

*A los que luchan por la Verdad, con mayúsculas,
contra la dictadura de lo políticamente correcto*

MONOGRAFÍA DE DERECHO ADMINISTRATIVO:

“LAS RESTRICCIONES DE TRÁFICO EN LAS CIUDADES POR MOTIVOS AMBIENTALES Y SU AFECTACIÓN A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN”

Antonio José Sánchez Sáez
Prof. Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 1. Desde su origen, el uso común de las calles ha sido el tráfico rodado. 2. La protección del medio ambiente urbano debe armonizarse con la protección de otros intereses públicos igualmente legítimos y con la tutela de los derechos fundamentales: la calidad de vida. 3. Los conflictos de derechos existentes en las restricciones del tráfico privado en las ciudades por motivos ambientales. **II. LA PREFERENCIA DE LA MOVILIDAD SOSTENIBLE SOBRE LAS MEDIDAS COERCITIVAS DE RESTRICCIÓN DEL TRÁFICO.** **III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RESTRICCIONES DE TRÁFICO POR MOTIVOS AMBIENTALES.** 1. Regulación de la UE. 2. El marco normativo estatal. *A. Los planes de calidad del aire y los planes de acción a corto plazo. El Plan Nacional Aire II y sus medidas. B. La contaminación vehicular en la regulación de tráfico: en especial, las restricciones de tráfico conforme a las etiquetas de la DGT sobre el potencial contaminante de los coches.* 3. La incipiente regulación autonómica. 4. Los municipios como Administraciones competentes para la ejecución de las medidas de restricción del tráfico privado por motivos ambientales. Algunas de las medidas que están adoptando en España, Europa y EE.UU. *A. La ciudad de Madrid.* i. Zonas de acceso restringido. ii. Madrid Central. iii. El nuevo Protocolo de actuación para episodios de contaminación por dióxido de nitrógeno en la ciudad de Madrid. iv. La Ordenanza de Movilidad sostenible del Ayuntamiento de Madrid (de 9 de octubre de 2018). *B. El Área metropolitana y la ciudad de Barcelona.* i. Programa de Medidas contra la Contaminación Atmosférica del Área metropolitana. ii. Programa de medidas contra la contaminación del aire de la ciudad de Barcelona. *C. Algunas medidas adoptadas en otras ciudades.* i. Algunos casos acertados y otros fallidos. ii. Los impuestos por congestión del tráfico: el caso de Londres y de Singapur. iii. El caso alemán y la posible inconstitucionalidad de las *Umweltzonen*. iv. El caso de París: breve excursión sobre las peatonalizaciones y su afectación a la libertad de circulación. **IV. LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN ESPAÑA, EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EN EL DERECHO COMPARADO.** **V. LAS**

RESTRICCIONES DE TRÁFICO POR MOTIVOS AMBIENTALES ENTRAN DENTRO DEL ÁMBITO OBJETIVO DEL ART. 19 CE. 1. Pues la libertad de circulación incluye la circulación vial. 2. Y porque el contenido esencial de la libertad de circulación incluye el derecho a desplazarse en vehículo propio. 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. 1 ¿Es posible limitar un derecho fundamental en aras de otros bienes jurídicamente reconocidos? 2. El medio ambiente como bien jurídico tutelable frente a la libertad de circulación: Sus límites. 3. Las restricciones al derecho fundamental a la libre circulación. 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.* B. *Segunda premisa: la jurisprudencia sobre obstáculos a la libertad de circulación es aplicable también a las medidas restrictivas de carácter municipal.* 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.* i. Que esa limitación esté recogida en una ley. a. *La exigencia de claridad y precisión de las limitaciones.* b. *¿Deberían las restricciones al tráfico por motivos ambientales recogerse en leyes orgánicas?* ii. Que la Comunidad Autónoma (o Ayuntamiento) haya actuado dentro de sus competencias. iii. La adecuación de la medida al fin constitucionalmente legítimo que se persigue. iv. **Que esa medida sea proporcional. v. Que esa medida no rompa la **igualdad básica de todos los españoles.** 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.** A. *El test de idoneidad o eficacia.* B. *El test de necesidad (subsidiariedad o menor onerosidad de la medida limitativa de la libertad de circulación).* i. Elementos de juicio. ii. El carácter excepcional de las medidas de restricción de tráfico como medida de control de la contaminación atmosférica. C. *El test de ponderación entre el sacrificio de la libertad de circulación y los beneficios ambientales obtenidos (proporcionalidad en sentido estricto).* 5. *El Estado debe actuar frente a medidas de limitación de la libertad de circulación que sean desproporcionadas.* 6. La indemnizabilidad de los perjuicios económicos sufridos como consecuencia de las restricciones de tráfico por motivos ambientales. VII. ¿DEBERÍAN SER CONSIDERADAS LAS MEDIDAS DE RESTRICCIÓN DEL TRÁFICO POR MOTIVOS AMBIENTALES COMO MEDIDAS CAUTELARES DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SUPERIOR? VIII. CONCLUSIONES**

RESUMEN

En las grandes ciudades se concitan todo tipo de recursos económicos y sociales que las convierten en un entorno muy atractivo para vivir. Pero desde hace años la convivencia se está viendo amenazada por la contaminación atmosférica producida por un tráfico rodado cada vez más intenso. Para paliarla, muchas ciudades americanas, europeas y asiáticas comenzaron, hace décadas, a aplicar medidas razonables de control del tráfico. Pero en los últimos años hemos pasado a una segunda etapa en la que esas medidas han ido escalando en intensidad y extensión, centrándose casi exclusivamente en restricciones a gran escala del tráfico de vehículos particulares, que están llegando al extremo del cierre de las almendras centrales de las grandes urbes a un alto porcentaje de coches, a la prohibición del diésel o incluso a la proscripción permanente de todos los coches que funcionen con motor de combustión. Como jurista, esto me preocupa. La sociedad, en general, ve con buenos ojos la protección del ambiente urbano, pero percibe como injustas y desproporcionadas estas soluciones radicales, ya que un enorme número de personas ya no puede acceder en condiciones normales, con su vehículo propio, a sus lugares de trabajo, estudio, familiares... y a los servicios que se prestan en el interior de las ciudades, pues son pocas las familias o pequeños comerciantes que pueden permitirse adquirir un coche eléctrico ó 0 emisiones. Por eso nos hemos preguntado si las drásticas medidas que a partir de ahora se pretenden adoptar colisionan o no con el derecho fundamental a la libertad de circulación (art. 19 CE).

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

1. Desde su origen, el uso común de las calles ha sido el tráfico rodado

Las ciudades en Europa han sido siempre un lugar de encuentro de personas y de confluencia de relaciones, sobre todo económicas (laborales, financieras, empresariales, comerciales, industriales...), al calor de los derechos otorgados por los monarcas a los burgos desde la Alta Edad Media para animar la libertad económica y crear puntos de libre mercado en sus reinos, superando poco a poco el antiguo sistema de las aduanas interiores. Las ciudades fueron, así, un germen inicial de un mercado único nacional estatal lo que consumó, tras la II Guerra Mundial, la consecución de un mercado único europeo, que en nuestros días es una realidad. El fenómeno urbano, pues, ha coadyuvado decisivamente a ello.

Contribuyó a ello en sus inicios la magnífica red viaria de calzadas romanas, que desde siglos antes comunicaban las ciudades con otras vecinas o lejanas (quienes hayan visitado Pompeya habrán contemplado las marcas de las ruedas de los carros, que han dejado carriles en sus calles, que llagaban hasta el mismo foro de la ciudad). Y así ha seguido siendo hasta nuestros días...

De esta forma, el surgimiento del coche a principios del s. XX no supuso realmente un cambio de fondo en esas relaciones sino su aumento y socialización; ni tampoco una mutación demanial de las vías, pues tanto el ancho del eje de un coche de caballos como su longitud era similar a la de los coches actuales, y su utilidad, la misma: transporte de cosas y de personas. Los ciudadanos y comerciantes se limitaron a sustituir el tráfico rodado semoviente por el impulsado por motores de combustión¹. Al margen del fenómeno de la contaminación, pues, nada hay de intrínsecamente malo en que los coches sigan accediendo al centro de las ciudades como antes lo hacían los carros y carromatos, en la medida en que mantienen el uso para el que fueron creadas las calles y carreteras (su uso común, el tránsito rodado, que les otorga a los conductores un derecho

¹ Sobre el tráfico como fenómeno histórico desde la época romana a la actualidad véase CANO CAMPOS, T., *El régimen jurídico-administrativo del tráfico. Bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*, DGT, Ministerio del Interior, Civitas, Madrid, 1999, págs. 43-129.

subjetivo al mismo, mientras esas calles sigan abiertas²), al tiempo que ayudan a continuar, en el entorno urbano, las mismas relaciones, esencialmente económicas, culturales y de servicios, que inicialmente motivaron el surgimiento de las grandes ciudades medievales y que las hacen tan atractivas como lugar de residencia. El odio al coche privado, pues, tiene mucho de ideología, pues ya muchas ciudades europeas se plantean peatonalizar todo su centro histórico, impidiendo incluso el acceso a las mismas de los coches eléctricos, como veremos.

Pero ese uso común de las calles (tráfico rodado en las calzadas y tránsito de peatones en las aceras) es compatible con otros usos especiales: manifestaciones, reuniones, mítines políticos, mercadillos temporales, procesiones religiosas, celebraciones deportivas, etc., que deben convivir entre sí, no anularse los unos a los otros pues tan malo es considerar que el tráfico rodado no debe ser cortado o restringido por ninguna razón que decidir cerrar al tráfico en una zona importante de la ciudad de forma caprichosa o incluso permanente, para darle toda la prioridad al peatón.

En palabras del Tribunal Supremo de Estados Unidos, vías, aceras y parques son un <<foro público quintaesencial>> porque desde tiempo inmemorial han sido destinadas al uso público y utilizadas como lugar de reunión, de comunicación entre los ciudadanos y de discusión de los asuntos públicos³.

² Cfr. CANO CAMPOS, T., *El régimen jurídico-administrativo... opus cit.*, págs. 265 y 267. Mientras estén abiertas y no hayan sido desafectadas para su peatonalización, añadiría yo. Para LÓPEZ PELLICER, J. A., “La libertad de circulación y sus límites en el ámbito de la ordenación vial”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II) / XIII Jornadas de Estudio*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. 2, 1993, pág. 1126, una vez destinada una vía al uso común colectivo de circulación, sería ilegal cualquier actuación administrativa no prevista legalmente que limitara o impidiera de modo singular disfrutar de ese derecho subjetivo, y frente a ella cabrían los recursos pertinentes.

³ Así lo dijo el juez Roberts en la Sentencia *Hague v. CIO* [307 U.S. 496, 515, 59 S.Ct. 954, 83 L. Ed. 1423 (1939)]: “Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens.” Esa doctrina fue confirmada en *Schneider v. Town of Irvington* [308 U.S. 147, 163 (1939)] y en *Kunz v. New York* [[340 U.S. 290](#), 293 (1951)]. Por tanto, calles, aceras y parques “are considered, without more, to be ‘public forums.’” (*Grace*, 461 U.S. at 177, 103 S.Ct. 1702); véase también al respecto la Sentencia *Frisby v. Schultz* [487 U.S. at 481, 108 S.Ct. 2495]. Y la Sentencia *Startzell v. City of Phila.* [533 F.3d 183, 196 (3d Cir. 2008)]: “The streets and sidewalks of Philadelphia [are] an undisputed quintessential public forum.”

Aún más: la popularización del coche a motor no solo ha mantenido las ciudades como un lugar de encuentro social y de relaciones de todo signo, sino que ha contribuido a darles una mayor intensidad a esos rasgos. Porque es un hecho que la inmensa mayoría de la población española y occidental vive ya en ciudades de tamaño medio y grande⁴. Así, la vida en las megalópolis europeas o norteamericanas se fue complicando desde el s. XIX, debido a las sucesivas oleadas de migraciones internas del campo a la ciudad que acontecieron desde entonces al calor de la industrialización. Población que venía en busca de un trabajo mejor, huyendo del venturoso y sufrido trabajo agropecuario y que, cuando la bonanza económica llegó al punto de crear una amplia clase media, adquiriría su piso en propiedad y su coche, de forma que los episodios de congestión del tráfico ya eran un problema real a comienzo de los años 70 del siglo XX, también en España⁵. Esta población sobrevenida tenía que ser alojada de manera urgente, lo que se solucionó, en la mayoría de los casos, creando un denso cinturón residencial alrededor del centro histórico de las ciudades o en los pueblos circunvecinos. Los casos de Madrid y Barcelona son paradigmáticos. Y este fenómeno se ha recrecido en nuestro país y en otros de nuestro entorno en las últimas décadas debido al aumento exponencial de una migración económica desde países del denominado “tercer mundo”.

Por tanto, el que una Administración pública local decida restringir el tráfico privado en las ciudades con distintas medidas de desigual intensidad y alcance no es una medida baladí ni inocua, sino que afectará de manera trascendental y decisiva el delicado y complejo engranaje que hace de las ciudades un entorno tan interesante y proteico. Intentaremos probar en esta investigación cómo algunas de esas medidas de intervención tan graves, cuando son extremas (el cierre a un alto porcentaje del tráfico

⁴ En Europa ese porcentaje es del 75%:

(<https://www.lavanguardia.com/economia/20170506/422335535562/el-mundo-crece-en-las-ciudades.html>).

⁵ En este sentido, es muy reveladora la Exposición de Motivos de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre de Protección del Ambiente Atmosférico, cuando expresa que «Con todo, la dificultad primaria de los programas de defensa de medio ambiente radica en su extrema complejidad, lo que obliga, más que en ninguna otra acción del Gobierno, a una actuación coordinada... la congestión del tráfico urbano, la lucha contra el ruido y tantos otros no son sino aspectos parciales de una política general de múltiples facetas, en buena parte inexploradas, y cuya comprensión y ordenación global exige unos instrumentos legales de los que hoy no se dispone... La contaminación del aire; problema que ha de abordarse teniendo muy presente que la naturaleza es una unidad y que, por lo tanto, actuar para preservar la atmósfera de elementos contaminantes puede, si no se considera el problema en su conjunto, tener consecuencias negativas inmediatas sobre otros aspectos del medio ambiente, el agua y el suelo». En Madrid, en enero de 1975, la combinación del uso masivo de calefacciones, el tráfico y el frío generaron tal alarma de contaminación entre la población que el consejo de Ministros tuvo que aprobar medidas de emergencia.

privado del centro de las ciudades) lesionan derechos importantes como la libertad de circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa, la propiedad (garajes privados a los que ya no podrán acceder propietarios de fuera, coches que ya no podrán acceder al centro aunque fueran comprados con esa finalidad...) al tiempo que se incide de manera no menor sobre el instrumento – el coche - que permite el acceso al trabajo, a la educación, a la sanidad y a otros muchos servicios públicos.

Impedir el acceso de la mayor parte del tráfico privado de una ciudad toca el nervio central de las relaciones sociales, laborales y económicas que vivifican el entorno urbano y que lo hace tan llamativo para los ciudadanos, demudándolo o transmutándolo en otra cosa: no es casual que muchas de las ciudades que han peatonalizado su centro histórico acaban “turistificando” los usos de ese suelo urbano, aumentando exponencialmente el número de apartamentos turísticos o de comercios *ad hoc*, expulsando al comercio local y a los habitantes que allí residían (gentrificación) y convirtiendo en una especie de “museo” o “escenario” ese entorno, matando su ser comercial y económico, al tiempo que se trasladan a los alrededores las congestiones de tráfico.

Mientras el centro urbano comienza a ser abandonado por el insostenible precio que las viviendas han alcanzado en las últimas décadas (hasta el punto de vivir hace pocos años una crisis bancaria del sector, ocasionada por una burbuja inmobiliaria, que, por cierto, podría volver a ocurrir con tintes más dramáticos aún en los próximos años)⁶, la población que vive en las aglomeraciones urbanas de los alrededores tiene que acceder cada día al centro para trabajar en el sector servicios, turístico y asistencial. Y un altísimo porcentaje de ellos lo hace en vehículos propios, lo que provoca una contaminación atmosférica grave que se agrava con determinadas condiciones climáticas (anticiclónicas) hasta el punto de hacer nocivo el aire respirable. El aumento de las afecciones relacionadas con las vías respiratorias y las mucosas es patente a simple vista: picor de ojos, alergias, asma, crisis respiratorias, neumonías, laringitis,

⁶ Como ejemplo de este proceso, nótese que la población de la ciudad de Madrid ha pasado de representar el 56% en el año 2004 a suponer únicamente un 49% de la población de la Comunidad Autónoma en el 2012. Y ello a pesar de haber aumentado la población de la capital, en los últimos 7 años, en 100.000 persona, si bien el incremento de la población de la Comunidad ha sido mayor, de cerca de 700.000 hab. Igualmente, se aprecia una diferencia notable de las tasas de envejecimiento entre Madrid y su Área Metropolitana. Cfr. Plan de Movilidad Urbana Sostenible de la ciudad de Madrid, 2014, pág. 27.

faringitis, edemas e infartos pulmonares, bronquitis... sobre todo en la población infantil y anciana. Pero ese diagnóstico, que es cierto, no debe llevarnos a aplicar cirugía desde el principio. Otras muchas medidas deben aplicarse al enfermo antes. Y más aún cuando sabemos que las restricciones de tráfico no suponen un descenso proporcional de la contaminación, sino mínimos, pues otras fuentes de contaminación (industria, producción de energía) y circunstancias climatológicas siguen afectando al nivel de inmisión de gases (CO, NOx, Pb, partículas volátiles, SO2, etc.).

Las restricciones de tráfico entran dentro de la categoría que THOMSON consideró en su día como “Route restrictions”, es decir, prohibiciones de entrada en determinadas calles, para diferenciarlas de las “right of way restrictions”, o restricciones pasadas en la señalización y en la cesión de prioridad de paso a otros vehículos⁷.

Es evidente que hay que reducir la contaminación en los centros de las ciudades, pero no a costa de aplicar siempre y directamente medidas coercitivas sino mediante medidas administrativas de fomento, servicios o tributarias, que no afecten de modo tan decisivo a las libertades de los ciudadanos. Se está llegando, incluso, al extremo de que los planes o protocolos de movilidad establecen un número determinado de autorizaciones a los residentes en el centro para que puedan “invitar” a los conductores que vengan de fuera, lo que parece una medida absolutamente autoritaria y contraria a la libertad personal, y sin parangón en ninguna ciudad del mundo. *E così via...* En suma, no podemos pretender que al expulsar el coche particular de las ciudades éstas sigan siendo lo que eran. Serán ya otra cosa, bien distinta.

2. La protección del medio ambiente urbano debe armonizarse con la protección de otros intereses públicos igualmente legítimos y con la tutela de los derechos fundamentales: la calidad de vida

Sabemos que muchos ciudadanos europeos (también en España) viven en aglomeraciones urbanas donde todavía se superan los valores límite obligados por la

⁷ Cfr. THOMSON, J. M., “The Value of Traffic Management”, en *Journal of Transport Economics and Policy*, University of Bath, Vol. 2, No. 1 (Jan., 1968), pág. 4. Comenta un primer ejemplo de estas medidas de restricción del tráfico en Inglaterra en las restricciones de acceso del tráfico a las calles residenciales del distrito londinense de Pimlico, cercano a Westminster, de los años sesenta del s. XX.

normativa europea o recomendados por la OMS⁸. Es por eso por lo que, hace unos días, en noviembre de 2018, la UE ha propuesto acabar con todas las emisiones de gases de efecto invernadero para 2050, objetivo muy ambicioso que pende como una espada de Damocles sobre todos nosotros y que condiciona e imanta todas las polémicas decisiones que, al respecto, se están tomando en Estados, regiones y municipios en los últimos años⁹.

Los principales problemas de contaminación de la atmósfera urbana están asociados a elevados niveles de partículas (PM), dióxido de azufre (SO₂), ozono (O₃), óxidos de nitrógeno (NO₂), monóxido de carbono (CO) y compuestos orgánicos volátiles, si bien sabemos que el tráfico es realmente la segunda causa de emisión para estos tres últimos¹⁰, siguiendo a las centrales térmicas (que son las primeras, según datos del IPPC). Otros autores consideran, sin embargo, que los automóviles son ya la primera fuente de contaminación atmosférica antropogénica. Como vemos, en un tema tan complejo de contaminación difusa no hay datos 100% fiables¹¹. Aunque se trata de un

⁸ El peligro se produce, sobre todo, en invierno, cuando el aire frío sobre la ciudad impide que salgan fuera los gases emitidos por el tráfico, que forma la niebla contaminante o *smog*. Las concentraciones de contaminantes derivadas del tráfico superan los límites establecidos al menos una vez al año en un 75% de las ciudades europeas. Cfr. GRANADOS SÁNCHEZ, J., “El estado del medio ambiente: Los desajustes entre sociedad y medio ambiente”, en GRANADOS SÁNCHEZ, J. y RACIONERO, Q., *Manual de Medio Ambiente y sostenibilidad*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 81. Las frías condicionales invernales hicieron que a principios de 1997, los alcaldes de Roma y Florencia se vieran obligados a prohibir el tráfico de vehículos en sus respectivas ciudades para reducir las cifras alarmantes de contaminación. Las condiciones meteorológicas facilitaron la acumulación de gases tóxicos y no sólo en algunas ciudades italianas, también en otras francesas - como Lyon, donde los colegios suspendieron las actividades físicas de los alumnos al aire libre- y checas - en Teplice se llegó a una concentración de dióxido de azufre de 597 miligramos por metro cúbico, el triple de lo tolerado -. Cfr. SANZ PÉREZ, D. C., “La administración local y la protección de la atmósfera: la intervención a través de instrumentos de control preventivo”, Cedecs, 1999, pág. 58.

⁹ https://elpais.com/sociedad/2018/11/27/actualidad/1543348641_627346.html. La Comisión adoptó el pasado 28 de noviembre su Estrategia climática a largo plazo, donde destaca ese nuevo objetivo, más ambicioso que el anterior. https://www.abc.es/sociedad/abci-bruselas-propone-conseguir-nivel-cero-emisiones-efecto-invernadero-2050-201811281102_noticia.html

¹⁰ Cfr. MARTÍNEZ MERINO, J. L., *Instrumentos económicos para la protección del medio ambiente: papel y análisis de los permisos de emisión negociables*, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 45: la primera fuente de contaminación atmosférica antropogénica son las centrales térmicas, por su contribución a las emisiones de SO₂ (75%), NO_x (31,7%), y partículas (31%), CO₂ (30%) además de otros contaminantes como hidrocarburos y monóxido de carbono. Sigue en importancia el tráfico rodado por su contribución a las emisiones de monóxido de carbono (70%) NO_x (54%), COV (23%). Estos datos están extraídos del panel IPPC de la ONU.

¹¹ Respecto a las emisiones de SO₂, la industria es la principal responsable, las calefacciones ocupan el segundo lugar y el tráfico contribuye con menos del 10%. La imagen es muy diferente en el caso de los NO_x, que se emiten en todos los procesos de combustión, y así, el tráfico sería la fuente principal de contaminación en la mayoría de las ciudades, mientras que la industria ocuparía el primer lugar en las conurbaciones muy industrializadas como Amberes, Bratislava, Helsinki o Rotterdam. En cuanto a los compuestos orgánicos volátiles antropógenos (COV), sobre el 80%-90% procede del tráfico, así como el 90% del monóxido de carbono (CO). Entre los COV se encuentran algunos compuestos cancerígenos

problema generalizado en Europa, en España este problema se agrava debido a nuestras peculiares circunstancias climatológicas: alta insolación, estabilidad atmosférica en forma de anticiclones, bajas precipitaciones y proximidad al continente africano, que envía sus vientos cálidos y cargados de arena gran parte del año.

Nos interesa ahora poner el foco en el aspecto medioambiental: algunas ciudades han crecido tanto que están llegando a un punto de no retorno en lo que a sostenibilidad ambiental se refiere. Porque se trata de hacer que el tráfico urbano sea sostenible. En ello tienen mucho que ver las políticas de movilidad sostenible, que se centran en desincentivar el empleo del coche privado y en favorecer otros medios de movilidad, como el transporte público u otros medios de transporte que no funcionen por medio de motores de combustión¹². Recordemos que las SSTC 64/1982 y 102/1995 definen la sostenibilidad como la compatibilización de la protección del medio ambiente con las políticas de desarrollo económico. En esa compatibilidad se encuentra el concepto de “calidad de vida”, que no debe verse solo como una proyección de la protección del medio ambiente humano sino también, claro, de las preferencias de la población a la hora de desplazarse, de su comodidad y del tiempo empleado para acceder a los servicios básicos ubicados en el centro de una ciudad¹³. En ese sentido, MAURO RENNA ha defendido que el principio comunitario de elevado nivel protección del ambiente (arts. 3.3 TUE y 191.2 TFUE) no debe equivaler a “máxima protección del ambiente” sino que implica que deban armonizarse los intereses ambientales con otros igualmente dignos de tutela, entre los que están la libertad de circulación¹⁴.

especialmente nocivos, como el benceno y diversos hidrocarburos aromáticos policíclicos (HAP), emitidos también principalmente por los vehículos. Cfr. ZACCHARIADIS, T., “Calidad del aire en las ciudades europeas: revisión general” en The IPTS Report, nº. 47, septiembre 2000, pág. 2.

¹² Las leyes autonómicas de movilidad aprobadas consideran que una de sus finalidades es la de disminuir las emisiones del tráfico, paliando la contaminación atmosférica mediante el fomento del transporte público y de los medios de movilidad personal no basados en los motores de combustión. Hasta ahora se han aprobado cuatro: la Ley 5/2009, de 20 de octubre, de Ordenación de Transporte y Movilidad por Carretera de Madrid, la Ley 9/2003, de 13 de junio de la Movilidad de Cataluña, la Ley 6/2011, de 1 de abril de Movilidad de Comunidad Valenciana y la Ley 4/2014, de 20 de junio, de Transporte Terrestre y Movilidad Sostenible de Illes Balears.

¹³ <https://www.elmundo.es/madrid/2018/12/12/5c10e68c21efa0f94c8b4649.html>

¹⁴ Cfr. RENNA, M., “I principi in materia di tutela dell’ambiente”, en Rivista Quadrimestrale di Diritto dell’Ambiente”, año 2012, números 1-2, pág. 74.

El maestro LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER sostenía también este concepto integral y armónico de la “calidad de vida”¹⁵. No debemos, pues, plantear la calidad de vida de una sociedad solo por el malestar que causa el “horrible tráfico” de una ciudad (*Carmageddon*) o el “inmenso bienestar” que representaría su ausencia (*Carmaheaven*), usando aquí la terminología de ARTHUR WINTER, Catedrático de Ciencias ambientales de la Universidad de UCLA¹⁶. El maniqueísmo se compadece mal con el interés público, que es necesariamente complejo y compuesto. Lo que parece obvio es que no hay solución sencilla para el problema del empleo del vehículo privado en las ciudades¹⁷.

3. Los conflictos de derechos existentes en las restricciones del tráfico privado en las ciudades por motivos ambientales

Desde hace décadas la libertad de circulación se expresa fundamentalmente a través del tráfico rodado. Porque casi todos usamos el vehículo propio en nuestra vida cotidiana, para ir a trabajar, llevar a los niños al colegio, ir a la Universidad, acceder a los servicios médicos de un hospital, para viajar, llegar al aeropuerto e ir a conciertos, conferencias o, simplemente, para visitar a la familia y a los amigos. De ahí la importancia que tienen su ordenación y control, porque las limitaciones que se le impongan a su uso acaban afectando siempre a la libertad de circulación, de manera que restricciones desproporcionadas, absolutas, absurdas o que impliquen una discriminación entre ciudadanos no estarán permitidas, como veremos más adelante.

¹⁵ La calidad de vida es “un estándar social y relativo, que dependerá de las posibilidades de cada época, pero también del «reparto» posible en cada momento, sin olvidar que tiene que convivir con la solidaridad y con la promoción general de la libertad y de la igualdad” (en línea, por ejemplo, con lo que prevé el artículo 9.2 CE)... y advertía del peligro de que “el juez se meta en estas cosas” cuando criticaba un voto disidente del juez italiano Vladimiro Zagrebelsky en la Sentencia Kyratos del TEDH y su visión excesivamente sesgada hacia el ambientalismo en la definición de la calidad de vida. Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “Lo medioambiental y la calidad de vida junto a la necesidad de dar cumplimiento a las sentencias [Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos "Kyratos C. Grecia", de 22 de mayo de 2003 (TEDH 2003, 25)], en Revista española de Derecho Administrativo, nº.125 (2005), punto 15.

¹⁶ Cfr. WINER, A., FANG ZHU, Y. y PAULSON, S., “Carmageddon or Carmaheaven? Air Quality Results of a Freeway Closure”, en Access, nº. 44, 2014.

¹⁷ Cfr. SÁNCHEZ BLANCO, Á., “El tráfico automovilístico, portuario, aéreo y ferroviario. Su incidencia sobre el medio ambiente urbano”, RAP, 82, 1977, pág. 329.

Las Administraciones comienzan a ser más conscientes de la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad a la hora de establecer restricciones al tráfico, por el sacrificio grave que suponen de derechos, aunque hasta ahora ningún texto normativo se haya atrevido a hablar expresamente de limitaciones a la “libertad de circulación”¹⁸. Porque, a pesar de que se ha ido despertando en los últimos años una conciencia muy favorable a la protección de la atmósfera¹⁹, también es cierto que el principio NIMBY (*Not in my backyard*) juega aquí de un modo notable, ya que la mayoría de los conductores se muestran contrarios o reacios a medidas traumáticas que les impidan usar su vehículo propio en las ciudades.

Si además a ello se suma que suele ser el reglamento el que regula y desarrolla las restricciones de tráfico urbano por motivos ambientales (planes de acción, ordenanzas), tenemos entonces un campo abonado al abuso y a la vulneración de las garantías de los derechos y, especialmente, de uno tan usual y esencial que ejercitamos todos varias veces al día: la libertad de circulación. Solo por ley cabrá restringir, por parte de los poderes públicos, este derecho fundamental, respetando su contenido esencial²⁰ (art. 53 CE). Y, como veremos después, el derecho a circular en coche es elemento integrante de ese contenido esencial, habida cuenta de que la mayoría de los desplazamientos en la vida moderna lo exigen necesariamente (trabajo, colegio, Universidad, familia, amigos, etc.) para poder ser realizados en tiempo y forma, sin que el transporte público pueda suplirlo en muchos casos.

El Estado tiene atribuida la competencia exclusiva sobre tráfico y circulación de vehículos a motor (art. 149.1, 21ª CE). Y también las bases sobre protección del medio

¹⁸ La Ordenanza de Movilidad sostenible del Ayuntamiento de Madrid (Ordenanza de 9 de octubre 2018, BOCM de 23 de octubre) reconoce en su Exposición de Motivos que: “También cumple el principio de proporcionalidad en la medida en que solo recoge aquellas cargas o restricciones estrictamente necesarias para cumplir las razones de interés general que la motivan, imponiendo el menor número posible de aquellas y de la forma menos restrictiva para los derechos de las personas”.

¹⁹ Hechos como la combustión de elementos fósiles, la utilización de motores de explosión, la masificación industrial o la incineración de residuos, entre otros, han provocado, primero, una progresiva, y según algunos, irreversible degradación del ambiente, y, segundo, el despertar de la conciencia humana hacia las nocivas repercusiones de muchos de sus hábitos y actuaciones actuales. Cfr. MELLADO RUIZ, L., “Protección atmosférica y ambiente urbano sostenible en Andalucía”, en Revista de derecho urbanístico y medio ambiente, año nº 37, Nº 199, 2003, págs. 156-157.

²⁰ Cfr. 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. 464, citando las SSTC 85/1989, de 10 de mayo (Fdto. Jco. 3º), 169/2001, de 16 de julio (Fdto. Jco. 6º) y 184/2003, de 23 de octubre (Fdto. Jco. 6º, b).

ambiente (art. 149.1, 23ª CE). Y las CC.AA. ostentan una competencia de establecimiento de normas adicionales de protección y de desarrollo en la materia. Por tanto, serán principalmente las leyes estatales (y luego las autonómicas²¹) las que pueden dar cobertura jurídica a las restricciones de acceso al tráfico por motivos ambientales. Incluso creemos – lo veremos luego - que para establecer algunas de las restricciones al tráfico más exigentes se necesitaría ley orgánica, como derecho fundamental que es el art. 19 CE. Y, por tanto, del Estado.

Como se observa, en las medidas de restricción del tráfico por motivos ambientales late un conflicto doble entre, por un lado, el derecho a la libre circulación de los ciudadanos (art. 19 CE, derecho fundamental), el derecho de propiedad (art. 33 CE) y el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE) y, por otro lado, los derechos a la salud y al medio ambiente adecuado (derechos de inferior rango, en concreto, principios rectores de la política social y económica, del cap. III del Título I, ex arts. 43 y 45 CE). A fin de cuentas, a los ciudadanos que tienen que desplazarse habitualmente al centro de una gran ciudad se le impide usar su coche, lo que supone una afectación muy alta en relación a su uso y un deprecio de su valor de mercado, provocado por un *factum principis*²²; y lo mismo cabe decir de los empresarios afectados. Eso sí, si la afectación no fuera grave sino que queda en una mera incidencia, en molestias derivadas de esas limitaciones²³ (tanto de los radicados en el centro o que se desplacen al centro),

²¹ Algunos Estatutos de Autonomía han recogido como objetivo y competencia compartida con el Estado la protección de la calidad del aire y la lucha contra la contaminación atmosférica (por ejemplo, arts. 28.2; 37.1, 20ª; 57.3; 196 y 201.2 del EAA; art. 10.1, 2 EAEx; art. 71.1, 7º EACyL; art. 75, 3ª EAAr; art. 46.2 y 144.1, h EACat).

²² Que una medida restrictiva de la libertad de circulación puede afectar al derecho de propiedad sobre el bien objeto de la restricción es un hecho, como dijo la STC 66/1991, de 22 de marzo, en relación con la prohibición de venta de cangrejos vivos de río de cualquier especie en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Solo que en este caso la afectación se entendió proporcionada y vinculada a un bien jurídicamente relevante. También incidía en la propiedad privada del vehículo propio que el Ayuntamiento de Bilbao modificase la ordenanza de taxi de su ciudad considerando que el uso privado que el propietario del taxi haga del mismo en sus días de descanso deberían imputarse como jornada laboral si ese uso terminaba pasadas las 00.00 horas de la noche, pero no existía afectación, en este caso, de la libertad de circulación del art. 19 CE, porque el taxista tenía plena libertad de circulación de su vehículo durante todo el día (STSJPV de 14 de octubre de 2004, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 1ª, RJCA\2004\1158, ponente Luis Javier Murguítio Estefanía).

²³ Desde esta perspectiva puede entenderse la STC 227/1993 cuando afirmaba que:

«... se constata de este modo, una vez más, la inexistencia en el derecho constitucional contemporáneo de derechos absolutos y prevalentes frente a otros derechos fundamentales o de rango constitucional. Pero, además, en un Estado social y democrático de derecho (...), es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social. En este sentido, la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por

entonces serían válidas (por ejemplo, medidas de cobro de peajes o de regulación del aparcamiento²⁴).

Ya, entre nosotros, SÁNCHEZ BLANCO denunciaba, a finales de los años 70 del siglo pasado, el impacto sobre el medio ambiente del intenso tráfico de nuestras ciudades, que no era tanto fruto de la ausencia de medidas técnicas adoptadas por los fabricantes en la fabricación de los coches como de la suma de la emisión de sus gases en las ciudades modernas²⁵.

Aquí, los responsables directos de la vulneración de esos derechos (libertad de circulación, propiedad, libertad de empresa) serían los Ayuntamientos y CC.AA. si prohibieran de una manera desproporcionada el uso del vehículo propio a un grupo indistinto de personas físicas y/o jurídicas. Y, al contrario, son también conocidas las alegaciones de aquéllos que consideran que las Administraciones vulneran sus derechos al medio ambiente y a la salud por no actuar con la debida contundencia contra el tráfico local o metropolitano, lo que nos llevaría a la doctrina de la *Drittwirkung*, elaborada por el TC alemán, también llamada “eficacia cruzada de los derechos fundamentales”, según la cual se puede proteger el medio ambiente mediante la defensa de otros derechos, como la intimidad familiar o la inviolabilidad del domicilio²⁶, que se entendería afectada por la contaminación atmosférica no debidamente controlada administrativamente.

las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado, y entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservan al medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio por todos»

²⁴ En Madrid, una reciente encuesta demuestra que una mayoría de conductores pagarían con gusto peajes de acceso a la capital por el uso de una radial (en lugar de la autovía gratuita) si el peaje bajara un poco su precio. Y demuestra también que los conductores están dispuestos a pagar una cantidad por pasar menos tiempo en el trayecto hacia la capital. Cfr. CANTOS SÁNCHEZ, P., ÁLVAREZ SAN-JAIME, Ó., “El valor del tiempo con congestión: el caso de la Radial-3”, en Revista de Economía Aplicada, Vol. XVII, Núm. 51, 2009, págs. 76-77.

²⁵ Cfr. SÁNCHEZ BLANCO, Á., “El tráfico automovilístico, portuario, aéreo y ferroviario. Su incidencia sobre el medio ambiente urbano”, RAP, 82, 1977, págs. 343 y 344: “Los vehículos aisladamente considerados pueden cumplir las prescripciones técnicas sobre emisión de gases y ruidos, pero, precisamente, de la pluralidad de vehículos, de la congestión de carreteras y vías urbanas como consecuencia del notable incremento del parque de vehículos, es de donde deriva el daño sobre personas y cosas derivados de su circulación generalizada. De las altas intensidades medias diaria de circulación, de la suma de pequeñas y medias unidades contaminantes de ruido y gas tóxico, derivan también, y fundamentalmente, los efectos dañinos de la circulación automovilística, y esta perspectiva no es contemplada por el Código de la Circulación”.

²⁶ Recibida en España por la STC 88/1985, de 19 de julio, donde se ventiló la nulidad del despido de un trabajador por el ejercicio de su libertad de expresión.

Es cierto que la propiedad tiene una función social que exige que el uso de un vehículo tenga que adaptarse a la legislación y reglamentación administrativa, para no dañar los derechos de los demás, en este caso, un derecho difuso como el de disfrutar de un medio ambiente adecuado²⁷. Pero lo es más que cuando esa función social prácticamente impide el disfrute de una propiedad en su mayor parte (de lunes a viernes, que es cuando la mayoría de la gente usa el coche por motivos laborales, y en una zona de la ciudad muy amplia que puede coincidir con todo su centro), se acabaría afectando de lleno el contenido esencial de la misma. Como ha dicho la jurisprudencia del TC, las limitaciones y deberes que se impongan al propietario como consecuencia de la función social no deben ir más allá de lo razonable²⁸.

A nuestro juicio, este conflicto no puede ser resuelto mediante la imposición de medidas restrictivas absolutas o permanentes a la circulación del vehículo privado en grandes zonas de las grandes ciudades ni mediante medidas que pueden acabar afectando a un altísimo porcentaje de la población, ya que nos encontramos ante un derecho fundamental que solo puede ser restringido de manera proporcionada, excepcional y necesaria. Además, la contaminación atmosférica, por su alto componente transnacional, no puede ser combatida solo a nivel local ni con medidas que sacrifican derechos sino que requieren, como un prius que salve su constitucionalidad y legalidad,

²⁷ En este sentido, Fdto. Jco. 4º: “Los objetos pertenecientes a una persona tienen que ser usados de tal modo que se respeten los derechos de los demás, sobre todo el derecho a la vida y a la integridad corporal, por lo que la forma de dicho uso puede ser reglamentada a efectos de evitar toda situación de riesgo para esos derechos. Lo mismo cabe decir del derecho a circular libremente por el territorio nacional, ya que si los desplazamientos se realizan en un vehículo, sea por tierra, mar o aire, es obvia la necesidad de regular, limitar e incluso prohibir su uso si éste pone en peligro los referidos bienes. La correspondencia entre limitaciones y prohibiciones y las características del vehículo es, por lo tanto, no un problema de derechos fundamentales sino de legalidad ordinaria”(STSJG de 12 de diciembre de 2002, Sala de lo contencioso-administrativa, Sección, 2ª, JUR 2003\113443, ponente José Antonio Méndez Barrera.

²⁸ “De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial 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”. Ese contenido esencial incluye aquellas “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así”. (STC 11/1981, de 8 de abril, Fdto. Jco. 10º. Y también STC 37/1987, de 26 de marzo. Y en la 112/2006 de 5 abril, el TC consideró, citando jurisprudencia anterior, que esa función social no podía anular la utilidad del bien, para la cual fue adquirido: “Incumbe, pues, al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los derechos dominicales, lo que no supone, claro está, una absoluta libertad en dicha delimitación que le permita «anular la utilidad meramente individual del derecho» o, lo que es lo mismo, el límite lo encontrará, a efectos de la aplicación del art. 33.3 CE, en el contenido esencial, esto es, en no sobrepasar «las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho» [[STC 170/1989, de 19 de octubre \(RTC 1989, 170\)](#)], F. 8 b)].”.

la adopción de medidas previas de carácter supramunicipal (comunitarias, nacionales y autonómicas) de fomento de las energías renovables y de movilidad sostenible, conforme al principio de subsidiariedad, como la previa instalación de una red de recarga de vehículos eléctricos, inexistente en la actualidad en España (lo que no se ha hecho).

Recientemente, el 22 de febrero de 2019, el Gobierno aprobó el Plan Nacional de Energía y Clima 2021-2030, en el que obliga a las gasolineras que vendan más de 5 millones de litros/año de combustible a instalar un punto de recarga para vehículos eléctricos. Sería un total de unas 1.000 gasolineras en toda España "concentradas en las poblaciones urbanas más grandes", cantidad que se antoja como claramente insuficiente. El costo de esa instalación lo soportarán las empresas petroleras y parece evidente que lo repercutirán en el precio del combustible.

Este estudio nos ha permitido comprobar la escasez de jurisprudencia internacional, constitucional y contencioso-administrativa referida a la libertad de circulación de personas en relación con las limitaciones a la movilidad personal por motivos ambientales. Sí son más numerosos los pronunciamientos judiciales referentes a la libertad de circulación en otras materias, de las que extraeremos enseñanzas, por analogía. Así:

- en materia de extranjería;
- en relación con las medidas de alejamiento por maltrato y de obligación de residir en un lugar concreto²⁹, procedentes de la jurisdicción penal;
- las medidas tributarias o fiscales de carácter local que, por suponer un trato distinto al de otros municipios, pudieran entenderse como contrarias a la libertad de circulación y de residencia;

²⁹ En realidad, el art. 57.2 del CP (modificado por LO 1/2015, de 30 de marzo), exige la adopción de las medidas de alejamiento previstas en el art.48.2, en todo caso, sobre las personas que hayan convivido con el agresor condenado por delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. Sobre la afectación de las medidas de alejamiento sobre la libertad de circulación del art 19 CE puede verse, por todas, la STC 60/2010, de 7 de octubre. Y sobre la afectación a ese mismo derecho por parte de las medidas cautelares que se concretan en la obligación de residir en un lugar determinado, puede verse la STC 260/2007, de 20 de diciembre).

- las que se refieren a medidas de atracción fiscal de empresas de otras CC.AA.;
- y las relativas a las medidas adoptadas por CC.AA. en relación con obstáculos a la libre circulación de mercancías por sus carreteras, procedentes de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sí es muy abundante también la jurisprudencia comunitaria relativa a la libertad de circulación de mercancías y trabajadores (menos abundante la española), de la que induciremos algunos criterios que, por tener identidad de *ratio decidendi*, serían aplicables a las restricciones de tráfico por motivos ambientales y su afectación a la libertad de circulación de personas.

De hecho, también pocos han sido los pronunciamientos judiciales sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de circulación o de movimientos referido a las personas. Pero los suficientes como para poder sacar conclusiones, algunas políticamente incorrectas.