schumpeteariano con el balance biográfico habermasiano resumido en una afirmación categórica: *entre los ciudadanos como portadores del espacio público-político y los miembros de la sociedad se da una unión personal.*

4. Siguiendo con la obra de J. Habermas, la relación entre participación ciudadana y representación política queda perfectamente expuesta en los términos siguientes: asedio pero no asalto; complemento pero no sustitución. La razón de la complementariedad: el fundamento de la decisión es el consentimiento pero no el debate. Ahora bien no es lo mismo decidir con el solo principio de mayoría que legitimar la decisión tras un contraste de motivaciones. Aunque Kelsen advirtiera que la relación mayoría-minoría desemboca en la transacción y el compromiso inherente a la negociación política en lugar de una verdad superior, el desenlace de la deliberación igualmente puede acabar transigiendo; no otro sentido tiene el ideal regulativo de la conciencia sobre la parcialidad de las preferencias que con tanta lucidez ha estudiado C. Sunstein.
5. Ni la sociedad prima sobre el estado ni el estado prima sobre la sociedad. El famoso dictum de Schumpeter sobre la voluntad popular como producto en lugar de cómo causa del gobierno no adquiere veracidad invirtiendo los términos: la voluntad popular no precede al gobierno pero el gobierno se vuelve inviable sin interacción social.

6. En política es aconsejable la prudencia para evitar que una idea adquiera la condición de imperativo categórico, pero el temor o la prevención tampoco han de impedir el ideal que permita la evaluación crítica de la realidad. El controvertido tema de la publicidad y la deliberación frente a la reserva y la negociación remite a los presagios elitistas sobre las sociedades de masas: la oscilación de la indiferencia al sectarismo. Sería de innegable interés relacionar la controversia con las críticas de N. Urbinati a la despolitización (*unpolitical*) auspiciada por P. Pettit y, más atrás en el tiempo, a la recomendación de Schumpeter sobre la necesidad de minimizar las decisiones políticas para entregar a los expertos la elaboración de las leyes.

Estas salvedades tal vez contribuyan a ofrecer una versión más completa a una reflexión particularmente valiosa. Después de todo, como señalara I. Berlín sabiamente: la verdad cuando se descubre no tiene por qué ser interesante.

Manuel ZAFRA VÍCTOR

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.20>

MORENO GARCÍA, Javier: *Los distintos estatutos jurídicos del subsuelo*, HAEE/IVAP, Oñati, 2015, 413 págs.

La Agencia Espacial Europea (ESA) explora ya el subsuelo con *drones* anticollisiones. Los avances

actuales en el ámbito de la investigación e innovación tecnológicas permiten un progresivo conocimiento del subsuelo, segmento del territorio hasta ahora limitadamente explorado. Ese conocimiento va a conllevar, indudablemente, su empleo a futuro como alternativa a la extraordinaria presión de la que es objeto la superficie del territorio. Emergen con fuerza las posibilidades técnicas de aprovechamiento de la energía (energía geotérmica, termoactivación de infraestructuras subterráneas o energía térmica obtenida de las aguas residuales, entre otras). De hecho, sus virtualidades como recurso económico se reflejan normativamente: ya en la legislación autonómica se ha llegado a prever en suelo rústico la extracción de recursos mineros (Ley 5/2017, de 15 de mayo, de modificación de la Ley de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria) o a tomar postura respecto de determinadas modalidades de explotación de hidrocarburos, como la fractura hidráulica o «*fracking*» (Ley vasca 6/2015, de 30 de junio, o Ley castellano-manchega 1/2017, de 9 de marzo). Pero las potencialidades del subsuelo no acaban ahí, sino que también se extienden al ámbito cultural o de ocio (desde la espeleología, actividad que practica el propio autor del libro que se comenta, a las visitas organizadas del subsuelo en distintas ciudades, como Madrid, Zaragoza o Teruel -arqueológicas, museos suburbanos, itinerarios culturales subterráneos, en algún caso, teatralizados, etc.-) e incluso al residencial (aparte de la tradicional existencia de las casas-cueva, cabe pensar, dados los avan-

ces tecnológicos actuales, en la normalización y extensión de la edificación residencial en el subsuelo).

Consciente de los problemas jurídico-sociales asociados a tales usos (rechazo social ante posibles daños ambientales, problemas jurídico-administrativos derivados de la importancia cualitativa y cuantitativa de los valores presentes, ...), pero también de la progresiva eficacia de la tecnología y del estratégico papel del subsuelo para la sociedad, MORENO GARCÍA afronta este estudio, desde una clara posición favorable a un incremento optimizado, eficiente, ordenado y sostenible de sus usos, compatible con su protección ambiental en el supuesto de apreciación de valores naturales que la requieran.

Ahora bien, el hándicap con que se enfrenta actualmente esta modalidad de usos es la inexistencia de un sólido soporte normativo que proporcione seguridad suficiente a los operadores que pudieran encontrarse interesados en los mismos y, simultáneamente, la necesaria protección al propio subsuelo. Es, precisamente, a este hándicap al que intenta dar respuesta (y, ciertamente, lo consigue) el trabajo que tenemos en nuestras manos, centrándose en el estudio de la situación estatutaria en la que se encuentra el subsuelo del territorio, para, a partir de ahí, poder confeccionar el armazón jurídico del mismo.

Con tal objeto, y a partir de una *visión tridimensional* del territorio (y del propio subsuelo) cuya comprensión

coadyuvan a facilitar las fotografías e ilustraciones que acertadamente nos proporciona el autor, en primer lugar, define los conceptos que servirán de base a una clasificación homogénea del mismo, que habiliten para estudiar su régimen jurídico. Sin embargo, este trabajo no se realiza de modo descriptivo, sino que, por un lado, se dirige a verificar si el instrumental que exhibe el ordenamiento actual permite corroborar la seguridad jurídica o requiere una renovación, y, por otro, a examinar si el proceso de transformación jurídica del subsuelo se efectúa por las distintas administraciones públicas del modo más ordenado y sostenible y que mejor se atenga al interés general.

El trabajo se divide en cinco capítulos, del primero de los cuales, por su extensión, se desgaja un Anexo, en el que el autor desentraña los recovecos de los conceptos suelo y subsuelo, tanto en el ámbito jurídico, como en otras disciplinas científicas y técnicas directamente relacionadas con el territorio.

El Capítulo I, titulado «*Una clasificación homogénea del subsuelo del territorio*», se centra en la definición del objeto de estudio, para lo cual declina el uso de los conceptos *suelo* y *subsuelo* en el sentido «*polisémico e impreciso*» que actualmente recoge el ordenamiento y adopta como punto de partida el concepto de *territorio* en su concepción del Derecho Constitucional (uno de los elementos básicos del Estado), en el que la doctrina distingue una triple vertiente vertical (superficie, vuelo o espacio aéreo y subsuelo). En concreto, desde esta

visión tridimensional, el autor sigue el concepto de subsuelo de Kelsen (todo el espacio sólido, en forma de cono invertido, que se extiende bajo la superficie hasta el centro de la Tierra), a partir del cual recorta aún más el objeto de su trabajo, excluyendo del mismo el subsuelo de costas, mares interiores, mar territorial y zona económica exclusiva y centrándose en el subsuelo situado bajo la superficie del territorio nacional.

El punto de partida del estudio es un subsuelo, entendido como «*un espacio o cuerpo físico*», que, al igual que el vuelo, no tiene valor jurídico en sí mismo, sino que lo obtiene cuando las distintas ramas del ordenamiento jurídico que disciplinan el territorio establecen relaciones jurídicas con el mismo y lo ordenan, regulando su ocupación, transformación o uso, al servicio del interés general. De este modo, el autor llega a identificar y agrupar espacios o volúmenes subterráneos que son objeto de un tratamiento jurídico homogéneo en una triple división del subsuelo (*subsuelo próximo y urbano, subsuelo ocupado y subsuelo libre*) que, aunque, tal y como admite el autor, no es «la única posible», habilita a estudiar, en los capítulos siguientes, los distintos estatutos jurídicos del subsuelo desde una óptica global, diversa de la que nos dan las legislaciones sectoriales, cada una por su lado.

Del análisis del *subsuelo próximo y urbano* se ocupa el Capítulo II. Esta primera categoría de subsuelo engloba el espacio soterrado integrado en una finca o ciudad, respectivamente, en cuanto conforma una de las tres

dimensiones verticales en las que tradicionalmente se dividen (junto con la superficie y el vuelo). El punto de partida reside, por tanto, en dos piezas territoriales tridimensionales preconfiguradas normativamente: la *finca* (unidad del territorio perteneciente exclusiva y excluyentemente a un propietario o a varios *pro indiviso*) y la *ciudad* (núcleo de población que concentra un conjunto de fincas ordenadas por el planeamiento urbanístico). Pues bien, la parte soterrada de la finca, el subsuelo próximo, y la de la ciudad, el subsuelo urbano, mantienen obviamente el estatuto jurídico de la unidad que intrínsecamente conforman. Por ello, MORENO GARCÍA desmenuza separadamente, por una parte, el estatuto de propiedad del suelo (ordenamiento civil), para el estudio del subsuelo próximo, y por otra, el Derecho Urbanístico (ordenamiento administrativo), para el estudio del subsuelo urbano, con el objeto de concretar la porción de subsuelo que forma parte de las mismas, fijando su límite inferior, y comprobar si la normativa reguladora es capaz de satisfacer el interés general, así como también si permiten constituir niveles superpuestos en orden a un mejor aprovechamiento del territorio.

Por lo que a la extensión del subsuelo próximo se refiere, el autor tiene en cuenta las diferentes teorías doctrinales existentes, pero se decanta por la validez de la *teoría del interés* de IHERING para responder tal cuestión, siempre entendida dentro de la actual configuración estatutaria del derecho de propiedad, lo cual equivale a decir que, *a priori*,

el interés del propietario/a se ha de concretar por parte de los poderes públicos, quienes han de indicar el destino y los usos que se pueden dar a la finca; por otra parte, el derecho del propietario/a se extenderá entre su contenido esencial (límite mínimo) y su función social (límite máximo); y, finalmente, aún dentro de tales márgenes, los poderes públicos mantienen sus potestades de intervención y control, mediante el otorgamiento de licencias. Todo ello le lleva a concluir que la determinación del límite interior de la finca queda en manos del poder público competente por razón del uso al que se destine la misma. Pero es que, además de ello, y como expresión de la *naturaleza plástica del derecho de propiedad*, proclamada por el Tribunal Constitucional, ese límite inferior puede ir variando con el tiempo, de modo que se podrá acomodar a distintas situaciones jurídico-técnicas.

El subsuelo próximo, así delimitado, comparte, obviamente, el estatuto jurídico aplicable a la finca, del cual recalca MORENO GARCÍA las limitaciones legales que pueden serle impuestas, para la instalación de servicios (líneas eléctricas, telecomunicaciones, acueductos, gasoductos, oleoductos, túneles de carreteras o de ferrocarriles), a través generalmente de servidumbres de paso o de la servidumbre de medianería, que el autor considera extensible al caso de la *superposición de fincas*.

En lo que al subsuelo urbano se refiere, la determinación de su extensión ofrece menor complejidad, pues se le aplican igualmente las normas

establecidas para determinar la extensión de la malla urbana, pues, del mismo modo que la rasante y el suelo urbano, también el subsuelo urbano está totalmente sometido a las disposiciones urbanísticas.

MORENO GARCÍA apunta al *aprovechamiento urbanístico* como instrumento urbanístico apropiado para la ordenación del subsuelo urbano, aunque un pormenorizado estudio de la normativa urbanística y del planeamiento municipal le permite comprobar que a día de hoy no se ha instaurado plenamente, ya que la normativa analizada presenta grandes lagunas en cuanto a la implantación de usos localizados en el subsuelo urbano (dejando a salvo canalizaciones y parkings subterráneos) y a una posible *planificación a niveles* que admitiera múltiples usos a cotas diversas, lo cual se deja en manos de Planes especiales. El autor estima que la visión tridimensional es, precisamente, el principal reto del planificador y gestor de la ciudad autosuficiente y verde.

Ahora bien, las carencias que detecta el presente trabajo no sólo se sitúan en el nivel de la planificación local; se observa también que las directrices territoriales deberían establecer prioridades de usos en el subsuelo urbano y que las normativas urbanísticas autonómicas deberían modificar su propensión a regular la superposición de niveles de la ciudad en función de la naturaleza (privada o pública) de la finca superior.

La propuesta del autor al respecto no llega a exigir una reconfiguración del Derecho Urbanístico, ni una nue-

va concepción de ciudad, sino que se constriñe a plantear que, salvo reglas especiales que puedan resultar de sus peculiaridades intrínsecas, se le apliquen al subsuelo urbano las mismas normas que al resto del entramado urbano.

Tal y como desglosa el Capítulo III, integran la segunda categoría de subsuelo (el *subsuelo ocupado*) los espacios jurídicos enclavados bajo la superficie, salvo a veces por sus accesos (minas y yacimientos mineros, acuíferos y aguas subterráneas, túneles de la red viaria y ferroviaria, canalizaciones de instalaciones lineales subterráneas de gas o energía, bienes abandonados, bienes culturales o arqueológicos, vertederos), que tienen una identidad jurídica propia y están sujetos a un régimen legal específico, de acuerdo con el uso al que se encuentran vinculados. El trabajo los define como una serie de bienes de interés para el Derecho que «*no son subsuelo, sino que están en el subsuelo*».

De acuerdo con la pauta seguida en el capítulo anterior, también en éste el estudio de los dispares regímenes jurídicos aplicables a los elementos que conforman el subsuelo ocupado repasa en tres cuestiones concretas. La primera de ellas es la titularidad de estos espacios: el análisis normativo revela dos tipos de titularidad de este tipo de elementos (declaración de *dominio público* y la posibilidad de *propiedad privada*, pero, en este último caso, como *bienes de interés común*), con consecuencias jurídicas semejantes, pues en ambos casos se observa una gran

intervención de los poderes públicos, fundada en el interés general que ha de satisfacer su uso. La segunda es la extensión de los elementos que conforman el subsuelo ocupado: en este caso, el análisis muestra la indeterminación espacial de muchos de estos elementos, debida bien a los problemas interpretativos que se encuentran a la hora de proyectarlos a una dimensión tridimensional (zonificaciones de túneles viarios y ferroviarios, por ejemplo) o bien la indefinición legal (yacimientos-minas o acuíferos). Y la tercera de las cuestiones, indaga acerca de la existencia de alguna pauta que permita deducirse a consecuencia de su uso soterrado: la respuesta a la misma es negativa, pues se comprueba que a estos espacios se les aplica exactamente la misma normativa que si se situaran en la superficie o en el espacio aéreo.

El autor concluye, pues, desechando la existencia de un estatuto de la propiedad propio o específico del subsuelo ocupado. Simultáneamente denuncia, también en el caso del subsuelo ocupado, la falta de una verdadera visión tridimensional del territorio que repare en la cota a la que se sitúa este tipo de bienes.

El Capítulo IV se centra en la última categoría de subsuelo, el *subsuelo libre*, porción del territorio ubicado bajo la superficie terrestre que no ha sido vinculado a un destino concreto, ni es objeto de aprovechamiento, ni se le ha atribuido uso alguno, pero puede ser transformado en alguna de las categorías anteriores, tal y como se verá en el Capítulo V.

A partir de aquí plantea el estudio su visión más novedosa. MORENO GARCÍA propugna un estatuto jurídico propio para este volumen: tras el análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial de las posibles titularidades del subsuelo libre, entiende que debe ser contemplado como una *universitas*, sometida al *imperium* del Estado y con la tipología de *no-cosa* por no ser objeto de relaciones jurídicas (no se somete, por tanto, a dominio de ningún sujeto). Y de ser necesario, propone el autor, *de lege ferenda*, que sea declarado bien común, bajo la categoría de *patrimonio común*.

En cualquier caso, en relación con este espacio, en cuanto elemento geológico (de hecho, hay incluso elementos geológicos concretos situados en el subsuelo libre, tales como las cavidades naturales o cuevas y los fósiles), se obliga a poderes públicos y ciudadanos/as a su conservación en el estado natural en que se encuentre y a su investigación, que resultará fundamental para que, si es necesario (en cuanto se trata de una fuente de recursos), pueda ser transformada dentro de unos límites.

A partir de esas bases, el Capítulo V se centra seguidamente en la posible transformación (jurídica y física) de ese subsuelo libre, habida cuenta de que el ordenamiento jurídico prevé que la totalidad del territorio nacional ha de servir al Estado para proporcionar a la población los medios que requiera, pero única y exclusivamente si resulta necesario (*función negativa del territorio*), y lo hace fijándose en si se prevé una transformación *ordenada y sostenible*.

En cuanto al primero de los parámetros (si la transformación se ejecuta de modo ordenado), tras analizar tanto las políticas de ordenación territorial europea y autonómicas y el urbanismo, como las políticas sectoriales (recursos mineros, aguas, infraestructuras del transporte, instalaciones lineales, espacios protegidos), el autor comprueba que, con carácter general y salvo el papel del Derecho Urbanístico en las ciudades, las normativas sectoriales prevalecen sobre la ordenación territorial y que aquéllas prevén escasas previsiones que puedan llevar a una verdadera integración de las distintas políticas, con la notable salvedad de la normativa reguladora de la evaluación de impacto ambiental.

Por otra parte, estudia los principios que han de inspirar la transformación del subsuelo libre, bien en cuanto afecta a un bien natural (información ambiental y participación ciudadana, motivación de las decisiones, principios de precaución y desarrollo sostenible), bien en cuanto proceso de transformación territorial (la potenciación de la rehabilitación y utilización intensiva del subsuelo ya construido, la concentración de usos en un mismo volumen de subsuelo o la minimización de los riesgos naturales).

En fin, el autor reitera la necesidad de precisar los conceptos jurídicos a manejar en un territorio tridimensional, y de proporcionar seguridad jurídica sobre la extensión de su elemento espacial. A partir de ahí, se trataría, no tanto de elaborar un nuevo régimen jurídico, sino de interpretar

y revisar el actual para alcanzar una ordenación tridimensional sostenible, que permita implantar usos bajo la superficie, a diferentes niveles, lo cual en ciudad se puede llevar a efecto implementando las herramientas jurídicas urbanísticas también en la dimensión vertical y, en el resto del territorio, la compactación de diversos usos en un mismo espacio vendrá propiciada por una coordinación entre políticas territoriales.

El trabajo finaliza con un apartado de conclusiones, tras el cual se recoge el ya mencionado Anexo donde analiza los conceptos de suelo y subsuelo, tanto en su vertiente jurídica (se analiza desde el Código Civil al Derecho ambiental, pasando por la normativa de propiedad horizontal, el urbanismo o la normativa registral y catastral) como en su vertiente científico-técnica, de modo un modo tan exhaustivo que puede considerarse perfectamente como un capítulo más del estudio.

Por lo que, a estas alturas, el/la lector/a habrá podido comprobar, la complejidad del ámbito que analiza ha obligado al autor a efectuar una investigación pluridisciplinar (aunque prevalezca la perspectiva *iusadministrativista*), labor en la que no se ha ceñido a una perspectiva meramente descriptiva, sino que profundiza no sólo en la regulación jurídica aplicable, sino también en su aplicación jurisprudencial, a la hora de dar respuesta a los innumerables aspectos problemáticos que se presentan en torno al subsuelo. En esa tarea, lejos de dejarse amilanar por hipotéticos dogmas doctrinales, MORENO GAR-

CÍA se atreve además a proponer ideas novedosas.

Todo ello permite afirmar que se trata de una magnífica obra, bien meditada y que posee un gran valor, no sólo en su vertiente jurídico-académica, sino también en la jurídico-práctica, lo cual es indudablemente consecuencia de la experiencia profesional de su autor. En definitiva, como acertadamente señala su directora de tesis, Carmen AGOUÉS MENDIZABAL, en el Prólogo del libro, nos encontramos ante una «obra de lectura obligada».

Jasone URKOLA IRIARTE

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.21>

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y transparencia*. Ed. Catarata e IVAP, 2017. 189 páginas

Rafael Jiménez Asensio nos obsequia con un nuevo libro, que versa sobre la prevención de la corrupción. Se trata de una temática que el autor lleva estudiando desde hace tiempo y que puede ser seguida por los trabajos que publica de forma continuada en su muy interesante blog, «La mirada institucional». Ello revela que el libro no es fruto de una investigación repentina y *ad hoc* del autor, sino más bien resultado de una reflexión lenta, pausada y profunda sobre el fenómeno de la corrupción y, en especial, de cómo afrontarla. Y ya en el título del libro, el autor nos ofrece la vía de solución: integridad y transparencia. Ambas se convierten

en los instrumentos, entre otros, que pueden llevar a este país a mitigar la corrupción, puesto que su erradicación absoluta será muy difícil. Ante la tendencia de los poderes públicos al secreto y la opacidad, sólo cobran sentido las políticas que fomenten y alienten la integridad y la transparencia. Por ello el libro analiza el problema y sus causas, e intenta ofrecer soluciones, pero no soluciones fáciles, que serían efímeras, sino vías profundas que se inserten en la sociedad y eviten eficazmente la corrupción. Lo importante es prevenir, y sólo las políticas de prevención ayudan de verdad. También hay que escapar del discurso fácil, que fía todo en los medios, convirtiéndolos en fines, como ocurre a menudo con la transparencia. Y no se trata sólo de un fenómeno que atañe en exclusiva a los políticos, y si se apura un poco más a los funcionarios, sino que alcanza a toda la sociedad.

El libro comienza con una introducción bien clarificadora: «Prevenir antes que lamentar», que muestra la ruta que va a seguir el autor ante la corrupción, que es un azote que no cesa. Las medidas represivas, con ser necesarias, no son la solución, sino que la corrupción sólo puede ser acorralada mediante mecanismos de prevención. Medidas preventivas prácticas no sólo de tipo institucional sino también educativo. Y debe tenerse siempre claro que la transparencia no es un fin en sí misma sino que debe ser entendida como un mero instrumento. En cambio, el aspecto sustantivo reside en la integridad. Como señala el autor, la idea fuerza de su Libro es que lo mejor es llevar a cabo