inaceptables y recusables, no empeciendo a lo dicho y a la tipicidad de la conducta, ni la reivindicación de ciertas aspiraciones, las que siempre han de canalizarse por los cauces legales, ni la presunta brevedad de la ocupación, la que duró cerca de dos horas, ni el escaso tránsito, lo que no es creíble, aunque lo afirme la Audiencia de origen, dada la calidad de la Carretera Nacional que tenía la vía pública ocluida, ni el carácter selectivo de la ocupación, permitiendo, magnánimamente el paso, a los que invocaron premura o urgencia, ya que, los demás, hubieron de esperar, pacientemente, para reanudar su viaje, a que, los acusados y quienes les acompañaban, despejaran la indicada carretera, por la que no se pudo transitar, en uno u otro sentido, durante el periodo de tiempo reseñado”

⁸⁷ Un grupo de agricultores que protestaban contra el Gobierno se dirigieron pacíficamente hacia el kilómetro 587 de la carretera nacional 431 (que, por entonces, unía Huelva con Sevilla), término municipal de Manzanilla «donde sobre las diez horas y cuarenta y cinco minutos irrumpieron, ocupando la calzada e impidiendo así en ambos sentidos la circulación de vehículos, si bien no de una forma total y absoluta, ya que sin que se haya acreditado se hubieran opuesto a alguien que hubiera instado el paso, dejaron expedito el mismo a algunos que arguyeron razones de urgencia para hacerlo». Posteriormente, tras ser requeridos por la Guardia Civil para que desalojaran la carretera en media hora, obedecieron, sin que se registraran incidentes. Sin embargo, me posiciono más con la Sentencia del TS que esta STC acaba casando, en la que se condenaba a los agricultores por delito de desórdenes públicos pues aunque la manifestación estaba comunicada a la autoridad pública, no estaba previsto que ocuparan una carretera nacional, lo que acabaron haciendo, impidiendo en ambos sentidos la circulación de vehículos, durante casi dos horas; por tanto, como dijo el TS, con el fin remoto de formular una legítima protesta, coexistió otro fin próximo, que se superpuso al remoto “merced al cual lo que comenzó dentro de la legalidad se trocó en actitud y actividad ilícita, perturbando la paz pública e impidiendo a los usuarios de la carretera nacional mencionada el ejercicio del derecho a la libre circulación que menciona el art. 19 de la Constitución”. El Tribunal Supremo consideró que no eran obstáculos para llegar a esa conclusión la supuesta brevedad de la ocupación, pues en realidad duró cerca de dos horas; ni el escaso tránsito, lo que no resultaba creíble; ni tampoco el carácter «selectivo» de la ocupación, permitiendo «magnánimamente el paso» a los que invocaron urgencia. Por consiguiente, concurrían, a su juicio, los requisitos que el delito de desórdenes públicos (art. 246 del Código Penal). Resumiendo: el fin lícito no justifica los medios ilícitos.

A nuestro juicio, la ponderación de la proporcionalidad que realizó el TC en este asunto está viciada de origen, pues el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta las alegaciones de los recurrentes, bastante endeble, cuando arguyeron “que no se sacrificó en exceso la libertad de circulación: porque el ferrocarril no se hallaba cortado”; que “existían otras carreteras que enlazaban ambas ciudades (N-630 y N-541)” y, por último, que “la ocupación duró una hora escasa y se permitió el paso de los vehículos que tuvieran urgencia”. Según estas razones, nunca habrá vulneración del derecho a la libertad de circulación, incluso cuando el afectado nada hubiera sabido con antelación acerca de esas restricciones al tráfico, pues no se afectaron otros medios de transporte y solo duró “una hora” (que en realidad fueron dos).

Además, el TC no distinguió entre la extrema gravedad que supone cortar una carretera nacional y cualquier otro corte del tráfico en una calle cualquiera, por lo que consideró, de forma harto discutible, que la limitación de aquel derecho (libertad de circulación) no revistió una entidad suficiente para justificar el sacrificio del derecho fundamental de reunión pacífica. Parece evidente que cortar una carretera nacional en hora punta “altera el orden” (art. 21.2 CE) y pone en peligro personas y bienes, a pesar de que el TC no lo estimara así⁸⁸. De hecho, algunas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en casos similares sí han entendido que sí existe afectación ilegítima de la libertad de circulación cuando unos particulares obstruyen la circulación de una calzada sin que estuviera previsto hacer tal cosa⁸⁹.

⁸⁸ Y ello porque el TC falla, a mi juicio, al enjuiciar que no hubo alteración del orden público ni situación de peligro para personas y bienes por entender que la actitud de los manifestantes fue pacífica. Pero no es de la actitud de los manifestantes ahí donde cabe derivar esa alteración del orden público esa situación de peligro sino del corte de una carretera principal, dato objetivo que no depende del estado de ánimo de los manifestantes y que pone a los ciudadanos afectados en una situación de peligro real por no poder desplazarse a los lugares que tenían pensado: imaginamos que unos por trabajo, otros para asistir a citas médicas, otros para realizar negocios por ser profesionales del comercio, otros para acudir a empresas como clientes, otros para recoger a sus hijos del colegio o asistir a sus padres, o para ir a la Universidad, etc. Si esto no es afectar el orden público ni poner potencialmente en peligro personas o bienes no entendemos qué pueda serlo. Es doctrina del TC que esas alteraciones se darían cuando un corte de una vía o carretera cumple tres requisitos: producir prolongados colapsos circulatorios que impidan el acceso a determinadas zonas, imposibilitar por completo de este modo la prestación de servicios esenciales e incidir en la seguridad de personas o bienes - urgencias médicas, bomberos o policía - (STC 42/2000, de 14 de febrero, Fdto. Jco. 4º).

⁸⁹ STSJG de 23 de noviembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, JUR\2002\54851, ponente José Antonio Méndez Barrera. En este caso la sanción al recurrente fue anulada porque la DGT la impuso sobre la base de una norma equivocada (la Ley de Tráfico y Seguridad vial de 1990), siendo así que la normativa aplicable era la Ley orgánica de seguridad ciudadana. Pero hasta el mismo recurrente parece aceptar su responsabilidad.

Lo que es claro es que, de entrada, el corte de una vía de circulación (calle o carretera) por el legítimo ejercicio del derecho de manifestación debe ser temporal y no permanente⁹⁰ y permitir alternativas de transporte que sean razonables, asequibles y equivalentes, no meramente posibles y a un coste de tiempo, esfuerzos y dinero desproporcionadamente superior.

En el concreto asunto del tráfico, una Sentencia del TSJM (de 17 de abril de 2002, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1ª, RJCA\2002\1190, ponente Alfredo Roldán Herrero) entendió que las restricciones de tráfico rodado previstas en los arts. 5, n) y 16 de la Ley de Seguridad Vial (R. D.-Leg. 339/1990, de 2 de marzo) no violaban el derecho fundamental a la libertad de circulación, aunque dejaba en el aire una conclusión intrigante: a menos que el interesado plantease una cuestión de inconstitucionalidad contra esos preceptos y el TC los declarase inconstitucionales. Y ello porque eran proporcionadas por estar muy determinadas a tramos específicos y por ser temporales, no permanentes. De donde podemos concluir que las medidas permanentes o poco precisas por su generalidad sí afectarían gravemente ese derecho.

En conclusión, cuando la libertad de circulación entra en colisión con otros derechos u otros bienes jurídicos constitucionalmente garantizados el conflicto no puede solucionarse anulando uno de los bienes en concurso, sino ponderando la relevancia de cada uno y las circunstancias del caso, de forma que en la medida de lo posible sea compatible el ejercicio de uno y otro, conforme al principio de proporcionalidad (STC 26/1981, Fdtos. Jcos. 10º y 15º).

5. El Estado debe actuar frente a medidas de limitación de la libertad de circulación que sean desproporcionadas

En la STJCE de 9 de diciembre de 1997, asunto C-265/95, Comisión contra Francia, la República francesa es condenada por omisión. Aquí se trataba de la omisión de las

⁹⁰ Cfr. LOSADA GONZÁLEZ, H., “Artículo 19”, en GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. F., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M. E. (DIR.), PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I. (coord.), *Comentarios a la Constitución Española "XXX Aniversario"*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, 1ª ed., pág. 468, citando la STC 195/2003, de 27 de octubre, Fdto. Jco. 9º y el derecho a instalar mesas o una tienda de campaña para la exposición o intercambio de mensajes, a pesar de que ello supusiese unas molestias para las personas que por allí transiten.

autoridades francesas en reprimir las protestas de agricultores franceses en la frontera de Francia con España, cortando carreteras y tirando los productos de los camiones cargados de frutas y hortalizas españolas. *Mutatis mutandis*, esta consecuencia nos plantea una pregunta incómoda: cuando una gran mayoría de ciudadanos ve impedido su acceso al centro de una ciudad por parte de un municipio, ¿no debería también el Estado adoptar las medidas para que tales restricciones no se produzcan, siempre que tales medidas fueran desproporcionadas, no suficientemente motivadas o no informadas con la antelación suficiente?

A mi juicio, sí. Porque, conforme a esta Sentencia, si bien los Estados miembros, que son los únicos competentes para el mantenimiento del orden público y la protección de la seguridad interior, gozan ciertamente de un margen de apreciación para determinar cuáles son, en una situación dada, las medidas más idóneas para eliminar los obstáculos a la importación de los productos y, por tanto, no corresponde a las Instituciones comunitarias sustituir a los Estados miembros para dictarles las medidas que deben adoptar y aplicar efectivamente con el fin de garantizar la libre circulación de mercancías en su territorio, sí le incumbe al Tribunal de Justicia comprobar, en los casos que les sean sometidos, si el Estado miembro de que se trate ha adoptado las medidas adecuadas para garantizar la libre circulación de mercancías⁹¹.

La Sentencia considera que el art. 30 prohíbe los obstáculos a la restricción de libertad de circulación de mercancías y “debe entenderse en el sentido de que tiende a la supresión de todos los obstáculos, directos o indirectos, reales o potenciales, a las corrientes de importación en el comercio intracomunitario”. Por tanto, “como medio indispensable para la realización del mercado sin fronteras interiores, el artículo 30 no prohíbe sólo las medidas de origen estatal que, en sí mismas, creen restricciones al comercio entre los Estados miembros, sino que puede también aplicarse cuando un Estado miembro se abstenga de adoptar las medidas necesarias para hacer frente a obstáculos a la libre circulación de mercancías debidos a causas que no sean de origen estatal”.

⁹¹ Un Estado miembro incumple las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado, en relación con el artículo 5 de dicho Tratado y de los Reglamentos que establecen la organización común de mercados de productos agrícolas, cuando las medidas que ha adoptado para hacer frente a las acciones de particulares que crean obstáculos a la libre circulación de determinados productos agrícolas no han sido manifiestamente suficientes.

6. La indemnizabilidad de los perjuicios económicos sufridos como consecuencia de las restricciones de tráfico por motivos ambientales

No en todo caso esas medidas serán indemnizables. Sí lo serán cuando haya un daño antijurídico, un sacrificio especial o desproporcionado en el ciudadano lesionado. En ese caso las Administraciones deberían indemnizar cuando sus medidas (normativas o mediante actos administrativos) supusieran un decremento del valor de sus propiedades de los ciudadanos (los coches que ya no pueden entrar en las almendras centrales de las ciudades cerradas al tráfico) o le exigieran costearse un vehículo eléctrico o un transporte público que antes no le eran necesarios. En este caso serían daños derivados del funcionamiento normal de las Administraciones Públicas; aparentemente sería un daño jurídico (esto es, no antijurídico), que los particulares y empresarios tienen el deber de soportar. Pero solo en apariencia, pues si una norma supone unas pérdidas cuantificables en el patrimonio de una serie de afectados, parece evidente que ese daño es antijurídico, por lo que supone de una afectación desproporcionada a su derecho de propiedad. A fin de cuentas, medidas de cierre en una zona completa como Madrid Central suponen un sacrificio especial para los empresarios o para los ciudadanos de a pie, que no puedan usar sus vehículos para realizar su trabajo, para recibir a su clientela o para desplazarse de un modo económico al centro de la ciudad.

El daño es evaluable económicamente por el daño emergente producido, pues la compra de un coche o furgoneta con 0 emisiones o etiqueta ECO supone un monto económico relevante. Y porque, caso de usar el transporte público, la frecuencia de paso de los mismos y la lejanía de algunos destinos de las paradas que están programadas pueden ocasionar retrasos a la hora de entrar en el trabajo, de llevar a los niños al colegio, para abrir un comercio y el sinfín de situaciones más que se dan en la ajetreada vida diaria de cada uno de nosotros (v. gr., retrasos en la entrega de portes de transporte e incumplimientos contractuales varios). Y no olvidemos que una de las reclamaciones más habituales de Madrid Central son las de empresarios que ven que ahora los clientes compran menos, pues antes dejaban los bultos en el maletero del coche (que tenían aparcado en un parking) y ahora tienen que volver a casa en el metro solo con las bolsas que pueden acarrear. Por no hablar de la vida nocturna, bastante afectada en lo que hace

a restauración y hostelería. Las pérdidas, estimadas por la Confederación de Comercio Especializado de Madrid, ascienden a entre el 20 y al 25% de pérdidas, que solo en el mes de diciembre eran de unos 50 millones de euros⁹².

Con esto queremos decir que un Ayuntamiento no puede establecer limitaciones al uso del vehículo privado sino en casos excepcionales y tasados, como se ha visto, nunca generales para determinados vehículos ni para una zona completa de la ciudad, pues si lo hace sin disponer de una adecuada respuesta del transporte público le ocasiona un daño a los administrados derivados directamente de su decisión administrativa. El cierre de una vía al tráfico debe estar motivado por una situación de necesidad y solo será válida cuando su cierre esté justificado, sea conforme a derecho, fuera necesaria y proporcional⁹³.

Un caso ejemplar en que esa responsabilidad administrativa fue concedida fue el resuelto en la STSCyL Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 28 octubre de 2004, JUR\2004\75917, ponente Valentín Jesús Varona Gutiérrez. El Ayuntamiento de Burgos declaró durante cuatro fines de semana (12 y 13 de mayo, 9 y 10 de junio, 22 y 23 de septiembre y 15 y 16 de diciembre) 2001 la campaña del “día sin coches”, impidiendo el acceso de los vehículos particulares al aparcamiento de la Plaza Mayor, gestionado por una empresa privada, concesionaria del Ayuntamiento, tanto físicamente con la colocación de vallas y presencia de policías que advertían de las restricciones de tráfico como mediante la información dada a la ciudadanía con folletos informativos y servicios de información del Ayuntamiento y la Policía Local, así como poniendo a disposición de los conductores de los vehículos aparcamiento gratuito en Caballería, y llevando a cabo una campaña de concienciación del ciudadano conductor para que no se acercase a la zona.

⁹² https://www.abc.es/espana/madrid/abci-patronal-sobre-madrid-central-perdidas-irrecuperables-hasta-50-millones-euros-201901022016_noticia.html. La plataforma de afectados por Madrid Central concreta las pérdidas en un 15% de media (<https://www.20minutos.es/noticia/3537032/0/volumen-negocio-comercios-centro-con-madrid-central-cayo-14-8-navidad-segun-plataforma-afectados/>) y <https://www.elmundo.es/madrid/2019/01/10/5c373c4dfc6c83b72b8b4583.html>

⁹³ Cfr. CANO CAMPOS, T., *Los Ayuntamientos y el tráfico...* *opus cit.*, pág. 169. Ese cierre solo será posible y estará justificado y será conforme a Derecho si la medida es necesaria, proporcional y se adecúa a los fines que con ella se pretenden. Cfr. CANO CAMPOS, T., *El régimen jurídico-administrativo...* *opus cit.*, págs. 457 y 458.

Falta de afluencia de turismos que provocó una disminución en la facturación que estimaba la recurrente en 28.848,58 euros. Se pretendía así poner a disposición de los peatones una zona restringida al tráfico de vehículos privados y concienciar a los ciudadanos de una mejora del medio ambiente, desincentivando con campañas informativas y de publicidad el uso del vehículo particular, poniendo a disposición de los ciudadanos el transporte público con una rebaja de tarifas, informando de la existencia de aparcamientos públicos fuera del perímetro de la zona acotada, y ofreciendo aparcamiento gratuito en las afueras.

El TSJCyL entendió que se daban los requisitos de la responsabilidad patrimonial en este caso, aunque rebajó la cantidad a 5.040 euros.

Conforme a esta sentencia, los daños producidos por un Ayuntamiento que cierra el centro de una ciudad al tráfico privado serían indemnizables siempre que una empresa pudiera demostrar que los ingresos han caído como consecuencia de ello, al acudir menos clientes. Por lo tanto, todos los empresarios que tienen cuantificada sus pérdidas respecto a los mismos meses de otros años podrían entablar una reclamación por responsabilidad extracontractual contra el Ayuntamiento de Madrid.

Igualmente podría hacerlo un conductor que demostrara que el precio que le cuesta acceder a su trabajo en transporte público tras el cierre del centro es superior al que le hubiera costado hacerlo en su coche... y lo tuviera cuantificado. Y ello porque, en palabras de la sentencia:

“debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable”.

Aunque se trata de un concepto jurídico muy indeterminado, parece razonable pensar que la conciencia social relativa a las medidas de restricción del tráfico (sobre todo cuando son impuestas con insuficiente antelación como para permitir a los potencialmente afectados cambiar sus planes o adoptar medidas alternativas de

transporte), es bastante contraria a estas medidas, sobre todo entre los que trabajan, viven o realizan su labor empresarial en la zona vetada al tráfico, por ser éstas las personas más damnificadas.

Lo mismo ocurriría si como consecuencia de un plan de tráfico municipal el acceso al centro de la ciudad quedara restringido o limitado al coche particular, y de ello se derivara un perjuicio económico para una gasolinera allí ubicada. Fue el caso de la STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 23 de enero de 2006, JUR\2006\232616, ponente Jordi Morato Aragonés Pamies, aunque aquí finalmente no se concedió la indemnización por considerar el Tribunal que se trataba de un daño jurídico⁹⁴ y porque no fue correctamente cuantificada la cantidad dejada de percibir. Sin embargo, cuando el daño deriva de una actuación pública que produce un daño patrimonial a un bien, porque se reduce su utilidad y su rentabilidad, y esa lesión económica queda justificada documentalmente, sí cabe indemnizar⁹⁵.

Y lo mismo cabe decir de los casos en los que un ayuntamiento decide peatonalizar una o varias calles del centro de una ciudad de modo que se les impide a los residentes acceder con sus vehículos a sus propiedades⁹⁶, pues afectaría a su libertad de circulación⁹⁷.

⁹⁴ Al restringir el tráfico, el aumento de la calidad de vida y de calles peatonalizadas son un motivo lícito, a juicio del Tribunal para imponer ese sacrificio a los posibles damnificados. Pero el tribunal lo condiciona a que esas “restricciones de acceso al centro que no impliquen una ruptura excesiva con los usos y expectativas actuales de los ciudadanos.”. Lo que parece del todo acertado pues en esos casos supondrían un sacrificio especial que daría lugar a responsabilidad.

⁹⁵ Fue el caso de la realización de una obra pública en una carretera catalana que motivó que el acceso franco que desde ella se tenía a una gasolinera se cambiara por un acceso mucho más complicado, que redujo notablemente el número de conductores que se paraba a repostar combustible. Vid. STSJ Cataluña, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 549/2016 de 18 julio, JUR 2016\214908, Ponente Manuel Táboas Bentanachs. Por analogía, si ese decremento económico se produce por la reducción de la clientela de una empresa por la mayor dificultad de acceso de los ciudadanos a ella, motivada por una decisión administrativa, parece evidente que sería igualmente indemnizable. Y lo mismo si esa lesión patrimonial se produce en la utilidad o rentabilidad de un bien caro como un coche.

⁹⁶ SSTs de 22 de noviembre de 1983, de 30 de marzo de 1987, de 11 de febrero de 1997, de 4 de junio de 1997, de 25 de mayo de 1998, de 7 de junio de 1999, de 13 de diciembre de 1999

⁹⁷ Cfr. CANO CAMPOS, T., *Los Ayuntamientos y el tráfico*, Iustel, Madrid, 2006 se muestra a favor de esa indemnización, al igual que FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., “Las situaciones de los colindantes de las vías públicas”, RAP, nº. 69, 1972, ESCRIBANO COLLADO, P., “Los derechos de los colindantes con vías públicas”, RAP, nº. 71, 1973 y SÁNCHEZ GOYANES, E., “La potestad normativa del municipio en España. Ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas”, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2000.

No parece previsible que las empresas fabricantes de coches diésel o de gasolina vayan a demandar a los Estados, CC.AA. o Ayuntamientos que impidan a sus coches entrar en el centro de las ciudades, pues evidentemente no hay un daño emergente (los coches ya vendidos, vendidos están) y puede que tampoco un lucro cesante, pues se adaptarán a fabricar solo coches eléctricos, sobre todo si las medidas dejan un plazo de moratoria de varios años, como es razonable, antes de entrar en vigor (2040). Las reclamaciones, más bien, podrían venir de los empresarios que enumerábamos antes; y puede que de los trabajadores despedidos del sector de fabricación de automóviles de combustión o de sus componentes porque ya nadie querrá comprar esos modelos (incluso años antes de que las medidas entren en vigor).

Para que de una norma que afecta a una propiedad personal se derive una obligación de indemnizar al propietario de un vehículo (el particular que ve que su coche ya no sirve para acceder a la ciudad o que le cuesta más hacerlo en autobús) la jurisprudencia requiere que la norma haya afectado al uso normal de la esa determinada propiedad, la que y a configura su propio estatuto jurídico, suponiendo una restricción singular de ese aprovechamiento que, aunque sea por razones de utilidad pública, los propietarios no deben soportar. Y siempre que las limitaciones a la propiedad supongan una lesión efectiva, singular y evaluable económicamente para sus titulares. Ésa era la *ratio decidendi* de la STS de 14 de febrero de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), RJ 2006\4437, ponente Jesús Ernesto Peces Morate, Fdto. Jco. 4º, aplicable por analogía desde este asunto (relacionado con la propiedad inmueble) al de los bienes semovientes como los vehículos privados⁹⁸.

Porque el contenido esencial del derecho de propiedad está constituido por el derecho de uso-disfrute (aprovechamiento, explotación, utilidad privada) y de libre disposición de la cosa, en este caso, del vehículo diésel o de gasolina que no puede entrar en una zona vedada de la ciudad o cuyo uso, sencillamente, va a ser prohibido dentro de unos años en España y la UE. Parece evidente que este tipo de medidas comprometen

⁹⁸ En idéntico sentido, véase también el Fdto. Jco. 16º de la STS de 3 de noviembre de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), RJ 2005\1586, Ponente Segundo Menéndez Pérez: “la privación del aprovechamiento... que aquella decisión acarrea no constituye una mera limitación de su uso, que vendría a definir el contenido normal de la propiedad y a configurar su peculiar estatuto jurídico, sino que supone una restricción singular de ese aprovechamiento por razones de utilidad pública o interés social, que no debe soportar el desposeído sin una congruente remuneración”. Vid. también SSTS de 20 de enero de 1999 (dictada en el recurso de casación número 5350 de 1994 [RJ 1999, 1081]) y de 21 de octubre de 2003 (recurso de casación número 10867 de 1998 [RJ 2004, 54]).

seriamente tanto la facultad de libre uso como la de libre disposición. Y, en todo caso, reducen el valor de este tipo de coches, de una forma que, por ser desproporcionada, podría dar lugar a una indemnización pública, por mor del art. 33.3 CE. Es cierto que el derecho de propiedad confiere a su propietario un derecho de uso genérico, que puede ser conformado por el Legislador, pero incluso éste no puede afectar con su regulación el estatuto jurídico propio de un determinado tipo de bienes sin que deba por ello compensar el daño producido. Y si afectase a su contenido esencial, además, esa medida habría de reputarse inconstitucional⁹⁹.

No creemos que nos encontremos en este segundo escenario, pero sí en el primero. Quizás, la forma más correcta desde un punto de vista jurídico de compensar a los millones de propietarios que en España tienen un coche diésel o de gasolina cuyo uso va a ser prohibido en pocos años sería la de otorgar una subvención nominativa condicionada a la compra de un vehículo 0 emisiones o eléctrico. Y lo mismo cabría decir de las CC.AA.¹⁰⁰ o de los Ayuntamientos que tomen medidas parecidas o que impidan el acceso a amplias zonas de la ciudad a este tipo de vehículos (paradigmáticamente, Madrid y Barcelona), ya que la función social impuesta por el Legislador o la Administración podría llevar a condicionar su uso (pago de una tasa de entrada al centro de la ciudad, por ejemplo; o un impuesto de matriculación más caro) pero nunca puede ir más allá y suprimir o condicionar gravemente alguna de las facultades esenciales de este derecho, pues en ese caso se estaría transformando en una expropiación encubierta que debe ser compensada.

⁹⁹ Se afecta al contenido esencial de la propiedad “cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (STC 37/1987).

¹⁰⁰ La C.A. de las Islas Baleares prohibirá los coches diésel en 2025 y los de gasolina en 2035: <http://www.rtve.es/noticias/20190212/baleares-prohibira-nuevos-vehiculos-diesel-desde-2025-gasolina-desde-2035/1883002.shtml>. Las autoridades baleares parecen desconocer que en la inmensa mayoría de las Low Emission Zones (LEZs) europeas y asiáticas se permite entrar en las zonas restringidas a vehículos diésel con etiqueta Euro 4 ó 5, que producen muy pocas emisiones de gases contaminantes.