

**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN
DEL MEDIO AMBIENTE
(PRIMER SEMESTRE 2019)**

JORDI JARIA-MANZANO

Profesor agregado Serra Húnter de Derecho constitucional y ambiental

Universitat Rovira i Virgili

Sumario: I. Un Tribunal muy torero. II. Impuestos ambientales sobre la generación de energía: un terreno controvertido.

I. UN TRIBUNAL MUY TORERO

La cuestión de las corridas de toros ha devenido controvertida en los últimos tiempos, especialmente, a partir de la decisión el Parlament de Cataluña de prohibirlas en su Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del art. 6 del texto refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril, sobre la constitucionalidad de la cual se pronunció el Tribunal Constitucional en la Sentencia 177/2016, de 20 de octubre (BOE núm. 285, de 25 de noviembre de 2016), declarando la disposición catalana como contradictoria con la Constitución a partir de una argumentación discutible —que dio lugar a dos votos particulares—, tal como comenté en la crónica correspondiente al segundo semestre de 2016.

Pocos meses después, el Parlament de las Illes Balears aprobaba la Ley 9/2017, de 3 de agosto, de regulación de las corridas de toros y de protección de los animales en las Illes Balears, que dio lugar, asimismo, a un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno en relación con algunos de sus preceptos. En concreto, se impugnaban los siguientes:

- El artículo 1.2, que solo permitía la celebración de corridas de toros conforme a lo previsto en la ley controvertida.
- El artículo 4, que establecía que la ganadería suministradora de los toros sería la más cercana en términos de distancia a la plaza de toros donde se celebrara el espectáculo taurino.
- Los apartados 1, 2, 6 y 7 del artículo 5, relativos a los límites de edad y pesos de los toros y a las potestades de la presidencia de la plaza respecto de la celebración del espectáculo taurino a la vista del acta veterinaria, así como las diferentes actuaciones a desarrollar una vez finalizado el espectáculo, respectivamente.
- El artículo 6, que prohibía el enchiqueramiento de los toros.
- El artículo 7, que prohibía la presencia de caballos durante las corridas de toros.

- El artículo 8, que limitaba la posibilidad de participación en las corridas de toros a los profesionales inscritos en la sección primera del registro general de profesionales taurinos, es decir, toreros y toreras, y su personal auxiliar.
- El artículo 9, que establecía la prohibición del uso de utensilios que puedan causar la muerte del animal o de producirle heridas.
- Y, finalmente, el artículo 15.3 b), que definía como infracción muy grave la omisión de las medidas de protección y bienestar de los animales previstas en los artículos 8 y 9 de la misma.

El recurso ha sido resuelto por la Sentencia 134/2018, de 13 de diciembre (BOE núm. 13 de 15 de enero de 2019). La regulación impugnada constituye, a juicio del recurrente, una solución legislativa que, en la práctica llevaría al mismo resultado que la legislación catalana, declarada inconstitucional en la Sentencia 177/2016, de 20 de octubre. En este sentido, considera que la Ley balear conlleva la prohibición de facto de las corridas de toros, a través de un régimen jurídico que las hace “absolutamente irrecognoscible[s]”, lo que conllevaría un menoscabo de la discutible competencia en materia de protección cultural de la tauromaquia que consagró la Sentencia 177/2016.

El Tribunal, por su parte, como era de esperar, a pesar de lo discutible de su argumentación en aquella decisión, se mantiene en la posición de garante de la tauromaquia que ya había sostenido entonces y, en lo esencial, acepta la argumentación de la parte recurrente, que va desgranando al pronunciarse en relación con los distintos preceptos impugnados, desde la convicción que, efectivamente, la regulación del Parlament balear desfigura las corridas de toros y, en consecuencia, vulnera así las competencias estatales.

Así, en relación con el artículo 2, el Tribunal Constitucional considera que, efectivamente, en la medida que constituye “un obstáculo a la normal celebración de las corridas de toros, provocan una desfiguración de ella hasta hacerla irrecognoscible y, por consiguiente, vulneran la competencia estatal para la protección de la tauromaquia en cuanto forma parte del patrimonio cultural inmaterial de España, el inciso impugnado debe ser declarado inconstitucional y nulo” (FJ 6.i), de modo que declara su inconstitucionalidad.

Idéntica suerte corren los apartados 1 y 2 del artículo 5 de la Ley controvertida, ya que “la protección cultural de la tauromaquia incluye también la cría del toro de lidia, especialmente atenta al trapío, peso y características zootécnicas de las

reses, el establecimiento con carácter general y absoluto para todos los espectáculos taurinos de unos límites de peso muy estrictos, conformando una horquilla reducida que no guarda relación con los pesos tradicionalmente aplicados a las corridas de toros, debe considerarse un obstáculo al normal desarrollo de la tauromaquia también en este aspecto” (FJ 6.ii).

En cuanto al artículo 5.6 de la Ley 9/2017, el máximo intérprete de la Constitución asume de nuevo completamente la posición del Abogado del Estado, declarando su inconstitucionalidad en la medida que “dificulta en la práctica de modo notable la celebración de la corrida de toros y puede comportar un óbice insuperable, pues supone imponer la opinión subjetiva de los veterinarios encargados del examen sobre el criterio de la autoridad a la que corresponde la autorización de la corrida, a la cual, según las normas vigentes en las diferentes comunidades autónomas y en el reglamento estatal corresponde decidir sobre la procedencia de su celebración”, de modo que el criterio técnico que, curiosamente, impide al Tribunal Constitucional entrar a pronunciarse en ámbitos tan importantes como la energía, aquí es tratado con una displicencia tal que ni su rechazo no merita mayor argumentación.

El artículo 5.7 es considerado inconstitucional en la medida que presupone la ausencia de la muerte de la res. Así, de acuerdo con el Tribunal Constitucional,

El reconocimiento veterinario posterior a la lidia, regulado en este precepto, está directamente relacionado con la regulación de la ley que impide la muerte de la res. Dado que, como se verá, la suerte suprema constituye uno de los elementos necesarios para la reconocibilidad de la corrida de toros moderna como institución perteneciente al patrimonio cultural español, el carácter imperativo del artículo 5.7 de la ley impugnada lo hace incompatible, tal como alega la parte recurrente, con la normal celebración de las corridas de toros (FJ 6.iv).

La fijación de la práctica taurina “como institución perteneciente al patrimonio cultural español” parece ser algo reservado al Estado, de modo que se transita desde una noción de cultura popular generada a través de la práctica social a una regulación oficial asociada fuertemente a la generación de símbolos identitarios cuya protección constitucional viene determinada por vía interpretativa, con la consecuencia final de que parece establecerse una garantía institucional tácita de la concepción hegemónica de la tauromaquia implícita en el texto de la Constitución.

Por ello, no es extraño que el Tribunal acabe atribuyendo dimensión constitucional a cuestiones como el enchiqueramiento de las reses, lo que le permite declarar inconstitucional el artículo 6 de la Ley balear, bajo el argumento de que “la prohibición de enchiqueramiento y la correlativa obligación de salida de cada uno de los toros a la plaza desde corrales [...] supone, tal como alega la parte recurrente, una grave dificultad para el desarrollo tradicional del espectáculo”. De este modo, el hecho de que el precepto “[obligue] a mantener a todas las reses conjuntamente en un corral desde el cual debe efectuarse la salida al ruedo de cada toro aislando a los demás, cosa que puede suponer considerables dificultades, retrasos y alteraciones en el desarrollo del espectáculo incompatibles con su normal celebración en unas condiciones razonables de agilidad y continuidad” (FJ 6.v) acaba comportando la anulación del precepto. Que el enchiqueramiento de las reses merezca protección constitucional a juicio del Alto Tribunal hasta el punto de comportar la anulación de un precepto con rango de ley parece requerir poco comentario.

En este sentido, el voto particular firmado por los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Balaguer Callejón nota que

[e]l límite a la competencia autonómica, que la STC 177/2016 halló en la medida prohibitiva de la corrida de toros, alcanza ahora a medidas que se anulan por «impedir o dificultar el normal desarrollo de las corridas de toros» (FJ 6: entre otras, el peso de los toros, los corrales y chiqueros, o el número máximo de reses que pueden lidiarse en cada espectáculo) o por «alterar sustancialmente el desarrollo de la corrida de toros moderna» (FJ 7: entre otras, la prohibición de la presencia de caballos, o las relativas a los tercios de la lidia, y a la muerte del toro).

La Sentencia se basa para ello en el contraste de la norma balear con un bloque normativo tan abigarrado como insólito, compuesto por el reglamento estatal de espectáculos taurinos de 1996 (cuya naturaleza supletoria no ofrece dudas y se hace explícita en la sentencia), y por la normativa dictada por otras Comunidades Autónomas. A ello se añade el recurso a la «tradición» como parámetro, bien para reforzar el argumento basado en dichas normas, bien cuando el silencio de éstas hace necesario acudir a tan evanescente criterio como única ratio.

En un sentido similar al comentado anteriormente y que es susceptible del mismo tipo de crítica, el Tribunal se pronuncia sobre los artículos 8 y 15.3.b). Merece la pena reproducir la argumentación del Alto Tribunal, para apreciar la dimensión constitucional que se concede a la concepción hegemónica de la lidia de reses bravas y el consiguiente impedimento para las comunidades autónomas de entrar a regularla, particularmente introduciendo modificaciones que impliquen la evitación de la muerte de la res. De hecho, el sacrificio del toro parece haber adquirido una protección constitucional desde la Sentencia 177/2016. En concreto, el Tribunal Constitucional establece lo siguiente en la decisión aquí comentada:

El artículo 8 de la Ley 9/2017 establece que «[l]as corridas de toros serán celebradas en la comunidad autónoma de las Illes Balears por profesionales inscritos en la sección I del registro general de profesionales taurinos, es decir, toreros y toreras, y su personal auxiliar. El número de toros que se toreen será como máximo de 3 por espectáculo y su participación no durará más de 10 minutos. Una vez transcurrido este tiempo de 10 minutos serán conducidos y devueltos a los corrales...», y el artículo 15.3 b) considera infracción muy grave la omisión de estas medidas.

Del mandato dirigido a determinar los profesionales que pueden participar en las corridas de toros se deriva normalmente, como se alega en el recurso de inconstitucionalidad, que quede excluida la posibilidad de celebración de otro tipo de espectáculos taurinos en los cuales es habitual la participación de otro tipo de profesionales.

En ese sentido, dado el carácter imperativo de la norma que acabamos de examinar, se aprecia que esta es incompatible con el desarrollo de otro tipo de espectáculos taurinos.

El mandato dirigido a limitar a tres el número de toros que pueden lidiarse en cada espectáculo es, asimismo, una medida incompatible con el tradicional desarrollo de la corrida de toros, como igualmente alega el abogado del Estado. El número de reses que pueden lidiarse en cada corrida de toros no aparece regulado en la normativa taurina —ni estatal ni autonómica—, pues la práctica tradicional se funda en que el número de toreros intervinientes en el espectáculo y, consiguientemente, el número de toros que deben ser lidiados se fija en concreto para cada espectáculo.

El carácter imperativo de la concreta previsión de restringir al número de tres las reses que pueden ser lidiadas en cada ocasión impide o dificulta el normal desarrollo de las corridas de toros, pues establece una limitación rígida para una materia que tradicionalmente se desenvuelve con carácter discrecional en función de las circunstancias del espectáculo y, por otra parte, no guarda relación ninguna con el número de reses que más frecuentemente son lidiadas en una corrida de acuerdo con la tradición.

Por último, el mandato de que «y su participación no durará más de 10 minutos» y de que «una vez transcurrido ese tiempo de 10 minutos» los toros «serán conducidos y devueltos a los corrales» está en conexión directa con la prohibición de darles muerte como parte del espectáculo, establecido en el artículo 9 de la Ley 9/2017, la cual, dado el carácter consustancial que la suerte suprema tiene hoy para el reconocimiento como tal de la corrida de toros moderna, comporta una desfiguración de la corrida como institución cultural [FJ 6.vi].

De hecho, al pronunciarse sobre el artículo 7 de la Ley, que también declara inconstitucional, el Alto Tribunal hace explícito, en un razonamiento que mezcla las prácticas hegemónicas consolidadas en relación con la tauromaquia y la reglamentación existente, el carácter de garantía institucional que atribuye al desarrollo de la lidia en ciertas condiciones, lo que, dejando aparte cualquier consideración que pudiera hacerse en relación con el bienestar animal —que, aunque, ciertamente, no tiene una dimensión constitucional explícita, esta no es menor que la que la Carta Magna concede a la tauromaquia— o con la diversidad de los pueblos de España, cuyas “culturas y tradiciones” vienen amparadas en el propio preámbulo de la Constitución. Así, de acuerdo con el Tribunal Constitucional:

Admitir este carácter consustancial a la corrida moderna de ciertas suertes o particularidades en el desarrollo de la lidia no implica, como argumentan los escritos de oposición del recurso, conferir un carácter de parámetro de constitucionalidad a una norma de carácter reglamentario (reglamento taurino estatal), sino que comporta la aplicación del método habitual de análisis por parte de los tribunales para hacer efectiva la garantía de cualquier institución mediante el examen de su reconocibilidad en este caso desde el punto de vista del reconocimiento social. Como hemos visto, el Estado ejerció en su momento (Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero,

por el que se da nueva redacción al Reglamento de espectáculos taurinos) su competencia en la materia. La norma es de general aplicación supletoria en defecto de normativa autonómica. En la reglamentación de dichos espectáculos confluyen, por tanto, el reglamento estatal y los autonómicos donde los hubiere, sin que exista una relación de bases-desarrollo entre ellos. Sin embargo, en el preciso momento de promulgarse las leyes 18/2013 y 10/2015, con la llamada a los usos tradicionales de la tauromaquia moderna se reconocen determinados rasgos integradores de la tauromaquia como institución cultural en España que derivan, en el momento en que se produce la expresada llamada con la promulgación de las leyes sobre tauromaquia, de los rasgos que son compartidos por la regulación estatal y la autonómica, la cual integra en la España actual aquello que hace reconocible al espectáculo taurino, en términos de *garantía institucional*, como manifestación cultural común con independencia de las variantes territoriales que puedan existir. El Tribunal concluye así que no pueden excluirse del ámbito de estos rasgos o elementos tradicionales la división de la lidia en tres tercios diferenciados (varas, banderillas y muleta) ni el hecho de dar muerte al toro mediante estoque o descabello [FJ 7; el subrayado es mío].

Efectivamente, como nota el voto particular ya citado de los magistrados Valdés Dal-Ré y Balaguer Callejón, ello comporta, en última instancia que

quebrando la doctrina previa del Tribunal, se dispensa a la tauromaquia una protección reservada hasta ahora a las instituciones constitucionalmente reconocidas, una esfera bien distinta de la que, desde luego, no forma parte la «corrida de toros moderna», por más esfuerzos que se hagan por anclarla en el artículo 149.2 CE o en el artículo 149.1.28 CE.

Con ello, como pone de manifiesto el voto particular firmado por el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, lo cierto es que la reglamentación taurina acaba deviniendo parámetro de constitucionalidad, lo que, como pone de manifiesto el propio magistrado discrepante “no resulta posible aceptar [...], ya que, e]ntre otras razones, tan obvias como las derivadas del rango propio de los reglamentos taurinos, cabe notar la diversidad del contenido de estos y el hecho de que, desde el punto de vista material, están sometidos a las contingencias y variaciones inherentes a la estrategia cognoscitiva propia de su carácter

normativo —como demuestra su historial administrativo— y, desde el punto de vista formal, al principio de subordinación a la Constitución y a la ley”.

Finalmente, más allá de la preservación constitucional de la tauromaquia tal como la concibe el legislador (¿básico?) estatal, el Tribunal Constitucional, asimismo, declara la inconstitucionalidad del inciso del artículo recogido en artículo 4 de la Ley impugnada, de acuerdo con el cual “[p]ara que la duración del viaje desde la ganadería hasta la plaza de toros sea la mínima indispensable, [...], que [...] será la más cercana, en términos de distancia, a la plaza de toros donde se celebre el espectáculo taurino”, ya que, según el Tribunal Constitucional, “la restricción impuesta no es el medio menos restrictivo o distorsionador de la actividad económica para la consecución de objetivo pretendido, por lo que no es constitucionalmente adecuada para el sacrificio a los derechos de libre circulación, libre empresa y unidad de mercado [..., de modo que] se vulneran las competencias estatales en materia de unidad de mercado y de libre circulación (arts. 149.1.13 y 139.2 CE) y de establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1 CE)”.

En conclusión, una vez dictada la decisión del Alto Tribunal, poco queda en pie de la Ley balear, ante la rocosa defensa del máximo intérprete de la Constitución de la tauromaquia en su concepción mayoritaria, a la que dota de una protección constitucional que prima sin fisuras sobre la diversidad cultural de los pueblos de España y, por supuesto, sobre el bienestar animal, cuya relevancia no solo constitucional, sino, en general, desde el punto de vista del Derecho interno, es prácticamente nula a juicio del Tribunal, que lo tiene en cuenta (de manera marginal) en la medida que es mencionado en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

El relieve que el Tribunal Constitucional concede a la tauromaquia como expresión identitaria es tal que prima frente a cualquier decisión democrática que pretenda modularla o prohibirla, de modo que el Tribunal parece concebir la “conexión existente entra la fiesta de los toros y el patrimonio cultural español” (STC 117/2016, FJ 7) como un valor que se impone ante cualquier otra consideración, sea de índole cultural o de índole moral. Sería enormemente interesante, para ver hasta qué punto las cuestiones competenciales en esta

cuestión son sustanciales o meramente incidentales, ver qué sucedería si el legislador estatal dejara de proporcionar la protección que, hoy por hoy, atribuye a la tauromaquia ¿Se violaría, en ese caso, el artículo 46 de la Constitución?...

En este sentido, es interesante notar que la protección que se brinda a la tauromaquia en su concepción hegemónica actual, en la medida que parece atribuírsele una garantía institucional implícita en el texto constitucional, de una rigidez particularmente sólida, podría comportar que, efectivamente, ni tan siquiera el legislador estatal podría incidir en ella con una regulación que se apartara de dicha concepción. Esta peligrosa —y, desde luego, difícilmente compatible con la idea de constitución abierta que sustenta la Carta Magna— deriva es la que, en definitiva, denuncian los magistrados discrepantes Valdés Dal-Ré y Balaguer Callejón, al señalar que

no es admisible dispensar a la tauromaquia, o a alguna de sus manifestaciones, la protección propia de la garantía institucional. Es más: visto su alcance en la Sentencia, esta garantía protegería a la «corrida moderna de toros» en términos que rozan la intangibilidad, un rasgo que el Tribunal no ha aceptado ni siquiera para las instituciones que sí disponen de expresa protección constitucional.

Por otra parte, como pone de manifiesto con detalle el voto particular del magistrado Xiol Ríos, lo cierto es que la reglamentación de la lidia ha evolucionado históricamente y, en particular, en un sentido tendente a mitigar la crueldad originaria del espectáculo, con lo que la protección constitucional que se otorga a su regulación actual se antoja no solo incompatible con la jerarquía normativa del sistema constitucional vigente, sino con la propia historia de la tauromaquia como manifestación cultural que, por eso mismo, evoluciona históricamente de acuerdo con parámetros sociales cambiantes.

En todo caso, se trata de una decisión a todas luces controvertida, a la que se han formulado hasta tres votos particulares, algunos ya citados, mostrando la división del Tribunal como ya había sucedido en la citada Sentencia 117/2016. Para terminar con este comentario, debo referirme al único de ellos que no he referenciado hasta el momento, el firmado por el magistrado don Andrés Ollero Tassara, que más bien sugiere que el Tribunal ha sido moderado en su pronunciamiento, abogando por una declaración de inconstitucionalidad de la

totalidad de los artículos impugnados —lo que la Sentencia no está lejos de hacer, como reconoce el propio magistrado discrepante—. En todo caso, la opinión discrepante merece poco comentario, ya que, desde una posición displicente en relación con la preocupación con el bienestar animal, más bien consiste en una colección de chascarrillos, desde una arrogancia ciertamente muy torera, que en una verdadera argumentación jurídica.

II. IMPUESTOS AMBIENTALES SOBRE LA GENERACIÓN DE ENERGÍA: UN TERRENO CONTROVERTIDO

La Sentencia 22/2019, de 14 de febrero (BOE núm. 67, de 19 de marzo de 2019) resuelve la cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con el artículo 6 de la Ley 7/2011, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y de fomento económico en la Región de Murcia. De acuerdo con la órgano actuante, la normativa murciana sería sustancialmente similar a otras normativas autonómicas de carácter tributario cuya constitucionalidad ha sido rechazada anteriormente por parte del Tribunal Constitucional —concretamente, en las SSTC 196/2012, 60/2013 y 22/2015, comentadas las dos primeras en la crónicas correspondiente al primer semestre de 2013— en la medida que gravan el mero ejercicio de una actividad económica, “de manera que la estructura de la modalidad controvertida del impuesto [...] es coincidente con la del impuesto sobre actividades económicas, sin que exista circunstancia alguna en su configuración que permita apreciar que el tributo autonómico murciano tiene una verdadera finalidad *extrafiscal* o *intentio legis* de gravar la actividad contaminante y los riesgos para el medio ambiente” (STC 196/2012, FJ 3).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional sigue la línea dibujada por la Sentencia 120/2018, de 31 de octubre (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018), resuelta unos meses antes, que se pronunciaba sobre un supuesto similar, a saber, la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, respecto de los artículos 13 a), 17 y 19.2 del texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de tributos propios aprobado por el Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre, relativos al impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente implantado en dicha comunidad autónoma.

Pues bien, en ambos supuestos, el Tribunal Constitucional considera que el impuesto autonómico es compatible con el bloque de la constitucionalidad,

atendiendo a que “ambos impuestos, autonómico y local [esto es, el Impuesto sobre actividades económicas, IAE], recaen sobre la actividad económica de producción de energía eléctrica, coincidiendo por tanto la materia imponible gravada [...] Sin embargo, aplicando el nuevo parámetro del artículo 6.3 LOFCA, que exige un análisis más minucioso de los elementos configuradores de los tributos comparados, se pone de manifiesto que ambos divergen sustancialmente en la «manera en que dicha riqueza o fuente de capacidad económica es sometida a gravamen»” (FJ 5, STC 22/2019).

En definitiva, ambos impuestos tienen una naturaleza diferenciada, que permite su compatibilidad en el marco del actual bloque de constitucionalidad en materia tributaria, ya que, como señala el Tribunal Constitucional en la segunda de las sentencias, remitiéndose a la primera de ellas,

La forma de cuantificación de uno y otro tributo confirma la distinta ratio que los inspira. El IAE grava la renta presunta o potencial derivada del «mero» ejercicio de la actividad; en este caso, la capacidad teórica de generación de electricidad, con independencia de que se produzca efectivamente o no, esto es, sin atender al resultado real y efectivo de la actividad.

En cambio, y en idénticos términos a los del impuesto extremeño examinado en la STC 120/2018, FJ 5 b), el impuesto murciano grava la realización efectiva de la actividad de producción de electricidad, no de forma presunta sino real.

El IAE se calcula a partir de una unidad de capacidad, como es el Kw de potencia de los generadores, a diferencia del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Región de Murcia, que determina su base imponible mediante una unidad de producción como es el Kw/h; es decir, la cantidad necesaria para mantener funcionando un aparato de un kilovatio (potencia) durante una hora de tiempo. Como no se quiere gravar lo mismo, se escogen pues diferentes unidades de medida.

Dado que IAE grava una renta presunta, la cuota es positiva, tanto si la central eléctrica está en funcionamiento como si no lo está, pues es su capacidad teórica de producción lo que tributa. Por esto mismo, las cuotas que arrojan las tarifas del impuesto local serán las mismas año tras año, mientras no cambie la potencia instalada de la central y el sujeto pasivo siga dado de alta en la matrícula del impuesto (produzca más, menos o nada).

En contraste con ello, las cantidades a satisfacer por el impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Región de Murcia varían cada año, pues dependen de que haya producción y del volumen de ésta (tomando una media móvil de los Kw/h generados en los tres últimos años).

Esta diferencia entronca con el propósito de cada figura, pues, para un gravamen que recae sobre una renta presunta como el IAE, la producción real es indiferente; en cambio, no puede serlo para el impuesto autonómico murciano, en línea con su propósito de gravar «la incidencia, alteración o riesgo de deterioro» sobre el medio ambiente de la Comunidad Autónoma, que cabe vincular con el funcionamiento efectivo de la central eléctrica (FJ 5, STC 22/2019).

Con ello, el Tribunal concluye que ambos impuestos, tanto el murciano como el extremeño, son plenamente compatibles con el marco dibujado por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, en su tenor actual, y, en consecuencia, desestima la cuestión en ambos casos. Distinta ha sido la posición mantenida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 43/2019, de 27 de marzo (BOE núm. 99 de 25 de abril de 2019), donde se pronunciaba en relación con el impuesto sobre elementos radiotóxicos previsto en la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono. Dicho impuesto pretendía gravar la contaminación radiológica producida por las centrales nucleares establecidas en Cataluña.

Como en las sentencias anteriormente comentadas en este mismo epígrafe, la cuestión esencial aquí consiste en establecer si existe o no una coincidencia entre el hecho imponible del tributo autonómico, por una parte, y el correspondiente a otro impuesto —en este caso, estatal; concretamente, el impuesto sobre la producción de energía nuclear—. Para determinarlo, el Tribunal Constitucional hace un análisis exhaustivo de la configuración del impuesto catalán, tomando como parámetro lo dicho en la STC 74/2016, de 14 de abril, en la que se había pronunciado sobre un impuesto aparentemente

análogo al supuesto aquí planteado establecido, asimismo, por una Ley del Parlamento catalán, que fue objeto de comentario en la crónica correspondiente al segundo semestre de 2016.

Pues bien, de manera similar a lo allí acordado, el juez de la constitucionalidad considera que, en este caso, hay una identidad de hechos imponible entre el impuesto autonómico y el impuesto estatal, razonando del modo siguiente:

Atendidas tales diferencias en la definición legal de los hechos imponibles y sus elementos de cuantificación, podría pensarse que estamos ante figuras tributarias que, desde el principio, son diversas, por serlo ya la propia definición del hecho imponible, lo que incluso haría innecesario el examen del resto de elementos de cuantificación del impuesto.

Sin embargo, esto es solo una apariencia, pues el *nomen iuris* o definición legal de los elementos del impuesto debe ponerse en relación con el objeto mismo de gravamen, que es, como se ha expuesto, el proceso nuclear de producción de energía nucleoelectrónica. La clave para determinar qué es lo que efectivamente se pretende someter a gravamen es examinar, de forma conjunta y sistemática, todos los elementos del impuesto, esto es, también los elementos de cuantificación. En este caso, dado que dichos elementos se refieren al proceso de producción de energía nuclear, debe exponerse el mismo de forma sucinta y necesariamente simplificada.

La primera conclusión que puede extraerse de lo recogido en los escritos de las partes y los informes especializados que los acompañan (informe de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital de 27 de diciembre de 2017 e informe de la Dirección General de Energía, Minas y Seguridad Industrial del Departamento de Empresa y Conocimiento de la Generalitat de Cataluña, de 11 de junio de 2018) es que, dada su complejidad, es posible desagregar distintas fases, o distintas consecuencias en la producción de energía de origen nuclear. Los informes que aportan los escritos de todas las partes personadas evidencian que la generación de energía eléctrica dentro de una central nuclear es un proceso único que, sin embargo, se puede observar y medir desde diferentes perspectivas. De forma simplificada, en el interior de un reactor nuclear se producen reacciones de fisión de los átomos del combustible nuclear (normalmente, uranio enriquecido), por lo que el proceso de fisión implica siempre una ruptura, esto es, un proceso de

desintegración de los átomos del citado combustible. Esa energía producida permite generar vapor de agua que a su vez acciona un conjunto de turbinas que permiten la actividad del generador eléctrico, produciendo de esta forma electricidad.

De esta manera, lo relevante, a efectos de examinar y comparar los impuestos en liza, es que siempre se trata del mismo proceso, con independencia de que pueda medirse cada una de las fases que lo integran, por ejemplo, mediante el volumen de combustible nuclear que se emplea, o a través del número de desintegraciones nucleares que se produzcan a partir del citado combustible. Esto sucede, como es lógico, con cualquier proceso técnico productivo, o incluso con cualquier fenómeno o realidad económica sujeta a gravamen.

En definitiva, con independencia de los términos técnicos con que se configuran, ambos tributos recaen sobre la misma materia imponible o fuente de capacidad económica, que no es otra que la producción de energía eléctrica en una central nuclear, haciéndolo además desde la misma perspectiva: gravar las externalidades negativas que supone la energía nuclear, medidas por los riesgos que ésta comporta.

El dato clave para llegar a esta conclusión sobre la identidad de los impuestos examinados es que los elementos definidos en el hecho imponible del impuesto autonómico sobre elementos radiotóxicos no tienen sustantividad propia, sino que son parte del proceso de producción de energía eléctrica en una central nuclear, encontrándose así en una necesaria relación de instrumentalidad con respecto a ese fin principal. Esto es, ninguno de ellos se puede producir por sí mismo, con independencia de los demás, sino que forman parte de un continuum o proceso. De esta manera, todo proceso de fisión genera desintegraciones y se produce a su vez a partir del combustible nuclear que, posteriormente, será combustible gastado y que, lógicamente, deberá antes haber sido producido, manipulado, transportado, custodiado de forma transitoria, dando lugar, en fin, a la correspondiente emisión de elementos radiotóxicos al medioambiente siquiera de forma rutinaria. Es decir, los hechos imponibles expuestos en el art. 54 de la Ley 5/2017 no vienen más que a describir el proceso mismo de producción de energía nuclear, deslindando sus fases a los únicos efectos de construcción de un tributo que se pretende distinto del estatal ya existente.

Dicho de otro modo, la producción de combustible nuclear gastado, resultante de cada reactor nuclear, y la producción de residuos radiactivos a su vez resultantes de la generación de energía nucleoelectrónica, que es lo gravado por el impuesto estatal, tiene lugar en un proceso en el cual, previamente, se han producido los procesos que formalmente pretende gravar el impuesto autonómico. De esta manera, el impuesto estatal mide y cuantifica el combustible nuclear gastado (uranio y plutonio), como consecuencia del proceso nuclear, una vez finalizado el ciclo, mientras que el autonómico atiende a diferentes elementos que están necesariamente insertados en el proceso mismo de generación de energía nuclear, desagregándolos artificialmente a efectos del impuesto, pues en la realidad están unidos y carecen de sustantividad propia. De manera que, como de hecho admite el escrito de la Generalitat de Cataluña, existe propiamente una relación de causalidad entre lo gravado por el impuesto autonómico y el estatal, puesto que la producción de combustible nuclear gastado, gravado por el impuesto estatal, requiere que previamente se haya completado el proceso nuclear de producción de energía eléctrica, que es lo gravado por el impuesto autonómico, atendiendo ambos a la misma realidad [FJ 5, a)].

Como en el caso de la STC 74/2016, de 14 de abril, el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos manifiesta su discrepancia con la mayoría, dando por reproducidas las observaciones realizadas en el voto particular que formuló a aquella decisión. En particular, el magistrado discrepante, en aquella ocasión, manifestaba que:

estimo que es absolutamente convincente y que forma parte de la lógica normativa la justificación que se da en la exposición de motivos de la normativa impugnada para avalar esa selección, cuando se afirma que en el caso de la producción eléctrica de origen nuclear, al no existir un riesgo medioambiental directamente vinculado a la producción, sino a eventuales incidencias en dicho proceso, el hecho imponible se configura por la propia utilización del combustible nuclear, frente a lo que se hace con el impuesto sobre la emisión de gases y partículas a la atmósfera producida por la industria, incluyendo la producción de generación eléctrica que no sea de origen nuclear.

Me parece que, efectivamente, puede mantenerse la argumentación expresada en aquel voto particular, de modo que, una vez más, el Tribunal Constitucional, a partir de una interpretación restrictiva del autogobierno de las comunidades

autónomas, acaba abonando la regresión en la protección del medio ambiente, alejándose así de las tendencias tuitivas que se dan en otras jurisdicciones y haciendo concebir pocas esperanzas del papel garantista y contrahegemónico que podría jugar en relación con políticas desarrollistas y agresivas, en el sentido que se ha producido en otras latitudes, como muestra, sin ir más lejos la resolución del caso Urgenda en los Países Bajos¹.

¹ En relación con todo ello, vid. mi trabajo “Constitución, desarrollo y medio ambiente en un contexto de crisis”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 8(1), 2017, p. 28.