

Tabaco y terrazas: una relación confusa

Domingo Funes Arjona
*Abogado. Dpto. de Derecho Administrativo de
 HispaColex*

Con la llegada del buen tiempo, nuestros pueblos y ciudades, que como es notorio viven en buena parte del turismo, se llenan de terrazas. Es más, en las zonas más turísticas tienden a permanecer abiertas todo el año, ayudándose para ello de toldos y estructuras más o menos ligeras para garantizar un mínimo de confort a sus usuarios. Hasta hace unos años, fumar en estos espacios no era un problema, pero con la entrada en vigor de la Ley ya conocida como "La Ley Antitabaco" de 2010, la prohibición, según qué casos, se ha extendido a las mismas y a una amplia nómina de espacios, todos ellos recogidos en el art. 7 de la reformada ley, culminada con una especie de cláusula escoba que lleva la prohibición a "todos los demás espacios cerrados de uso público y colectivo", tipificando la infracción como grave en el Art. 19.3.b)

En esa línea, el Art. 2.2 de la norma, establece que "a efectos de esta Ley, en el ámbito de la hostelería, se entiende por espacio al aire libre todo espacio no cubierto o todo espacio que estando cubierto está rodeado lateralmente por un máximo de dos paredes, muros o paramentos". Y es este apartado, precisamente, el que ha presentado serias dificultades de interpretación para hosteleros y profesionales, pues su ambigüedad es evidente, ya que es preciso definir que entendemos por "rodeado lateralmente", por "paredes, muros o

paramentos" e, incluso, qué se considera "espacio cubierto" y si esta cualidad es o no reversible cuando, por ejemplo, hablamos de toldos correderos. Y si bien para el común de los mortales, la cuestión podría estar más o menos clara, la realidad es que los problemas derivados de una interpretación dispar, están provocando una gran sensación de inseguridad jurídica, alimentada por las inspecciones que está llevando a cabo la Junta de Andalucía que, en este caso, hacen suya la interpretación ministerial a la que más adelante aludimos, cuando para nosotros ese criterio es, como mínimo, discutible.

Es evidente que no se trata en este artículo de cuestionar los más que demostrados efectos nocivos del tabaco sobre las personas, y la obligación que tienen los poderes públicos, al amparo de lo previsto en el Art. 43 de la Constitución Española, de



garantizar el derecho a la protección de la salud, especialmente de los fumadores pasivos, pero ese objetivo no puede justificar interpretaciones extensivas o analógicas de normas sancionadoras, dado que ello implicaría la vulneración de los principios de legalidad en materia sancionadora y tipicidad, pues solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales en la ley, (Art. 129 LRJPAC). La propia ley "antitabaco" establece en su Art. 6, como no puede ser de otra forma, que el consumo de productos del tabaco deberá hacerse en aquellos lugares o espacios en los que no esté prohibido.

Todo lo expuesto anteriormente hay que ponerlo en conexión con la respuesta que el Ministerio de Sanidad ofrece a una consulta planteada sobre la interpretación que debe hacerse de ese polémico Art. 2.2, asegurando que la redacción del citado precepto se ha hecho "teniendo en cuenta la posibilidad de que el aire circule. En consecuencia (sic), no se considera espacio al aire libre todo espacio que tenga cubierta superior, incluidos toldos, lucernarias,

"... cualquier tipo de cubierta o pared, muro o paramento, incluso parcial o móvil haría del local un espacio cerrado y, por tanto, estaría prohibido fumar"

o cualquier tipo de plásticos, y además más de dos paredes, muros o paramentos de cualquier material y cualquier altura. Como el texto no hace ninguna exclusión –continúa el Ministerio– debe entenderse que no se permiten cerramientos parciales por lo que cualquier tipo de cubierta o pared, muro o paramento, incluso parcial o móvil haría del local un espacio cerrado y, por tanto, estaría prohibido fumar".

Esta interpretación que hace Sanidad ha venido siendo objeto de discusión por varias razones. En primer lugar, porque dicha interpretación debe hacerse sin perder de vista la posibilidad de que el aire circule que es el objetivo perseguido, el elemento teleológico, según reconoce el propio Ministerio, por lo que no puede ser irrelevante el hecho de la altura de los paramentos laterales como se pretende, pues unos simples maceteros rodeando parcialmente la terraza y de no más de 30 centímetros de altura encajarían en esta interpretación haciendo del lugar un espacio cerrado y, consecuentemente, en el que estaría prohibido fumar, algo no explicitado en la ley. En segundo lugar, porque el hecho de que la norma no haga exclusión expresa de los cerramientos parciales no puede llevar al Ministerio a entender que estos también están prohibidos, más bien al contrario, pues como se ha indicado, la interpretación extensiva que hace la administración no es admitida en materia sancionadora y, además, porque evidentemente los cierres parciales podrían garantizar la circulación del aire que es lo que razonablemente persigue la norma para evitar acumu-

laciones de humo que puedan perjudicar a otros usuarios de la terraza.

No se puede olvidar que el principio de tipicidad impone al Legislador la obligación de abstenerse de utilizar tipos abiertos o cláusulas generales o residuales que confieran a la administración un arbitrio desmedido en la concreción de los tipos o en la imposición de las sanciones. En similares términos se manifiesta el Tribunal Constitucional en sentencia número 58/2008 de 14 de abril, al dictaminar, en relación con la interpretación extensiva, que "no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada, sino que también son constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– (...) conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios". (...) "de forma que cabrá apreciar una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora, tanto cuando se constate una aplicación extensiva o analógica de la norma a partir de la motivación de la correspondiente resolución, como cuando la ausencia de fundamentación revele que se ha producido dicha extensión (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4).

Es decir, que con carácter mayoritario la jurisprudencia reitera la necesidad de que las conductas imputadas como supuestos de infracción encajen, sin interpretaciones forzadas, ni aplicación extensiva, en los casos contemplados legalmente como infracción. Así, a nuestro juicio, la interpretación que hace el Ministerio de Sanidad del tantas veces citado art. 2.2 de la Ley 28/2005, desborda con claridad los límites del precepto hasta el punto de crear, por extensión, una nueva infracción no prevista en la ley cuando lo correcto es, si pretende ampliar la prohibición a todo tipo de terrazas, modificar la norma.

