



Actualidad Jurídica Ambiental

Núm. Especial 102/2,
Dedicado al Congreso Homenaje a Ramón Martín
Mateo “VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental
(Vulnerabilidad Ambiental)”

Junio 2020

Eva Blasco Hedo (Coord.)



Dirección académica

Eva Blasco Hedo
Responsable de la Unidad de Investigación y Formación del Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT)

Secretaría

Blanca Muyo Redondo
Responsable de la Unidad de Documentación e Información del Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT)

Consejo de Redacción

Eva Blasco Hedo
Responsable de la Unidad de Investigación y Formación del Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT)

Lucía Casado Casado
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rovira i Virgili

Sara García García
Doctoranda en Derecho de la Universidad de Valladolid

Fernando López Pérez
Profesor del Centro Universitario de la Defensa, Zaragoza

Manuela Mora Ruiz
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva

Blanca Muyo Redondo
Responsable de la Unidad de Documentación e Información del Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT)

Inmaculada Revuelta Pérez
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia

Ángel Ruiz de Apodaca
Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra

Consejo científico-asesor

Carla Amado Gomes
Profesora Auxiliar de la Universidad de Lisboa (Portugal)

Estanislao Arana García
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

José Francisco Alenza García
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra

Andrés Betancor Rodríguez
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra

Francisco Delgado Piqueras
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

Eva Desdentado Daroca
Profesora Titular de Derecho administrativo de la Universidad de Alcalá de Henares

Luis Alberto Fernández Regalado
Director del Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT)

Marta García Pérez
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña

Agustín García Ureta
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco

Jesús Jordano Fraga
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla

Javier Junceda Moreno
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Internacional de Cataluña

Fernando López Ramón
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza

Manuel Lucas Durán
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alcalá de Henares

José Manuel Marraco Espinós
Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

Pilar Moraga Sariego
Profesora Asociada de Derecho Internacional de la Universidad de Chile

Alba Nogueira López
Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela

J. José Pernas García
Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña

Jaime Rodríguez Arana
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña

Juan Rosa Moreno
Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante

Ángel Ruiz de Apodaca
Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Navarra

Nicolas de Sadeleer
Catedrático Jean Monnet de Derecho Comunitario, Universidad Saint-Louis, Bruselas (Bélgica)

Santiago Sánchez-Cervera Senra
Responsable de la Unidad de Prevención de Riesgos Laborales del Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT)

Javier Sanz Larruga
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña

Íñigo Sanz Rubiales
Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Valladolid, Acreditado como Catedrático

Javier Serrano García
Vicepresidente de la Asociación de Derecho Ambiental Español

Patricia Valcárcel Fernández, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Vigo

Germán Valencia Martín
Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Los contenidos de la presente obra han sido sometidos a evaluación en fecha anterior al 10 de octubre de 2019, para su presentación en el Congreso Nacional de Derecho Ambiental celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

Está prohibida la utilización comercial de sus contenidos sin permiso escrito de la Editorial. El uso del material para fines científicos no comerciales está sometido a la obligación moral de colaboración con la Revista. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación total o parcial de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Reservados todos los derechos por la legislación en materia de Propiedad Intelectual.

Lenguaje inclusivo con perspectiva de género: las menciones genéricas en masculino que aparecen en el presente documento se entenderán, en su caso, referidas igualmente a su correspondiente femenino.

Publicación disponible en el [Catálogo general de publicaciones oficiales](#).

© 2020 [CIEMAT]

Editorial CIEMAT:

Avenida Complutense, 40, 28040 Madrid
Correo: editorial@ciemat.es
[Novedades editoriales CIEMAT](#)

Fotocomposición: CIEDA-CIEMAT
Plaza Bernardo Robles, 9, 42002 Soria
Correo: biblioteca@cieda.es

**LIBRO DE ACTAS
CONGRESO HOMENAJE A
RAMÓN MARTÍN MATEO**

**VIII CONGRESO NACIONAL
DERECHO AMBIENTAL
(VULNERABILIDAD AMBIENTAL)**

Sevilla, 10 y 11 de octubre de 2019

COORDINADORES:

Blanca Soro Mateo
Jesús Jordano Fraga
José Francisco Alenza García
Santiago M. Álvarez Carreño
Antonio Alfonso Pérez de Andrés



Proyecto DER 2017-85981-C2-2-R, “Derecho Ambiental, Recursos naturales y Vulnerabilidad” (DAMBI-vul), Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, 2017, subvencionado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Proyecto DER2017-85981-C2-1-R, 2018-2020, "Derecho Ambiental y vulnerabilidad" (DA-vulner), Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, 2017, subvencionado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Proyecto DER 2017-85981-C2-1-R, “Bioderecho ambiental y vulnerabilidad” (BIO-vul), Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, 2017, subvencionado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

SUMARIO

Prefacio	5
Listado de Autores	7
PARTE 1: PONENCIAS	9
Conferencia Inaugural	10
I. Derecho privado ambiental a la luz del Código Civil y Comercial. <i>Néstor A. Cafferatta</i>	11
Mesa plenaria 1: Atmósfera y Cambio Climático: litigios climáticos Blanca Soro Mateo	59
II. Una aproximación al mercado de derechos de emisión a través de los conflictos judiciales. <i>Iñigo Sanz Rubiales</i>	60
III. Litigios climáticos: estudio panorámico. Hacia una « climatización » progresiva del derecho ante el juez. <i>Marta Torre-Schaub</i>	85
IV. Ordenación del litoral y adaptación al cambio climático. ¿Es suficiente la respuesta jurídica del Estado español? <i>Francisco Javier Sanz Larruga</i>	111
V. Las energías renovables (electricidad verde) en la jurisprudencia de la Unión Europea. <i>Francisco Delgado Piqueras</i>	140
Mesa plenaria 2: Sociedad reciclada, residuos y economía circular Alba Nogueira López	175
VI. La incorporación de la economía circular en la legislación estatal de residuos a raíz de la Directiva (UE) 2018/851. <i>Aitana de la Varga Pastor</i>	176
VII. Subproductos y fin de condición de residuos: elementos clave para una economía circular. <i>Noemí Blázquez Alonso</i>	204
VIII. La economía circular en el Derecho ambiental. <i>José Francisco Alenza García</i>	225
Mesa plenaria 3: Responsabilidad por daño ambiental Santiago M. Álvarez Carreño	250
IX. Hacia la construcción de un sistema eficaz de responsabilidad objetiva por daños medioambientales: algunas cuestiones de prospectiva. <i>Jesús Conde Antequera</i>	251
X. Sanción administrativa y restauración de daños ambientales. <i>Blanca Lozano Cutanda</i>	279
XI. Pasado, presente y futuro de la responsabilidad medioambiental. <i>José Miguel Beltrán Castellanos</i>	310
Mesa plenaria 5: Evaluación de Impacto Ambiental: balance de treinta y cuatro años Germán Valencia Martín	339
XII. Evaluación de impacto ambiental: un balance desde la perspectiva del derecho de la UE. <i>Agustín García Ureta</i>	340
XIII. La evaluación ambiental adecuada exigida sobre proyectos y planes con incidencia en Espacios Red Natura 2000. <i>Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa</i>	356
XIV. La interdependencia entre el régimen de la contratación pública y la técnica de la evaluación de impacto ambiental en la ejecución de proyectos públicos. <i>Juan José Pernas García</i>	388
Mesa plenaria 6: Derecho ambiental comparado: tendencias y perspectivas Jesús Jordano Fraga	407
XV. Uma professora de Direito do Ambiente à beira de um ataque de nervos. <i>Carla Amado Gomes</i>	408
XVI. Mecanismos nacionales de protección de las personas defensoras de derechos humanos y del medio ambiente en América Latina. Especial referencia al caso de México. <i>Antoni Pigrau Solé</i>	426
Diálogo ambiental Constitucional Internacional. Sociedad de Riesgo y Justicia Ambiental	456
XVII. La defensa de los espacios forestales en la denominada “España vaciada”. <i>Eva Blasco Hedó</i>	457
Conferencia de Clausura	476
XVIII. Comercio internacional y derecho ambiental. <i>Aldo Milano Sánchez</i>	477

PARTE 2: COMUNICACIONES	507
XIX. Conexiones entre saneamiento y urbanismo en el Decreto-Ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía. <i>Belén Burgos Garrido</i>	508
XX. La evaluación de impacto ambiental de los proyectos mineros: a propósito de la articulación del plan de restauración con la declaración de impacto ambiental. <i>Lucía Casado Casado</i>	522
XXI. Contratación pública y prevención de daños ambientales: hacia una regulación global e integradora. <i>María Pilar Dopazo Fraguío</i>	538
XXII. La paulatina consolidación del principio de no regresión ambiental en la jurisprudencia española. <i>Jaime Doreste Hernández</i>	553
XXIII. La responsabilidad por el daño ambiental generado en el caso de la lucha contra el uso del veneno en España. <i>Carlos Javier Durá Alemañ, et al.</i>	564
XXIV. La aplicación del Convenio de Aarhus en el contencioso climático: el acceso a la información sobre emisiones. <i>Susana Galera Rodrigo</i>	577
XXV. La evaluación ambiental del proceso de reconocimiento de edificaciones ilegales. <i>Eva Gamero; Javier Rodríguez</i>	596
XXVI. La protección del paisaje urbano como fórmula de lucha contra la contaminación visual. Una nueva forma de actividad administrativa municipal. <i>Fernando García Rubio</i>	604
XXVII. Supuestos de excepción en la Directiva Marco del Agua: su interpretación por el Tribunal Supremo. <i>Ana Georgina Guerrero Ron</i>	622
XXVIII. La cooperación territorial europea para el cumplimiento de la Agenda 2030. <i>Isabel Hernández San Juan</i>	633
XXIX. Derecho privado y protección del ambiente. Función ambiental de la propiedad en Argentina. <i>Juan Claudio Morel</i>	654
XXX. El uso energético de los residuos de aceites vegetales usados en el sector de la hostelería, restauración y catering en el ámbito de la bioeconomía circular. <i>María Pascual Núñez</i>	666
XXXI. La contratación pública ecológica como instrumento de impulso de la economía circular. <i>Elisa Pérez de los Cobos Hernández</i>	677
XXXII. El incremento de los conflictos ambientales y urbanísticos en Cataluña y papel del derecho ambiental en su resolución. <i>Joan Pons Solé</i>	692
XXXIII. La gobernanza multinivel del cambio climático en la Agenda Urbana de la Unión Europea. <i>Laura Presicce</i>	705
XXXIV. La bioeconomía forestal como integradora de la cohesión territorial, prevención de incendios y lucha contra el cambio climático. Unos apuntes. <i>Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero</i>	717
XXXV. Participación ciudadana y evaluación de impacto ambiental en España y Portugal. <i>Aritz Romeo Ruiz</i>	734
XXXVI. Una propuesta de tribunales especializados como instrumento de mejora de la litigación ambiental. <i>Eduardo Salazar Ortuño</i>	747
XXXVII. La incineración en la jerarquía de opciones para una economía circular. <i>René Javier Santamaría Arinas</i>	760
XXXVIII. Los caracteres básicos del crimen de ecicidio. <i>Pablo Serra Palao</i>	773
XXXIX. La evaluación de impacto ambiental de las minicentrales hidroeléctricas. <i>Sebastián Félix Utrera Caro</i>	788
XL. La extensión a las evaluaciones de impacto ambiental de la doctrina jurisprudencial sobre el control de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros de pruebas selectivas para el acceso al empleo público. <i>Ricardo de Vicente Domingo</i>	799

PREFACIO

En Sevilla el 10 y 11 de octubre de 2019, antes de la cruel pandemia, tuvo lugar el VIII CONGRESO NACIONAL DERECHO AMBIENTAL (vulnerabilidad ambiental), CONGRESO HOMENAJE A RAMÓN MARTÍN MATEO. Fue una agradable coincidencia que fuera también en Sevilla donde se celebró el primer congreso ADAME: I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, los días 19-21 de abril de 1995 con el impulso del Maestro.

En esta ocasión, más modestamente, la organización fue impulsada por los Proyectos DER 2017-85981-C2-2-R, “Derecho Ambiental, Recursos naturales y Vulnerabilidad” (DAMBI-vul), y DER 2017-85981-C2-1-R, “Bioderecho ambiental y vulnerabilidad” (BIO-vul) y por el CEDAT de Tarragona. Con el apoyo de ADAME (Asociación de Derecho Ambiental Español), del CIEDA (Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental, Soria), de la Facultad de Derecho y del Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla, de la Cátedra del Agua y la sostenibilidad de la Universidad de Murcia, de la Cátedra Enric Prats, de la Cátedra de Estudios Jurídicos Locales Màrius Viadel i Martín y del Proyecto EDAMUR (Fundación Séneca-CARM). Nuestro agradecimiento a todos ellos y en especial a sus presidentes, directores, investigadores principales y personal administrativo que hicieron posible la exitosa celebración del VIII Congreso de Derecho Ambiental, que durante tantos años habíamos esperado con anhelo.

El congreso cumplió su principal objetivo, que no era otro que rendir merecidísimo homenaje a D. Ramón Martín Mateo. El número de participantes (más de 120 inscritos) y la calidad de los ponentes nacionales e internacionales, así como de las comunicaciones presentadas y de los debates suscitados, producto del profundo afecto, admiración y reconocimiento al Maestro, así lo demostraban. El Prof. D. Ramón MARTÍN MATEO - como nos recordaron las ponencias de inauguración y de clausura a cargo de los Profs. Fernando López Ramón, Nestor Caferatta y Michel Prieur- fue el primer sistematizador del Derecho ambiental en España, con su pionero *Derecho ambiental*, IEAL, Madrid 1977, obra sobre la que se construye su *Tratado de Derecho Ambiental*, Vols. I, y II, Ed. Trivium, Madrid 1991-1992, respectivamente, y el Vol. III *Recursos Naturales*, Trivium, Madrid 1997. Además

de esta magistral empresa, ejerció un liderazgo personal y humano de tal envergadura que perdura en el tiempo y que hizo posible que hoy los ambientalistas sigamos unidos y desarrollando iniciativas como el [Observatorio de Políticas Ambientales](#), creado y liderado por Fernando López Ramón. Don Ramón concebía el Derecho Ambiental como una hermandad y como una fe. Fue base de la relación de hermandad que todos tenemos con sus hijos espirituales de la Escuela del Derecho ambiental de Alicante (Juan José Díez, Germán Valencia, Juan Rosa Moreno, Gabriel Real, Mercé Orti, Ramón Terol, Josep Ochoa, etc.).

Confiamos en que este esfuerzo, una vez pase esta maldita pandemia que azota la humanidad, revitalice los Congresos ADAME y que el testigo pase de mano en mano entre los discípulos de Don Ramón por todas las Universidades de España.

El lector tiene entre sus manos las principales aportaciones que recorren algunos de los temas más importantes del Derecho ambiental (economía circular, responsabilidad ambiental, urbanismo y medio ambiente, responsabilidad ambiental, litigios ambientales, evaluación de impacto ambiental...). Nuestro especial agradecimiento para los ponentes que acudieron a esta llamada desde toda España, y desde otros países como Portugal, Francia, Argentina y Brasil y, como no, para el Comité organizador y el Comité científico Terminando de escribir estas líneas, podemos ver la sonrisa burlona que en este momento esboza D. Ramón allí donde esté.

En Sevilla a 27 de abril de 2020

Blanca Soro Mateo
Jesús Jordano Fraga
José Francisco Alenza García
Santiago M. Álvarez Carreño
Antonio Alfonso Pérez de Andrés

LISTADO DE AUTORES

- ALENZA GARCÍA, José Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.
- AMADO GOMES, Carla: Profesora Asociada de Derecho del Ambiente e Derecho Administrativo, Universidad de Lisboa.
- BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel: Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Alicante.
- BLASCO HEDO, Eva: Responsable del Área de Investigación y Formación, Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT).
- BLÁZQUEZ ALONSO, Noemí: Abogada, Uría Menéndez Abogados.
- BURGOS GARRIDO, Belén: Becaria FPI del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.
- CAFFERATTA, Nestor A: Subdirector de la Carrera de especialización de derecho Ambiental. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Derecho de Buenos Aires.
- CASADO CASADO, Lucía: Profesora Titular de Derecho Administrativo. Investigadora del Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona
- CONDE ANTEQUERA, Jesús: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha.
- DOPAZO FRAGUÍO, María Pilar: Profesora de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.
- DORESTE HERNÁNDEZ, Jaime: Abogado ambientalista. Profesor Asociado, Universidad Autónoma de Madrid.
- DURÁ ALEMAÑ, Carlos Javier: Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT).
- GALERA RODRIGO, Susana: Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos.
- GAMERO RUIZ, Eva: Inspectora de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía. Técnico de Administración Local.
- GARCÍA RUBIO, Fernando: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad Rey Juan Carlos. Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona.
- GARCÍA URETA, Agustín María: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad del País Vasco.
- GUERRERO RON, Ana Georgina: Profesora Asociada, Universidad Rey Juan Carlos.
- HERNÁNDEZ SAN JUAN, Isabel: Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

LOZANO CUTANDA, Blanca: Catedrática de Derecho Administrativo, Colegio Universitario de Estudios Financieros.

MILANO SÁNCHEZ, Aldo: Profesor de Derecho Público, Lead University, San José (Costa Rica).

MOREL, Juan Claudio: Profesor Titular “P y Legislación Ambiental” UNICEN sede Tandil. Argentina. Doctor en Derecho, Universidad de Alicante.

PASCUAL NÚÑEZ, María: Investigadora predoctoral, Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA-CIEMAT), Universidad a Distancia de Madrid.

PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa: Contratada Doctora, Universidad de Murcia.

PERNAS GARCÍA, Juan José: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidade da Coruña.

PIGRAU SOLÉ, Antoni: Director del Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona. Catedrático de Derecho Internacional Público, Universitat Rovira i Virgili.

PONS SOLÉ, Joan: Ambientólogo y consultor en Derecho Ambiental, INSTA – Serveis Jurídics Ambientals.

PRESICCE, Laura: Investigadora predoctoral, Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona, Universitat Rovira i Virgili.

RODRÍGUEZ MORAL, Javier: Magistrado especialista contencioso-administrativo.

RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Autónoma de Madrid.

ROMEO RUIZ, Aritz: Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Navarra.

SALAZAR ORTUÑO, Eduardo: Abogado. Profesor Asociado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de La Rioja.

SANZ LARRUGA, Francisco Javier: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidade da Coruña.

SANZ RUBIALES, Iñigo: Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

SERRA PALAO, Pablo: Becario, Escuela Diplomática de España.

TORRE-SCHAUB, Marta: Professor Researcher en Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ISJPS-CNRS UMR 8103. Directora de la Red de Investigadores CLIMALEX.

UTRERA CARO, Sebastián Félix: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad CEU-San Pablo de Madrid.

VARGA PASTOR, Aitana de la: Profesora Agregada de Derecho Administrativo, Universitat Rovira i Virgili.

VICENTE DOMINGO, Ricardo de: Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia.

PARTE 1:

PONENCIAS

**CONFERENCIA
INAUGURAL**



I. Derecho privado ambiental a la luz del Código Civil y Comercial

Néstor A. Cafferatta

Subdirector de la Carrera de especialización de derecho Ambiental

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Derecho de Buenos Aires

RESUMEN:

El Código Civil y Comercial de la Argentina (CCYC), ley 26994, que entró en vigencia en 2015, es fruto del Derecho Privado Constitucional, introduciendo en ese contexto, normas de enorme relevancia para la especialidad, en cuanto implica un contundente reconocimiento del componente ambiente en el Estado de Derecho. El CCYC constituye un enorme aporte del código unificado para la defensa del ambiente (art. 1, 2, 3, 9, 10, 14, 240, 241, 1708, 1710, 1711, 1712, 1713, 1094, 1757 y 1973).

Esta afirmación se basa en las siguientes razones: 1) Porque regula los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva (intereses difusos), dentro de cuya familia se inscribe con ropaje constitucional, el derecho ambiental; 2) porque la ley del caso se aplica “conforme con la Constitución” y “las disposiciones de los tratados de humanos” (art. 1); 3) introduce un método de interpretación de la ley, partiendo de la pluralidad de fuentes del derecho, por las palabras, por las finalidades, las leyes analógicas, por las disposiciones de tratados de derechos humanos, “principios y valores jurídicos”, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico (art.2), lo que fortalece el derecho ambiental, por su especial naturaleza principista; 4) porque esta hermenéutica, conduce necesariamente a modificar la labor del juez, que en la elaboración de la decisión, deberá construir un “juicio de ponderación” (art. 3), mediante un “diálogo de fuentes”, adecuado para los “casos difíciles”, propios del derecho ambiental; 5) porque la “columna vertebral” del derecho ambiental en el Código unificado (art. 240), regula la relación del “hombre con la naturaleza”, con una visión eco-céntrica, establece una limitación al ejercicio de los derechos individuales, que

deberá ser compatible con el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, conforme con el derecho administrativo dictadas en interés público, y no afectar “la sustentabilidad ni el funcionamiento de los ecosistemas”, flora, fauna, agua, biodiversidad, y paisaje.

Asimismo, 6) porque reconoce las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental o normas base que se aplican de manera uniforme y común (artículo 241); 7) porque siendo el derecho ambiental, un derecho de incidencia colectiva, referido al bien colectivo, ambiente, incluye expresamente los “bienes colectivos” o “bienes comunes” (de pertenencia subjetiva supraindividual, referidos a bienes indivisibles); 8) porque declara como principio general del derecho privado, “la buena fe” (artículo 9), principio básico de la especialidad (principio 27 Declaración de Río); 9) porque amplía los supuestos de “abuso del derecho”, consagrando la novedosa figura del “abuso del derecho contra el ambiente” (eco-abuso), en el artículo 14; 10) porque reconoce la “función preventiva de la responsabilidad” (artículos 1708, 1710-1713), toda vez que la prevención es la “regla de oro” del derecho ambiental; 11) porque amplía el supuesto de la responsabilidad por riesgo, comprensivo de las actividades riesgosas o peligrosas (art. 1757), muchas de las cuales, son productoras de daño ambiental colectivo; 12) porque introduce el concepto de consumo sustentable (art. 1094); 13) porque perfecciona el viejo régimen de responsabilidad civil por inmisiones inmateriales (molestias entre vecinos, por excesos en el límite de la normal tolerancia), dándole mayores poderes- deberes al juez, ampliando los estándares que deberá ponderar el tribunal, en su decisión judicial. En conclusión, este Código Civil y Comercial, internaliza el derecho ambiental, con normas de regulación del ejercicio de los derechos subjetivos, individuales, en defensa del bien colectivo ambiente.

ABSTRACT:

The Civil and Commercial Code of Argentina (CCYC), Law 26994, which came into force in 2015, is the result of Constitutional Private Law, introducing in this context, norms of enormous relevance to the specialty, insofar as it implies a forceful recognition of the component environment in the rule of law. The CCYC constitutes an enormous contribution to the unified code for the defense of the environment (art. 1, 2, 3, 9, 10, 14, 240, 241, 1708, 1710, 1711, 1712, 1713, 1094, 1757 and 1973).

This affirmation is based on the following reasons: 1) Because it regulates the individual rights and the rights of collective incidence (diffuse interests), within whose family the constitutional garment is registered, the environmental law; 2) because the law of the case is applied “in accordance with the Constitution” and “the provisions of human treaties” (art. 1); 3) introduces a method of interpreting the law, starting from the plurality of sources of the law, by the words, by the purposes, the analogical laws, by the provisions of human rights treaties, "legal principles and values", so consistent with the entire legal system (art.2), which strengthens environmental law, due to its special principled nature; 4) because this hermeneutic necessarily leads to modify the work of the judge, who in the elaboration of the decision, must build a "judgment of weight" (art. 3), through a "dialogue of sources", suitable for "cases difficult ", typical of environmental law; 5) because the “backbone” of environmental law in the Unified Code (art. 240), regulates the relationship of “man with nature”, with an eco-centric vision, establishes a limitation to the exercise of individual rights, which It must be compatible with the exercise of collective incidence rights, in accordance with the administrative law dictated in the public interest, and not affect "the sustainability or functioning of ecosystems", flora, fauna, water, biodiversity, and landscape.

Likewise, 6) because it recognizes the minimum environmental protection budget norms or basic norms that are applied in a uniform and common way (article 241); 7) because being the environmental right, a right of collective incidence, referred to the collective good, environment, expressly includes the “collective goods” or “common goods” (of supra-individual subjective property, referred to indivisible goods); 8) because it declares as a general principle of private law, “good faith” (article 9), basic principle of the specialty (principle 27 Rio Declaration); 9) because it expands the assumptions of "abuse of law", enshrining the novel figure of "abuse of law against the environment" (eco-abuse), in article 14; 10) because it recognizes the “preventive function of responsibility” (articles 1708, 1710-1713), since prevention is the “golden rule” of environmental law; 11) because it broadens the assumption of liability for risk, including risky or dangerous activities (art. 1757), many of which are producers of collective environmental damage; 12) because it introduces the concept of sustainable consumption (art. 1094); 13) because it perfects the old civil liability regime for immaterial immissions (annoyances between neighbors, for excesses in the limit of normal tolerance), giving greater powers-duties to the judge, expanding the standards that the court must weigh in its judicial decision . In conclusion, this Civil and Commercial Code internalizes environmental law, with regulations for the exercise of subjective, individual rights, in defense of the collective environmental good.

PALABRAS CLAVE: Código Civil y Comercial Argentino; Ley 26994 vigencia 2015; Derecho Privado Constitucional; Aporte para la defensa del derecho ambiental; Principios y valores jurídicos (art. 2); Juicio de ponderación (art. 3); Principio de buena fe (art. 9); Eco- abuso o abuso del derecho contra el ambiente (art. 14); Deber de compatibilidad con los derechos de incidencia colectiva.; Deber de no afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, flora, fauna, agua, biodiversidad, paisaje, bienes culturales (art. 240); Normas presupuestos mínimos de protección ambiental (art. 241); Función preventiva de la responsabilidad (art. 1710-1713); Actividades peligrosas o riesgosas (art. 1757); Consumo sustentable (art. 1094); Inmisiones inmateriales (art. 1793).

KEYWORDS: Argentine Civil and Commercial Code; Law 26994 effective 2015; Constitutional Private Law; Contribution for the defense of environmental law; Legal principles and values (art. 2); Weighting judgment (art. 3); Principle of good faith (art. 9); Eco-abuse or abuse of the right against the environment (art. 14); Duty of compatibility with the rights of collective incidence; Duty not to affect the operation or sustainability of ecosystems, flora, fauna, water, biodiversity, landscape, cultural assets (art. 240); Minimum budget standards for environmental protection (art. 241); Preventive function of liability (art. 1710-1713); Dangerous or risky activities (art. 1757); Sustainable consumption (art. 1094); Intangible immissions (art. 1793).

SUMARIO

1. La revolución ambiental pendiente	15
2. Código Civil y Comercial.....	17
3. Principios morales	23
4. Derecho Privado Ambiental	23
5. Principios jurídicos	25
6. Fuerza normativa de la Constitución.....	27
7. Los valores jurídicos.....	29
8. Fuentes del derecho, interpretación y aplicación de la ley.....	31
9. La buena fe	33
10. Deber de compatibilización y de no afectación	36
11. Deberes ambientales	38

12. El paisaje	41
13. La sustentabilidad	42
14. Las normas de presupuestos mínimos.....	44
15. Énfasis preventivo	45
16. Régimen de inmisiones ambientales	53
17. Conclusiones	56

1. LA REVOLUCIÓN AMBIENTAL PENDIENTE

Para Ramón Martín Mateo¹, el derecho ambiental, tiene “perfiles revolucionarios”, lo que se deriva de sus intrínsecos cometidos. Este notable autor, pone el acento en el carácter multidisciplinario, que caracteriza esta novísima disciplina jurídica. En ese mismo sentido enseña que el Derecho Ambiental es un "derecho predominantemente público", aunque advierte que "tiene como veremos, implicaciones y manifestaciones de Derecho Privado".

¹ MARTIN MATEO, Ramón, "Manual de Derecho Ambiental", Cap. IV, p. 53-61. Ed. Thomson Aranzadi, 2003, 3ª ed.

Jesús JORDANO FRAGA, comentando la edición del Volumen III, Recursos Naturales, Trivium, Madrid, 1997, del profesor Martín Mateo, de su Tratado de Derecho Ambiental, recordaba que este reconocido administrativista, maestro de generaciones de ambientalistas de España y América Latina, solía recordar a sus alumnos, “que los peligros que nos amenazan como especie se derivan de tres órdenes de circunstancias: Somos muchos. Sabemos demasiado. Estamos mal diseñados. Sólo por presunción y soberbia, comparable a la que ha hecho a nuestros semejantes manipular inconscientemente los sistemas naturales claves, se ha podido pensar que podemos aniquilar las condiciones de la vida en nuestro actual habitáculo. Por destructivas que sean nuestras acciones seremos felizmente incapaces de contrarrestar las enormes fuerzas que transmiten el testigo. Lo que sí está ciertamente en nuestras manos es arruinar las condiciones físico- químicas de la biosfera que han permitido nuestra aparición y pervivencia en este minúsculo espacio del Cosmos. Podemos efectivamente desaparecer, y sin duda lo haremos, si seguimos comportándonos irreflexivamente. Nos llevaremos por delante a otros seres vivientes como los primates, pero la vida seguirá tercamente y alcanzará seguramente cotas más altas a lo largo de una evolución de millones de años, que genialmente identificó DARWIN a finales del pasado siglo. Nuestro recambio está ya en marcha y es probable que se realice a partir de especies con mayor capacidad comunitaria. Se atribuye a EINSTEIN una observación en el sentido de que si las ratas, que tienen estos atributos, hubieran alcanzado un mayor tamaño, habría vencido y desplazado al hombre (Ramón Martín Mateo, “El hombre una especie en peligro, Campomanes Libros SL, 1993, p. 14).

En ese sentido, destaca que El Derecho Público, "si bien prevalente, no monopoliza la tutela ambiental para la que convive con otros Derechos como el civil, mercantil, internacional privado". Por último, formula esta reflexión: "no podemos pues concebir al Derecho Ambiental pese a su indudable sustantividad, como un Derecho cerrado e independiente, sino como una disciplina de síntesis, integradora de una serie de aportes de otros corpus jurídicos. No hay una rama del derecho, o un árbol propio, más bien el bosque sería la metáfora adecuada".

Sirvan estas palabras de uno de los grandes Maestros del Derecho Ambiental de este tiempo, para introducirnos en la temática del Derecho Privado Ambiental.

Ricardo Lorenzetti², señala que estamos transitando desde el punto de vista de la cultura jurídica, la etapa del surgimiento de un "paradigma ambiental", que actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistemática y con los enfoques holísticos. Por ello nos parece de interés indicar, que el Derecho Ambiental, como lo hace de manera metafórica este notable juez de la Corte Argentina, es "profundamente herético", "mutante y descodificante", una invitación a "una fiesta", a la cual están convocadas todas las disciplinas clásicas del derecho, tanto del derecho público como del derecho privado, con una sola condición que vengan todas "con un vestido nuevo".

José Gastán Tobeñas³, en un memorable trabajo sobre la evolución del derecho civil, que publicó bajo el título: "Hacia un nuevo Derecho Civil", mediante el cual resumió dos conferencias, pronunciadas en el Colegio Notarial de Valencia, hace casi ochenta años, advertía con gran lucidez del surgimiento de "modernas concepciones transpersonalistas" (intereses difusos o derechos de incidencia colectiva), de la "decadencia de las leyes" o del "Derecho legislado, con su inseparable secuela de concepciones abstractas y generales", y que calificara del "lado formal y artificioso del Derecho, la técnica".

² LORENZETTI, Ricardo L., "Las normas fundamentales de derecho privado", en Apéndice. "Las normas fundamentales en materia ambiental", p. 483, Rubinzal- Culzoni Editores, 1995.

³ GASTÁN TOBEÑAS, José, "Hacia un nuevo Derecho Civil", Biblioteca de la Revista General de Legislación y jurisprudencia, vol. LVI, p. 5-55. Ed. REUS, Madrid, 1933.

Quien fue Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de España, proclamaba en 1933, que "el fundamento mismo del orden jurídico de la Revolución francesa y de los Códigos modernos, la autonomía de la voluntad individual se encuentra hoy minada por la acción simultánea de las ideas y de los hechos sociales. Giraba el Derecho Privado alrededor de la voluntad individual, ya en sus relaciones con la naturaleza (propiedad), ya en sus relaciones con las demás voluntades (contrato); hoy tambaleándose la idea del derecho individual o subjetivo, y no menos el dogma de la voluntad, sus derivados la propiedad y el contrato sufren aguda crisis".

Aunque reconoce la crisis del derecho civil, sostenía que "Por fortuna, la crisis del derecho civil no es dolencia mortal, sino un indicio de variación y evolución". Finalmente, con genialidad, afirmará la idea de "la reconstrucción del Derecho Civil", sobre la base de tendencias que orientan e impulsan el nuevo Derecho Privado, "desde el punto de vista interno", la tendencia democrática, la socializadora, la ética y la dinámica, "desde un punto de vista externo", la triple tendencia a la plasticidad o flexibilidad, la especialización y a la universalización (unificadora) de las normas.

2. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Hace tiempo atrás, Ricardo Lorenzetti⁴ explicaba que el fenómeno de la "descodificación del Derecho Privado", implica la "dispersión, pérdida de centralidad o de la diáspora del orden codificado, la explosión del Código, similar al planetario y su fraccionamiento", el "big bang legislativo" que tuvo por consecuencia "el surgimiento de micro-sistemas o especialidades que se desprenden del Código Civil". Asimismo, en ese contexto, destaca que "uno de los problemas que tienen fuerza descodificadora propia, es el relativo al medio ambiente". Finalmente, indica que "el Código pensado como totalidad se enfrenta a la aparición de los microsistemas (ej. el derecho ambiental), por lo que el Derecho Civil actual no se basa en una sola ley codificada, ya que convive con muchas leyes para distintos sectores de actividades"⁵.

⁴ LORENZETTI, Ricardo L., "Las normas fundamentales de Derecho Privado", p. 11- 19, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

⁵ LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho", p. 35, Ed. Rubinzal-

Pero además, con la proliferación de leyes especiales (pluralidad de fuentes), no sólo se produce la pulverización o atomización del sistema de derecho privado (civil y comercial), unificado en los viejos códigos decimonónicos, sino también que surge una dimensión o espacio normativo para “nuevos derechos” (derechos de incidencia colectiva, conforme el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina), de los cuales se destacan el derecho ambiental, el derecho del consumidor y del usuario entre otros, que en su conjunto presentan características mixtas o híbridas, “cuerpo privado y alma pública”⁶, que pone en crisis la dicotomía derecho público y derecho privado⁷, derrumbando fronteras que antes parecían inalterables.

La realidad es que en el contexto de las sociedades de fines del Siglo XX, de la sociedad líquida (Bauman)⁸, en la Era Tecnológica (Messina)⁹, de la sociedad del riesgo (Beck)¹⁰, en los albores del Siglo XXI, la “vida privada se tiñe de público”¹¹, por lo que se registra un acercamiento de lo público con lo privado¹².

Es que el derecho privado clásico, es de base individualista (pensado para la defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos), referido a bienes disponibles. En tanto que el derecho ambiental se presenta como un “derecho huérfano de los casilleros clásicos del derecho”, porque en pureza, el derecho ambiental es un “derecho incidencia colectiva” “referido al bien colectivo ambiente” - como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina- por ende, es un derecho de pertenencia comunitaria, impersonal, indiferenciado, que se ubica en la esfera social y transindividual, que recae sobre un bien colectivo o de uso

Culzoni, 2006.

⁶ BUJOSA VADELL, Lorenzo, "Sobre el concepto de intereses de grupo, difusos y colectivos", L.L., 1997-F-1142.

⁷ SOZZO, Gonzalo: “Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado”. En especial, “La cosmovisión de los Códigos Civiles decimonónicos”, Primera Parte, Capítulo I, p. 35- 78, Rubinzal – Culzoni Editores, 2019.

⁸ BAUMAN, Zygmunt: “Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre”, Ensayo Tus Quets Editores, 2009.

⁹ ESTRELLA GUTIÉRREZ, MESSINA Graciela Nora de: “La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica”, Abeledo-Perrot, 1997.

¹⁰ BECK, Ulrich: “La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad”, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

¹¹ MORELLO, Augusto M., "La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino", p. 3, Platense, 1999.

¹² MORELLO, Augusto M. - VALLEFÍN, Carlos: "El amparo. Régimen procesal", p. 238, Librería Editora Platense, 2º edición, 2000.

común, objeto indivisible, que está tutelado de manera indisponible para las partes¹³. Aunque puede alojarse en intereses o derechos individuales (derechos subjetivos, intereses legítimos, o intereses plurales individuales homogéneos).

Por ello, el enorme desafío que representa el derecho ambiental a la ciencia del derecho clásico, es que responde a estructuras, que tornan inadecuadas, insuficientes o carentes de efectividad, el clásico instrumental jurídico. Lo que lleva al operador a la necesidad de repensar todas las instituciones nucleares del derecho.

Se advierte entonces, que desde el surgimiento de la “cuestión ecológica”, la dilatación de los derechos fundamentales, el control de constitucionalidad y de convencionalidad, propio del Estado Constitucional del Derecho y la importancia mayor del derecho transnacional, claras tendencias de incesantes cambios copernicanos del sistema de derecho. Una mudanza extraordinaria de la cultura jurídica.

En este proceso, están en “ebullición”, institutos de linaje y abolengo tradicional, como la responsabilidad, del proceso, de los sujetos¹⁴ (para pasar al primer plano sujetos de derecho que hoy nos parecen fantasmales, como las generaciones venideras¹⁵), de los bienes, la teoría de las normas, del ejercicio de los derechos, del contrato, de la propiedad, del papel del juez, la teoría de la decisión judicial, de la teoría de la acción, de todos y cada uno de los focos procesales que integran el “PROCESO ADVERSARIAL” clásico (Taruffo), la legitimación activa de obrar, de la carga de la prueba, apreciación de la prueba, del rol de las cautelares, del papel del juez, y de los efectos de la sentencia o de la cosa juzgada.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daño derivado de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, 20/0&72006, Fallos: 326:2316; también véase, en la misma mega- causa, el fallo recaído el 19/02/2015, Fallos: 338:80. Además, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso y aprovechamiento del río Atuel”, en competencia dirimente del Tribunal, 01/12/2017, Fallos 340:1695. En ese mismo, vid. “Barrick, Explotaciones Mineras y otro c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad ley 26639 de glaciares”, 04/06/2019, Fallos: 342:917.

¹⁴ DE LORENZO, Miguel Federico, Una nueva dimensión del principio de no dañar al “otro”, RRCYS, tapa, 2014-1. El principio de no dañar al “otro”, LL, 2014-E, 1350. El principio de no dañar al “otro”, en “Presente y futuro de la responsabilidad civil”, p. 147, Universidad Alberto Hurtado, Actas de Congreso Nacional de 3 y 4 de noviembre de 2016, Santiago de Chile, THOMSON REUTERS.

¹⁵ MARTÍN MATEO, Ramón: “Manual de Derecho Ambiental”, Prólogo, p. 17, Thomson. Arnazadi, 3° edición, 2003.

Ramón Martín Mateo¹⁶, predicaba la necesidad de una revolución ambiental, que consideraba estaba pendiente. Creemos que está en curso, porque el cambio climático, la extinción masiva de especies, la desertificación, la disminución de las masas de hielos, la crisis del agua, la constante pérdida de masa arbórea por el desmonte indiscriminado o incontrolado, los incendios forestales, cada vez más frecuentes y de mayor volumen en cuanto a superficie afectada, entre otras problemáticas, son muestras de la emergencia ambiental, que provoca la intervención antrópica desarreglada o anárquica sobre los sistemas naturales de la Tierra, por las que estamos destruyendo aceleradamente nuestro Planeta y las bases mismas de la sustentabilidad, por lo que se advierte una mayor sensibilidad social (conciencia ecológica), frente a un escenario en ocasiones apocalíptico, de catástrofes ambientales, lo que provoca la reacción del mundo social, en diversas respuestas tendientes a dar mayor protección a la naturaleza, mediante un cambio en la cultura jurídica.

Así aparecen, nuevas soluciones basadas en el reconocimiento de los bienes colectivos, límites al ejercicio de los derechos individuales en defensa del medio ambiente, adaptaciones o aggiornamientos de instituciones clásicas del derecho (como la propiedad, el contrato, el abuso del derecho), para que puedan servir al fin de satisfacer estas nuevas necesidades sociales, u otras, que se encuadran en propuestas legales de cambios copernicanos, que tienen como fuente de inspiración, ideas rectoras heredadas del pensamiento ancestral de las comunidades originarias, que se formalizan en el Constitucionalismo Andino, que atribuyen carácter de sujetos de derechos a la Pachamama o naturaleza¹⁷, y a todos sus componentes.

Este gravísimo escenario, de destrucción del mundo natural, de contaminación o degradación ambiental por doquier, esta situación de hecho negativa para la sobrevivencia del hombre y de las especies vivas, en la Tierra, se ve reflejada en la necesidad de adoptar nuevas técnicas de regulación normativa.

A nuestro juicio, el Código Civil y Comercial de la Argentina (ley 26944), que entró en vigencia en 2015, se ubica en la vanguardia en el tratamiento de esta cuestión (ecológica), porque responde a tendencias similares a las antes expuestas. Por lo pronto, podemos afirmar que este Código, es una clara expresión de la existencia del Derecho Privado Ambiental, de base constitucional.

¹⁶ MARTÍN MATEO, Ramón: “La Revolución Ambiental Pendiente”, Universidad de Alicante, 1999.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “La Pachamama y el humano”, Ediciones Colihue, 2011.

Por ello, incorpora normas expresas de derecho ambiental (artículos 240 y 241). Aunque también como veremos, levanta un régimen ensamblado de defensa del ambiente, a través de disposiciones dispersas dentro de su estructura legal.

Destaco que este Código Civil y Comercial responde a ideas de derecho dúctil o flexible¹⁸ y persigue la uniformidad del Derecho Privado, a la par que pretende “reconstruir la coherencia del sistema de derecho en general”¹⁹, mediante una comunidad de principios y valores jurídicos del derecho privado y del derecho público (bloque” de derechos fundamentales de la Constitución Nacional y de las disposiciones provenientes de los Tratados de Derechos Humanos).

Esta proposición metodológica central del Código²⁰, de definir los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, tiene fundamento en los siguientes artículos.

Título Preliminar del Código Civil y Comercial, Artículo 1º Fuentes y aplicación del derecho. Artículo 2 Interpretación. Artículo 3 Deber de resolver. Artículo 9 Ejercicio de los derechos. Principios de buena fe. Artículo 14: Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva. Eco- abuso o abuso del derecho ambiental. Artículo 18. Derechos de las comunidades indígenas, Artículo 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. Artículo 241: Presupuestos mínimos de protección ambiental.. Artículo 1094 Consumo Sustentable. Artículos 1710- 1713 Responsabilidad civil. Deber de prevención del daño. Acción preventiva. Legitimación. Sentencia. Artículo 1737. Concepto de daño que tiene por objeto la persona, el patrimonio o derechos de incidencia colectiva. Artículo 1973. Límites al dominio, Inmisiones inmateriales.

Es por ello que Gonzalo Sozzo²¹, en una excelente obra de reciente publicación, precisa que el Código se hace cargo de la “transición ecológica” (ecologización) del derecho privado,

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo: “La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional”, TROTТА, 2014. Del mismo autor, “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, TROTТА, 10º | Edición, 2011.

¹⁹ LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamentos de Derecho Privado”. La Ley. Thomson Reuters. Julio 2016.

²⁰ LORENZETTI, Pablo- LORENZETTI, Ricardo Luis: “Derecho Ambiental”, Rubinzal Culzoni, 2018.

²¹ SOZZO, Gonzalo: “Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado”. Primera Parte. El

mediante mecanismos de Derecho Privado Constitucional y la humanización del mismo (introduciendo una mirada humanista, basada en la defensa de la dignidad del hombre, en las disposiciones de derechos humanos). La crisis ecológica, señala este notable profesor, demuestra la insuficiencia del modelo de desarrollo sostenible, por lo que predica la necesidad de proteger el funcionamiento de los ecosistemas. Asimismo, la tesis del autor, es visitar la relación del hombre con la naturaleza, reorganizar la teoría de los bienes, propiedad, contratos, dejar de lado viejas ideas obsoletas de derechos subjetivos absolutos, ilimitados, de apropiación infinita del mundo, con derecho a destruir los bienes naturales, pensados como recursos y la función individualista de todos los elementos del dispositivo de Derecho Privado.

Un aspecto relevante del Código Civil y Comercial, en concordancia con lo aquí expuesto, es que busca la igualdad real en las relaciones de derecho privado, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Igualdad de los iguales, y desigualdad con normas de protección para quienes se encuentran en inferioridad de condiciones. Por esta razón se define la relación y contrato de consumo (arts. 1092, 1093, 1094), se incluye una amplia regulación en materia de abuso del derecho (arts. 10, 14, 1096 y ss.) y de las cláusulas abusivas (art. 1117).

Las líneas del diseño del Código Civil y Comercial de la Argentina (del “Código azul” o “eco-Código”, como lo denomina el genial Gonzalo Sozzo²²), al reconocer el valor intrínseco de la naturaleza (del ambiente en sí mismo), mediante el descubrimiento de los “bienes colectivos” (bienes ambientales), proteger la dinámica de los ecosistemas para transmitirla a las generaciones futuras, consagrando instituciones que limitan el ejercicio de los derechos individuales en defensa del ambiente (“eco-abuso”, artículo 14 in fine y la “regla de la compatibilización” o “no afectación” del artículo 240), reformular la teoría del ejercicio de los derechos individuales (dando forma de manera implícita a la idea de la función socio ambiental del contrato y de la función ecológica de la propiedad).

giro ecológico del derecho privado, p. 35- 358, Rubinzal – Culzoni Editores, 2019.

²² SOZZO, Gonzalo: “Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado”, p. 363, Rubinzal – Culzoni Editores, 2019.

El profesor Mosset Iturraspe²³ analiza este fenómeno de síntesis, de comunión entre el Derecho Privado y el Derecho Público, expresando que "el Derecho Privado se "publiciza" cuando busca la igualdad material, como complemento de la igualdad formal; la libertad en concreto al lado de la libertad en abstracto. Y decimos que se publiciza porque toma del Derecho Público esas inquietudes y las hace suyas".

3. PRINCIPIOS MORALES

El Código Civil y Comercial ha reforzado los principios de sociabilidad en el ejercicio de los derechos, prueba de ello es el contenido de los artículos del Título Preliminar. Es lo que ocurre con la buena fe (art. 9º) y el abuso del derecho (art. 10 y 14), que luego como se verá se reiteran en numerosas normas específicas (por ejemplo, en el art. 729).

Ricardo Lorenzetti²⁴ enseña que "el ejercicio ilimitado de derechos individuales conduce a una desarticulación tanto de la sociedad como del mercado y se requiere de un orden público de coordinación". Por esta razón, se tiende a socializar el derecho (en defensa de los débiles o vulnerables de la relación), conforme a ideas de humanización del Derecho (arts. 51, 52, 53, 58, 59, 62 y concordantes), en la búsqueda de la igualdad real, mostrando en algún sentido, la fase social del derecho de propiedad. "En el Código, de acuerdo con la Constitución, se regulan los derechos individuales y de incidencia colectiva (art. 14). En este último campo se establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general (arts. 14 y 240)".

4. DERECHO PRIVADO AMBIENTAL

Calificada doctrina, entre los que se destaca las enseñanzas de Gonzalo Sozzo²⁵, Pablo Lorenzetti²⁶, describen este fenómeno como de medio-ambientalización del derecho privado.

²³ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Derecho Civil Constitucional", p. 167. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2011

²⁴ LORENZETTI, Ricardo L., "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", en Código Universitario, Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, 2014.

²⁵SOZZO, Gonzalo, "Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, nro. 2012-3.

²⁶ LORENZETTI, Pablo, "Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y

Al introducir la materia ambiental en el Derecho Privado, produce una suerte de simbiosis: el Código Civil y Comercial unificado (Derecho Privado) se impregna de Derecho Ambiental (se "ambientaliza"), y a la inversa, desde la especialidad, el microsistema jurídico, "Derecho Ambiental", en la parcela que le corresponde, se internaliza en el Derecho Privado (se "privatiza").

La "cuestión ambiental", tiene como anclaje de determinación, según lo señala Ricardo Lorenzetti, los "bienes y los valores colectivos"²⁷, a diferencia de los derechos individuales, que se refieren a bienes disponibles, propios o divisibles, de base económica.

La columna vertebral del derecho ambiental en el Código Civil y Comercial está expresamente desarrollada en los arts. 240 y 241 del Cód. Civ. y Com.²⁸, pero cabe abordar el análisis de las disposiciones del Cód. Civ. y Com., teniendo en cuenta que existen otras normas igualmente relevantes en la materia, que contribuyen a fortalecer la defensa del ambiente, desde el punto de vista, del Derecho Privado.

el individual en el Código Civil y Comercial de la Nación", cita online: AP/DOC/830/2015.

²⁷ LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del Derecho Ambiental", p. 4, 10- 14, 30- 31, 56, 64. .Ed. La Ley, abril 2008.

²⁸ CAFFERATTA, Néstor A., "El Derecho Ambiental en el Proyecto de Reforma", en RIVERA, Julio (dir.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Ed. Abeledo Perrot, 2012, p. 1263. También véase, "El Derecho Ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial", en LORENZETTI, Ricardo (dir.), Revista Jurídica La Ley, Suplemento Especial, noviembre, 2014. Para ampliar, ver LORENZETTI, Ricardo (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, noviembre 2014, t. I., arts. 1° a 256, p. 794-803.

CAFFERATTA, Néstor A. "El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado", Revista de Derecho Ambiental, Ed. Abeledo - Perrot, octubre / diciembre 2014, p. 1. "La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2015-IV, 304. "Principios y Valores en el Código Civil (a la luz del derecho ambiental)", Revista de Derecho Ambiental, julio / septiembre de 2015, nro. 43, p. 3. "Orden Público Ambiental en el Código Civil y Comercial", La Ley, 2015-F, 819. "Bienes y valores colectivos del patrimonio cultural", Revista Derecho Público, Ed. INFOJUS, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, noviembre de 2015, año IV, nro. 11, p. 35. "Deber de prevención en el Código Civil y Comercial (En relación al derecho ambiental y los bienes y valores colectivos)", Revista Código Civil y Comercial, abril 2016, año II, nro. 3, p. 22. "Derecho Privado Ambiental", Revista de Derecho Ambiental N° 56, Octubre / Diciembre 2018, p. 27. "El ascenso de los principios de derecho Ambiental", Revista de Derecho Ambiental, N° 55, Julio/ Septiembre de 2018, p. 1. "Principios y valores ambientales en el derecho privado", Revista de Derecho Ambiental N° 50, p. 1, Abril/ Junio 2017.

De inicio, no podemos ignorar que el Código Civil y Comercial, promueve la tutela del ambiente, desde los primeros artículos de su normativa, toda vez que estas disposiciones sientan ideas filosóficas, constitucionales, de derechos humanos a nivel internacional, que coinciden plenamente con el régimen jurídico del derecho ambiental.

El poder de "irradiación" de los principios (arts. 4º y 5º ley 25.675 General del Ambiente) y las reglas del derecho ambiental va a impactar de manera significativa sobre el ejercicio de los derechos civiles y comerciales (arts. 14 y 240 del Cód. Civ. y Com.).

5. PRINCIPIOS JURÍDICOS

Ricardo Lorenzetti²⁹ dice que "un Código del siglo XXI se inserta en un sistema caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre el Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que mantiene dentro del sistema". Destaca que "lo importante es entonces que el Código defina los grandes paradigmas del derecho a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición central de este Cód. Civ. y Com."

El Cód. Civ. y Com. implica una reformulación de la teoría de las fuentes y aplicación (art. 1º), de la interpretación de la ley (art. 2º), de la teoría de los bienes (arts. 15 a 18), de la teoría de los derechos (art. 14), teoría de las normas (arts. 1º, 2º, 3º), del ejercicio de los derechos (arts. 9º y ss.), de la responsabilidad civil por daños (arts. 1708 y ss.), de la teoría de la decisión judicial (art. 3º), entre otros aspectos novedosos.

El artículo 2º del Código Civil y Comercial, referido a la "Interpretación" de las normas, establece: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

²⁹ LORENZETTI, Ricardo L., Presentación del "Código Civil y Comercial de la Nación", en Códigos Universitarios, Cód. Civ. y Com., Ed. La Ley, 2014.

Así definitivamente, introduce de manera expresa, la necesidad que el operador jurídico, dentro de un análisis completo o pleno (de modo coherente) de todo el ordenamiento, tenga en cuenta "las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos", los principios y los valores jurídicos —cabe señalar que el derecho ambiental tiene principios y valores propios, consagrados en los arts. 2º, 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente.

El Código establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada mencionando una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas" (Lorenzetti)³⁰. De lo expuesto surge claro que el "diálogo de fuentes" (LIMA MARQUES)³¹ que se impone al operador jurídico (en especial, al juez) es una de las características salientes del Título Preliminar. "

Se destaca que "uno de los problemas más complejos en el derecho actual es el relacionado con el pluralismo de fuentes, el que se agudiza en materia ambiental por efecto de la enorme influencia que ejercen las numerosas disposiciones que se dictan a diario en esta área". Y que, "la realidad actual es que, frente al pluralismo de fuentes, la coherencia del sistema no es "a priori", como ocurría en el siglo XIX, en que el legislador diseñaba un código de reglas jurídicas armonizadas entre sí. Hoy en día, la coherencia es "a posteriori", y ya no es obra del legislador, sino del juez, quien debe decidir un caso tomando en cuenta diversas normas ubicadas en diversas fuentes que debe hacer "dialogar"³².

En consecuencia, a partir de esta nueva normativa, es necesario modificar la visión de las fuentes del derecho, toda vez que este Código Civil y Comercial, con criterio amplio, parte de una pluralidad de fuentes del derecho, distinguiendo incluso entre la ley y el derecho. Así, la ley deja de ser la única fuente del derecho, porque también lo son los principios de derecho, los usos y costumbres, la jurisprudencia (aunque no lo diga expresamente), los principios de los tratados internacionales de derechos humanos, y la primera de las leyes, que es la Constitución Nacional.

³⁰ LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.

³¹ LIMA MARQUES, Claudia: "diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fones" no combate ás cláusulas abusivas", JAYME, ERIK, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne", in Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1995, II, p. 60, 1e seg.

³² LORENZETTI Ricardo L., "Teoría del derecho ambiental", Ed. La Ley, 2008, p. 63.

Asimismo, están en ebullición los métodos de interpretación de las normas, porque como se dijo, no alcanza con las palabras de la ley (método exegético, gramatical o literal), ni con las finalidades de las normas, sino que es necesario recurrir a los principios en leyes análogas, de los tratados de derechos internacionales humanos, y de los principios y valores jurídicos, coherentemente interpretados, conforme con la Constitución Nacional.

6. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Por lo pronto, el Título Preliminar, Capítulo I Derecho, del Código Civil y Comercial, nos señala ese camino, en cuanto el art. 1° — Fuentes y aplicación, establece que "La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte".

Es que dicho artículo 1° del Código Civil y Comercial implica un cambio profundo de la cultura jurídica, al reconocer "fuerza normativa a la Constitución"³³ —conforme los cánones del llamado Derecho Privado Constitucional—. La fórmula incorporada a la legislación unificada de Derecho Privado es de gran utilidad en defensa del ambiente, en tanto y en cuanto, el Derecho Ambiental tiene base constitucional —conforme surge de los Artículos 41 y 43 de la CN, Reforma de 1994—. También la referencia a los tratados es de notable importancia para esta novísima disciplina, toda vez que el Derecho Internacional Ambiental³⁴ es uno de los motores del desarrollo de la especialidad.

La interpretación de la ley conforme con la Constitución responde a ideas del neoconstitucionalismo, en virtud del cual nace un derecho "más alto, dotado de fuerza vinculante, incluso para el legislador", "cuya unidad radica en un conjunto de principios y valores superiores" (Zagrebelsky)³⁵.

³³ BIDART CAMPOS, Germán J., "El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa", Ed. Ediar, 2004.

³⁴ DRNAS DE CLEMENT, Z., "Codificación y comentario de normas internacionales ambientales", Ed. La Ley - Fedye, 2001.

³⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", Ed. Trotta, 10ª ed., 2011.

Hemos señalado con insistencia que este Código ley 26.944, es fruto maduro del Estado del Derecho Constitucional, constitucionalismo contemporáneo, o neo— constitucionalismo, que desde la parcela, recibe el nombre de Derecho Privado Constitucional, conforme con la doctrina alemana del drittwirkung, que reconoce la aplicación de normas de Derecho Público (del "Bloque de Constitucionalidad"), en las relaciones entre los particulares, la aplicación horizontal de las garantías constitucionales, en ámbitos privados.

Gamarra³⁶ afirma que, con el Derecho Privado Constitucional, "la aplicación del derecho adopta la forma de una jurisprudencia de principios, pero a priori aparecen como vagos e indefinidos, y no pueden ser utilizados en la operación lógica de subsunción. No hay dudas que los magistrados encargados de resolver mediante el llamado "derecho dúctil (flexible), tendrán que acudir a la ponderación, esto es, el balance de los intereses en juego". Aída Kemelmajer de Carlucci explica que se llama "drittwirkung", al objeto horizontal o entre particulares de las garantías constitucionales

Ricardo Lorenzetti³⁷ manifiesta que "El nuevo código innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado".

El Código Civil y Comercial fija, entonces, los "mandatos de optimización"³⁸, los paradigmas o modelos previos a la comprensión de la problemática³⁹, principios estructurales de la materia⁴⁰, que orientan la búsqueda con una inteligencia común, de soluciones adecuadas, estableciendo criterios o directrices de funcionamiento.

³⁶ GAMARRA, Jorge, "Neoconstitucionalismo, Código y ley especial", Ed. Fundación Cultura Universitaria, 2012, p. 1-14.

³⁷ LORENZETTI, Ricardo L., Presentación del Proyecto, "Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p. 12. Véase también, "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", en Suplemento La Ley, "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", octubre de 2014.

³⁸ ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2007, 2ª ed., p. 68; idem, "El concepto y la validez del derecho", Ed. Gedisa, España, 2004, ps. 186-190.

³⁹ LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del Derecho Ambiental", Ed. La Ley, 2008, p. 56-58; idem, "Las normas fundamentales de Derecho Privado", Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 258. También véase, de su producción literaria, "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 273.

⁴⁰ SAUX, Edgardo, "Los principios generales de Derecho Civil", LL, 1992-D-839.

Es conocida la importancia de base que tiene para la materia, los principios de Derecho Ambiental⁴¹. La especialidad es un derecho in fieri o en formación, que presenta por su lozanía o juventud, cierto grado de inmadurez o lagunas legales, que deben ser llenadas con principios de derecho, entre los cuales se destacan conforme el art. 4º de la ley 25.675 General del Ambiente, los principios preventivos, precautorio, de sustentabilidad, de equidad intergeneracional y de responsabilidad.

7. LOS VALORES JURÍDICOS

Téngase presente que el "paradigma ambiental", es "valorista"⁴², "es decir, establece una orientación a la razón técnica. La existencia de un valor permite señalar una finalidad a la acción. El ambientalismo introdujo nuevos valores que han ingresado en los textos constitucionales, y que cumplen una función material para la legislación"⁴³.

Valores jurídicos que, al decir de quien fue Juez del Tribunal Constitucional italiano, Gustavo Zagrebelsky⁴⁴, "suponen una secuencia regla principio-valor, y consecuentemente, un rechazo de una idea que es propia de cualquier positivismo coherente con sus premisas, es decir, de la idea de que el derecho pueda constituir un mundo en sí mismo, enteramente fundamentado en sí mismo, separado e independiente de la comprensión en términos de valor que de sí misma tiene la sociedad en la que actúa".

Este autor, distingue entre valores y principios.

"El valor, en el sentido que aquí interesa, es un bien final, un fin en sí mismo, que se encuentra ante nosotros como una meta que pide ser alcanzada mediante actividades teleológicamente. El valor 'debe valer'. De hecho, el criterio de legitimidad de la acción o del juicio, no se encuentra en el valor en cuanto tal, sino en su eficiencia respecto al valor-fín, es el éxito de su realización. En síntesis, podría decirse así: los valores, como están frente a nosotros, nos llaman; los principios nos impulsan. Los valores nos dicen: ven hacia nosotros; los principios nos dicen: camina con nosotros. Los primeros nos indican la

⁴¹ CAFFERATTA, Néstor A., "Principios de Derecho Ambiental", JA, 2006-II-1142.

⁴² LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del Derecho Ambiental", Ed. La Ley, 2008, p. 56-58.

⁴³ PRIEUR, Michel, "Droit de l'environnement", Éditions Dalloz, París, 1996, 3ª ed.

⁴⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo, "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia", Ed. Trotta, 10ª ed., 2011.

meta, pero no el camino; los segundos el camino, pero no la meta. Quien se inspira en los valores sabe adónde ir, pero no se le dice cómo llegar. Quien se atiende a los principios sabe cómo avanzar, pero no adónde llegará. El hombre 'de valores' es el hombre que atiende al último paso; el hombre 'de principios', a los pasos intermedios".

"Al contrario de los valores, los principios son bienes iniciales, que se asumen como algo valioso. El principio es como un bloque de hielo que, por las circunstancias de la vida, se rompe en muchos fragmentos, en cada uno de los cuales se encuentra la misma sustancia del bloque originario. Entre el principio y la acción, en el caso concreto, existe un cálculo de coherencia".

"Los valores cumplen algunas funciones: —en el campo de la validez material, hay un límite axiológico que puede ser encontrado mediante la invocación de valores— en el campo argumentativo, pueden ser contenido de los principios, en tanto estos contienen una idea o referencia valorativa. En este caso, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores —en otros casos el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro), y en ello se diferencia del principio (mandato de optimización, manda a hacer algo en la mayor medida posible). Esta valoración comparativa surge cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro, expresándose juicios de preferencia o equivalencia— en otros supuestos el valor puede ser utilizado con fines clasificatorios, en el sentido de categorización de objetos"⁴⁵.

"Adoptando la terminología de Robert Alexy —normas, el término del género, y principios y reglas, los términos de la especie—, puede decirse que tanto los principios como las reglas son normas, en cuanto fijan una orientación para la acción o para el juicio, pero son normas de distinta naturaleza, porque, a diferencia de las reglas, los principios son normas sin una situación típica normativa predeterminada y de prescripción genérica".

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo L., arts. 1° a 256, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, noviembre 2014, t. I., p. 39.

Los "valores ambientales", que surgen del art. 2º de la ley 25.675 General del Ambiente, son portadores de la ética ambiental y se levantan como la dimensión axiológica de nuestra disciplina. En tanto que cuando nos referimos a los principios de Derecho Ambiental, debemos recurrir a los arts. 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente.

Principios, que constituyen la base del ordenamiento jurídico ambiental, normas jurídicas prima facie, en estado germinal, conceptos jurídicos indeterminados, que iluminan toda la especialidad. Valores, que indican los fines del ordenamiento jurídico ambiental.

Enrique Bianchi y Héctor Pedro Iribarne⁴⁶ nos recuerdan que Eduardo García de Enterría, los ha llamado: "órganos respiratorios del derecho". Y que el mismo Joseph Esser los denomina "ventanas" del ordenamiento, expresión que gráficamente expresa su función de apertura.

8. FUENTES DEL DERECHO, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

El Código Civil y Comercial, en el Título Preliminar, produce cambios metodológicos y epistemológicos de fuentes, interpretación y aplicación de las normas de Derecho Privado, bienes y derechos, que constituyen un enorme aporte para la defensa del ambiente:

Porque modifica el método de interpretación de la ley, dando cabida a los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, lo que se compadece con la especial naturaleza principista, eticista y valorista del derecho ambiental.

Porque regula derechos individuales y derechos de incidencia colectivos (dentro de cuya familia se encuentra el derecho ambiental).

⁴⁶ BIANCHI, Enrique P. - IRIBARNE, Héctor P., "El principio general de la buena fe y la doctrina 'venire contra factum proprium non valet'", ED, ejemplar del 08/11/1983, p. 1.

Porque establece múltiples fuentes del derecho, pero su aplicación será conforme con la Constitución y los tratados de Derechos Humanos. Con la adopción de los cánones del "Derecho Privado Constitucional", integra o subordina el Derecho Civil y Comercial a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, en particular los relativos a los derechos humanos, dentro de los cuales se inscribe el derecho ambiental.

Porque introduce el concepto de "ambiente" (art. 14, in fine).

Porque incluye un nuevo paradigma en materia de bienes, al regular aspectos relativos a los bienes colectivos y valores colectivos en referencia a los derechos ambientales, y las comunidades como los pueblos originarios (parte de una sociedad multicultural).

Porque declara como principio general del derecho, la buena fe (la lealtad, el obrar transparente), una de las ideas fuerza del derecho ambiental, junto con la solidaridad, la cooperación, y la paz.

Porque amplía los supuestos de abuso del derecho para aquellos casos en que se afectara derechos de incidencia colectiva, en especial el abuso del derecho ambiental.

Los derechos se multiplican a partir de este Código.

Identificamos: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva —en su doble versión, referidos a intereses individuales homogéneos y los referidos a bienes colectivos, como por ejemplo, el ambiente—, derechos de propiedad comunitaria y derechos personalísimos.

En ese mismo sentido, surgen nuevos bienes protegidos por el Derecho Civil y Comercial, derechos sobre bienes colectivos o comunes.

Todos estos derechos y bienes tienen relación con el derecho ambiental. Así como se amplía el ámbito de actuación de la buena fe, como principio general del derecho, se modifica el abuso del derecho. Que pasa a ser calificado cuando se ataca con el ejercicio abusivo de derechos individuales, el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, en especial cuando afectan el derecho ambiental.

El orden público ambiental⁴⁷ se transforma en su estructura en este Código para adquirir una triple personalidad: imperativa o de dirección, tuitiva o protectoria y de coordinación, reflejo de lo dispuesto en el art. 240.

Cambian las fuentes y aplicación, la interpretación, el deber de resolver (y con ello la teoría de la decisión), se modifica la visión del derecho, de las normas, que no solo alcanzan las leyes en sentido estricto (las reglas del derecho), sino también los principios y valores jurídicos, del ejercicio de derechos, se consagra como principio general la buena fe, se reformula el abuso del derecho, dando forma al abuso del derecho ambiental.

9. LA BUENA FE

Por último, surge un nuevo principio general del derecho privado: el art. 9° del Código establece el Principio de Buena Fe: "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe". Jorge Mosset Iturraspe⁴⁸ enseña que la buena fe como principio jurídico, es un poderoso reflector que ilumina todo el Derecho Privado. El nuevo Código eleva la buena fe a la categoría de un principio general del derecho, así, el principio rector de buena fe pasa a ser una norma-eje del sistema.

Buena fe como estándar de comportamiento social, comprensivo de la buena fe objetiva (lealtad, probidad) y la buena fe subjetiva (creencia o confianza).

La buena fe tiene una importancia vital en el derecho ambiental. Nuestra disciplina es una rama del derecho esencialmente transparente, que se basa en la solidaridad, paz, la cooperación y la fraternidad, propias de los derechos humanos de tercera generación.

⁴⁷ CAFFERATTA, Néstor A., "Orden Público Ambiental en el Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, 2015-F-819.

⁴⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Derecho Civil Constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 167.

Mientras que el secreto industrial / comercial, es factor del éxito económico, en el derecho comercial, en el derecho ambiental las relaciones se establecen sobre la buena fe, de allí la importancia de la información pública ambiental, de la consulta popular, participación ciudadana, y todos los mecanismos democráticos, del ágora, de la confianza y respeto de los derechos del otro.

Sin buena fe, no es posible concebir el derecho ambiental.

Por ello, la Conferencia de Naciones Unidas, en la Declaración de Río de Janeiro 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, sienta como principio 27, que los "Estados y las personas deben cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo internacional en la esfera del desarrollo sostenible".

También el principio 19, expresa que "Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y deberán celebrar consultas en una fecha temprana y de buena fe".

Finalmente, como necesario complemento del principio de buena fe, en este mismo Capítulo 3 Ejercicio de los Derechos del Código Civil y Comercial (arts. 9º y ss.), luce una de las disposiciones de directa aplicación en el campo del Derecho Ambiental.

Nos referimos a la norma del art. 14- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general".

A continuación, consagra lo que Gonzalo Sozzo⁴⁹ gráficamente denomina el eco-abuso del derecho, o más ampliamente, abuso de derecho de los bienes comunes, que representa el reconocimiento del "límite externo" del ejercicio de los derechos individuales o subjetivos en relación con el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, en especial, el derecho ambiental.

⁴⁹ SOZZO, Gonzalo: "Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado", en especial, El giro ecológico del abuso del derecho, p. 547, Rubinzal – Culzoni Editores, 2019. También véase, del mismo autor, "El giro ecológico del abuso de derecho", Revista de Derecho Ambiental, julio/ septiembre de 2017, N° 51, p.

El Código Civil y Comercial establece que "no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general", lo que reviste una enorme significación jurídica ambiental: primero, porque introduce el texto de ley, el concepto de "ambiente" (pueda afectar el ambiente), segundo, porque la ley regula el abuso del derecho en su doble versión objetiva: cuando afecta derechos individuales o derechos de incidencia "colectiva", entendiendo por esta última, aquella que involucra a grupos, clases, categorías o la sociedad en su conjunto.

Con ella pone un límite "externo" (Sozzo) al ejercicio de derechos individuales, propios o subjetivos, por causas socioambientales.

Este art. 14 se conjuga con el art. 240 del Cód. Civ. y Com., y constituyen en conjunto el escudo de defensa del derecho ambiental en el Código.

No se piensa acá tan solo en el ejercicio de derechos individuales entre particulares, porque se filtra con ello, relaciones atípicas dentro del Derecho Privado regulado tradicionalmente.

Como dijo Eduardo Pigretti⁵⁰, parafraseando una conclusión sobre el objeto de la regulación del derecho ambiental, "es la relación del hombre con la naturaleza".

Acá el salto cualitativo, tiene carácter epistemológico, porque se pasa de un modelo clásico, antropocéntrico, puramente dominial, utilitarista, de base individualista, a un modelo, visión o diseño ecocéntrico o sistémico, así se cambia el enfoque en la búsqueda de una solución enfocada en la sustentabilidad futura (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sentencia del 01/12/2017, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso y aprovechamiento del río Atuel", en competencia dirimente, Fallos 340:1695M también véase sentencia del 04/06/2016, dictada en la causa "Barrick Explotaciones Mineras y otro c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad de la ley 26639 de glaciares", Fallos: 342:917. Asimismo, "Majul, Julio J. c/ Municipalidad Pueblo General Belgrano", sentencia del 11/07/2019.

⁵⁰ PIGRETTI, Eduardo A., "Derecho Ambiental", bajo el sugestivo título de El cambio de visión, Ed. Gráfica Sur, 2004, p. 20-21.

Todo ello, pensando en la necesidad de lograr la efectividad o ejecutoriedad (“el patito feo” de la teoría del derecho, al decir de Antonio Herman Benjamín, quien reclama de esta forma por su implementación) de los derechos de incidencia colectiva referidos al bien colectivo ambiente de jerarquía constitucional (artículo 41 CN), porque como dijo la Corte (Fallos 342:917) han de ser tomados “los derechos ambientales en serio”.

Estas dos especies genéricas del abuso del derecho son de especial aplicación en el derecho ambiental. Hay numerosos casos ambientales que se suscitan a partir de abusos del derecho contra el medio ambiente.

Abuso del derecho individual, en cuanto contraria los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, en contra de los derechos individuales (art. 10), o abuso del derecho ambiental, en cuanto atiende a proteger los derechos de incidencia colectiva, frente a la conducta abusiva (art. 14).

Específicamente, cuando pueda afectar al ambiente (artículo 14, in fine).

10. DEBER DE COMPATIBILIZACIÓN Y DE NO AFECTACIÓN

Pablo Lorenzetti⁵¹ en esta misma línea de pensamiento, pone el acento en que el Código Civil y Comercial, defiende de manera enérgica los derechos individuales, pero equilibradamente, hace lo propio al "positivizar" la teoría de los bienes y derechos de incidencia colectiva y la introducción del concepto de desarrollo sostenible.

El nuevo Digesto, señala este autor, principia por reconocer en su art. 14 la existencia en nuestro ordenamiento de derechos individuales y de incidencia colectiva, y avanza en afirmar que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. También apunta que "esta preferencia por lo colectivo es mantenida aún con más detalles en el art. 240, al ordenar lo que seguidamente se anuncia.

⁵¹ LORENZETTI, Pablo, "Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación", JA, 2015-3, ejemplar del 30 de septiembre de 2015, p. 3., AP/DOC/830/2015.

Surge así la consagración del deber de compatibilización, armonización, conjugar o articular derechos individuales y derechos de incidencia colectiva.

El Título III Bienes, Capítulo I Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, presenta una Sección 3º, que regula los "Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva. Artículo 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

La normativa bajo estudio es la que se refiere a "bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva". Por los que se establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.

El ejercicio de los derechos individuales (que tienen por objeto bienes particulares o del dominio público o privado estatal) debe ser: 1) compatible con los derechos de incidencia colectiva; 2) debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público; 3) y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

La utilización del término "afectar" es apropiado para la disciplina jurídica ambiental.

Al respecto, se recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dijo, in re "Mendoza, Silvia B. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)", en el auto de apertura en competencia originaria del 20/06/2006, CS, Fallos: 326:2316, que el derecho ambiental "tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente", que "tutela un bien colectivo, el que por naturaleza es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes".

Por lo expuesto, la columna vertebral de la defensa del ambiente en el Código de Derecho Privado es el art. 240.

El artículo 240 establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles, que "debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva" (...) "no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial".

La norma dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes propios debe ser armónico con los derechos de incidencia colectiva.

11. DEBERES AMBIENTALES

En la referida sentencia CS, Fallos: 326:2316, el tribunal expresó que "la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales".

Es decir que el derecho ambiental, es un derecho de incidencia colectiva, referido al bien colectivo ambiente, que se ubica en la esfera social de los individuos, siendo de pertenencia supraindividual.

Los bienes colectivos, se caracterizan por presentar una estructura no distributiva —y, por lo tanto, no exclusiva ni excluyente de su uso y la no rivalidad del consumo—: son de imposible división en partes para otorgárselos a los individuos, y su creación o conservación, está ordenada normativamente *prima facie* o definitivamente [para seguir la doctrina

brillantemente expuesta entre otros por todos: Robert Alexy⁵², y ministro de la Corte, Ricardo Lorenzetti⁵³.

No escapa a la consideración del operador jurídico, que la mayoría de los casos judiciales ambientales, son de "sensible interés social" (Morello), litigios de interés público (Carlos Vallefín), se levantan como "litigios masivos" (Lorena González- Mariana Catalano), justicia colectiva (Lorenzetti), litigios estructurales (Owen Fis), mega-causas, procesos colectivos policéntricos (Ian Fuller)⁵⁴, encuadrados en la tipología de "casos difíciles" (Dworkin), o desde la especial parcela probatoria, son casos "complejos", "de prueba ríspida", o "alta tecnología"⁵⁵ (Morello).

Téngase presente que, —a diferencia de los derechos individuales, que tienen por objeto bienes disponibles, diferenciados, divisibles o propios— "el anclaje de determinación del derecho ambiental son los bienes y valores colectivos"⁵⁶, el análisis metodológico es desde lo colectivo a lo individual, que se concibe la naturaleza como sujeto de derecho y los cambios que consecuentemente produce cambios en los paradigmas de la ciencia jurídica clásica, tanto en la responsabilidad por daños —que deja de ser resarcitoria para pasar a ser anticipatoria o de evitación del daño, y en todas las piezas claves del proceso judicial (legitimación de obrar, papel del juez, efectos de la sentencia), por lo que las mudanzas extraordinarias que se advierten por doquier, se califican de epistemológicas— propias del "paradigma ambiental"⁵⁷ (Lorenzetti).

⁵² ALEXY, Robert, "El concepto y la validez del derecho", Ed. Gedisa, Barcelona, 2008, p. 186.

⁵³ LORENZETTI, Ricardo L., "Justicia Colectiva", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 114-117.

⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo. Ibidem, p. 166. La Corte Argentina, introdujo en su doctrina judicial la necesidad de adoptar una visión policéntrica y prospectiva, en la sentencia dictada el 04/06/2019, en la causa "Barrick, Explotaciones Mineras y otros c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad de la ley 26639 de glaciares", Fallos: 342:317. Antes, adoptó el mismo criterio, de análisis policéntrico de la cuestión, en la sentencia del 01/12/2017, recaída en la causa "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso y aprovechamiento del río Atuel", Fallos: 349:1695.

⁵⁵ MORELLO, Augusto M., "La prueba científica", en La Prueba. Tendencias modernas, Ed. LAP, 2001, 2ª ed.; "Dilemas probatorios en controversias de alta complejidad", LL, 2003-B-172; "Dificultades de la prueba en los procesos complejos", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.

⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo L. Teoría del Derecho Ambiental, ob. cit. p. 7, 20 y 57.

⁵⁷ Íbidem, p. 1. DE LORENZO, Miguel Federico, "El Código de la prevención", p. 27, Revista de Derecho Ambiental N° 46, abril/ junio 2016. Abeledo- Perrot. .

Los derechos ambientales se alojan subjetivamente en intereses plurales de naturaleza indiferenciados, impersonales, y se refieren objetivamente a bienes indivisibles. Por lo que, en el ejercicio concurrente de derechos de incidencia colectiva y derechos individuales, deberán buscarse mecanismos de armonía entre el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles, —en grado de compatibilidad—, con los derechos de incidencia colectiva, en especial, derecho ambiental, con el objetivo social de lograr la sustentabilidad.

En los Fundamentos del Proyecto del actual Código unificado se dijo que "En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la "tragedia de los bienes comunes", ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas o daños punitivos".

Por último, no deberá perderse de vista, que el derecho ambiental en nuestro derecho, de base constitucional, es un derecho-deber. Derecho al ambiente sano, Deber de preservarlo.

Se destaca que la Constitución Nacional, consagra en el art. 41, el derecho al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano (con lo cual lo adjetiva, como un presupuesto del desarrollo humano), y el desarrollo sustentable. Pero también, establece el "deber de preservarlo", lo que se condice con los principios de política ambiental, de prevención y precaución, contenidos en el art. 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente.

Dichos principios, obligan al operador jurídico —el juez, la autoridad competente o de aplicación de la normativa ambiental—, metodológicamente, a priorizar el análisis, en la etapa previa al daño (pre-daño) ⁵⁸ operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de impedir la consumación del daño ambiental.

El énfasis "preventivo" (frente al riesgo cierto) —o "precautorio" (en situaciones de peligro de daño grave o irreversible aun cuando hubiera ausencia de información o de certeza científica), son características salientes del derecho ambiental.

⁵⁸ ALTERINI, Atilio A.- AMEAL, Oscar J.- LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", Editorial Abeledo- Perrot, 1996, reimpresión.

Se introduce a través del art. 240 en nuestra legislación civil y comercial, el concepto de ambiente y el macro fin del derecho ambiental, que no es otro que la sustentabilidad, que demanda necesariamente una labor de articulación política jurídica.

El ambiente es el "macro-bien" del derecho ambiental, y como tal es un "sistema", lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Los "micro-bienes" son partes del ambiente, que en sí mismo tiene características de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el "macro-bien"; en esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, etc. Es claro que lo que predomina, es la noción de "interrelación" —ecosistema—, que es esencial para la comprensión (Lorenzetti)⁵⁹.

Además, se menciona el ecosistema, formado por los seres vivos (componente biótico) y el lugar habitado por ellos (componente abiótico).

12. EL PAISAJE

También se incluyen, en esta regulación, otros componentes esenciales del derecho ambiental: uno de base constitucional, conforme el segundo párrafo del art. 41, como es la biodiversidad —que se define como la variedad de ecosistemas, de especies y genética—, y otro, el paisaje.

Enseña Michel Prieur —"Convención Europea del Paisaje", su disertación en el "Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental", El Calafate, Provincia de Santa Cruz, 22 y 23 de abril de 2004—, que "el paisaje es un componente del medioambiente y constituye parte del patrimonio colectivo, independiente de su valor y localización. Paisaje es cualquier parte del territorio, tal como es percibida por las poblaciones, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales y/o humanos y de sus interrelaciones".

Resulta ilustrativo el estudio de Ricardo Lorenzetti⁶⁰ con relación al concepto paisaje. "El paisaje es a la vez natural y cultural". El paisaje pertenece al mundo físico (palpable), aunque

⁵⁹ LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría del Derecho Ambiental", ob. cit., p. 13-14.

⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo L., "El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental", en Derecho

son también parte del mundo simbólico. "Es a la vez, natural y cultural, físico y simbólico. El paisaje está formado por un complejo mosaico de unidades físicas entrelazadas. Por lo tanto, es un subsistema dentro del sistema ambiental".

Seguidamente, este mismo autor, destaca en relación que el paisaje es un componente del medio ambiente, y que "fundamentalmente, lo que está en juego con la protección del paisaje es la biodiversidad natural y su belleza. El paisaje no se ajusta a las categorías de lugar y es reactivo a los límites. ¿Dónde comienza y termina el paisaje? También se ajusta poco a los límites de tiempo ¿es igual en el presente que en el pasado? Es evidente que el paisaje cambia constantemente, como bien lo demostraron los pintores impresionistas. El paisaje es un elemento fundamental en la calidad de vida y en la creación de identidades individuales y comunitaria".

13. LA SUSTENTABILIDAD

De regreso, a la cuestión de la sustentabilidad, la Constitución Nacional, en el art. 41 ⁶¹, adopta la conocida fórmula Gro Brundtland del desarrollo sustentable, cuando dice "para que las actividades productivas satisfagan las necesidades del presente sin comprometer las de las futuras generaciones". Esta referencia, aparece consolidada en nuestro micro—sistema especial, en la ley 25.675 General del Ambiente, mediante el art. 4º, que menciona como principios de política ambiental, los principios de sustentabilidad y de equidad intergeneracional.

de las Obligaciones. Responsabilidad por daños. Derecho de los Contratos. Teoría General del contrato, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005, edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe.

⁶¹ SABSAY, Daniel, "La protección del medio ambiente en la Constitución Nacional", LL, 2003-C-1167; "Constitución y Ambiente en el marco del desarrollo sustentable", en BLEJMAR, Bernardo (comp.), Liderazgo y Desarrollo Sustentable, Ed. Manantial, mayo 2003, ps. 161-186; "Constitution and Environment in Relation to Sustainable Development", Pace Environmental Law Review (PERL), White Plains, USA, Vol. 21, N° 1, Symposium Edition, Environmental Law and the Constitution, 2003, ps. 155-177; "La protección del medio ambiente en el marco del desarrollo sustentable", Revista del Profesional, Ed. Asociación Católica Argentina, noviembre 2004, nro. 36, ps. 33-35.

Este concepto implica según la Declaración de Johannesburgo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, del 2002 (Río + 10), conjugar los tres pilares o dimensiones inseparables del derecho ambiental: la preservación ambiental, el desarrollo económico y el progreso social.

Antonio Herman Benjamín⁶² enseña que el macro-fin del derecho ambiental, es la sustentabilidad.

Nuestra ley 25.675, lo establece como principio básico de derecho ambiental.

Por lo expuesto esta norma del art. 240 (límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes), constituye un todo armónico con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial, en los arts. 1º, 2º, y 3º, relativos a las "fuentes del derecho" y su "aplicación", "interpretación" y "deber de resolver", "conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte" (fórmula del Derecho Privado Constitucional), "los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento", en relación al instituto del abuso del derecho (arts. 10 y 14), y el deber de prevención, contenido en el sistema de responsabilidad por daños.

Todo el sistema cierra con el régimen de responsabilidad previsto en los arts. 1710 — 1715, 1973.

El art. 240, ordena conjugar, articular o compatibilizar el ejercicio de derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva, en especial con el derecho ambiental, lo que tan solo se logra adecuadamente, si se adoptan medidas de prevención, en la defensa del ambiente, y se remueve o erradica la conducta abusiva.

Se deben anticipar las barreras jurisdiccionales de tutela ambiental, para evitar no solo situaciones de daño ambiental, sino también de amenazas, riesgo o peligro de daño ambiental, siempre que concurren los presupuestos de admisibilidad de la acción preventiva (o cautelar,

⁶² BENJAMÍN, Antonio H., "¿Derechos de la naturaleza?", en AMEAL, Oscar (dir.), TANZI, Silvia (coord.), Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI, homenaje al Profesor Doctor Roberto López Cabana, Ed. Abeledo-Perrot, 2001, p. 31.

en casos de aplicación del principio precautorio, en el ámbito de la especialidad). Evitar causar un daño injusto, no agravar el daño producido, o adoptar medidas razonables para evitar que se produzca un daño o minimizar su magnitud.

14. LAS NORMAS DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS

El art. 241 Jurisdicción, establece que "cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable".

Hemos señalado que el énfasis preventivo es una de las características salientes del derecho ambiental. Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en materia de responsabilidad por daño ambiental, primero es la prevención, y luego, la recomposición (art. 41 CN, art. 27 y concordantes, ley 25.675), tan solo cuando el daño ambiental colectivo sea irreversible, entonces se puede recurrir a la indemnización.

Cabe recordar el pronunciamiento del Tribunal en ese sentido.

"La presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento" (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros", CS, Fallos: 326:2316, LL, 2006-D-281).

El art. 4º Ley 25.675 General del Ambiente, enuncia el principio de prevención, "Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir"⁶³.

⁶³ CAFFERATTA, Néstor A., "El principio de prevención en el Derecho Ambiental", Revista de Derecho Ambiental, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, noviembre 2004, nro. 0, p. 9.

De manera que la introducción de la función preventiva de la responsabilidad por daños en el nuevo Código Civil y Comercial constituye un gran aporte para la defensa del medio ambiente.

Al respecto, cabe aclarar que se entiende por las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, —según el art. 6° de la ley 25.675 General del Ambiente— "a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio de la Nación, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental".

El Estado Nacional lleva dictada las siguientes normas de presupuestos mínimos de protección ambiental: ley 25.612 Gestión Integral de residuos industriales y de actividades de servicios (29/07/2009), ley 25.670 presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBS (19/11/2002) —reglamentada por dec. 853/07—, ley 25.675 General del Ambiente (28/11/2002), ley 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (03/01/2003), ley 25.831 Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (07/01/2004), ley 25.916 de Gestión Integral de Residuos Domiciliarios (07/09/2004), ley 26.562 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Control de Actividades de Quema (16/12/2009), ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (26/12/2007) —reglamentada por dec. 91/09—, ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (28/10/2010) —decreto reglamentario 207/2011—, y la ley 26.815 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental en Materia de Incendios Forestales y Rurales (16/01/2013) y la ley 27.279 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de Envases Vacíos de Fitosanitarios (11/10/2016).

15. ÉNFASIS PREVENTIVO

Estas normas contienen pautas de protección del ambiente, con énfasis preventivo.

Así por ejemplo, la ley 25.612, establece entre sus objetivos minimiza los riesgos potenciales de los residuos en la todas las etapas de la gestión integral; reducir la cantidad de residuos que se generan; promover la cesación de los vertidos riesgosos para el ambiente; y nos habla

de niveles de riesgo; también dispone el deber de promoción de programas de adecuación tecnológica de los generadores, para reducir la contaminación ambiental, cesar los vertidos riesgosos sobre los recursos naturales, disminuir los riesgos ambientales (arts. 4º, 7º, 14), asimismo el régimen de responsabilidad civil que contiene dicha ley, no exime al guardián del residuo industrial de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, "cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso" (art. 42).

La ley 25.670 de PCBS [art. 11, incisos c) y d) f), art. 18], se inspira en el principio de prevención.

Hemos destacado la trascendencia de la ley 25.675 General del Ambiente, cuyo art. 4º consagra los principios de prevención y precautorio. Pero también resultan de dicha norma de aplicación los principios de responsabilidad, equidad intergeneracional, y principio de sustentabilidad.

A su vez, el art. 8º inc. 2º), arts. 11, 12, y 13, de la ley 25.675, que regulan la evaluación de impacto ambiental, —que constituye para buena parte de la doctrina el instrumento legal de aplicación por excelencia, del principio preventivo. Asimismo, el art. 28 régimen de responsabilidad, en cuanto dispone que el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción (recomposición, que siempre conlleva una especie de prevención de daños), y el art. 29 que establece la exención de la responsabilidad solo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder.

La ley 25.916 de Residuos Domiciliarios presenta como objetivos minimizar los impactos negativos de los residuos sobre el ambiente (art. 4º inc. c), implementar sistemas de gestión de residuos domiciliarios, para prevenir y minimizar los posibles impactos sobre el ambiente (art. 6º).

Todas las leyes ambientales contienen dispositivos que persiguen la finalidad de prevenir el riesgo, peligro o el daño ambiental.

El Código Civil y Comercial, en el Título V. Otras fuentes de las obligaciones. Capítulo I. Responsabilidad civil. Sección 1ª. Disposiciones generales. Art. 1708. Funciones de la responsabilidad, establece que "las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención y a la reparación". La Sección 2ª prevé la función preventiva y punición excesiva de la responsabilidad.

El principio de prevención constituye una norma básica, esencial, en materia jurídica ambiental. Alexander Kiss⁶⁴, enseña que la regla de oro del derecho ambiental es la prevención. Nuestra disciplina dice Ramón Martín Mateo⁶⁵ es esencialmente preventiva. En lo ambiental es gravitante adoptar soluciones tempranas, de anticipación del daño ambiental, porque se sabe que el daño ambiental de producirse lleva a situaciones de daño grave e irreversible o pueden conducir a un desastre, emergencia o estrago ambiental, que es necesario evitar y controlar.

Más vale prevenir que curar.

Históricamente el régimen de la responsabilidad civil estaba pensado para resarcir económicamente el daño, a partir del Código Civil y Comercial, queda expresamente establecido cuál es el juego actual del régimen de daños. Lo que significa un rotundo cambio de rumbo.

Lo primero es prevenir y, si no obstante, ocurre el daño, lo siguiente será indemnizar (resarcir) o en el caso del daño ambiental colectivo, recomponer (o compensar ambientalmente).

Esta estructura no tenía cabida en el Código Civil histórico (Vélez Sarsfield), de base napoleónica, por lo que estaba huérfano de toda apoyatura en el sistema de Derecho Civil tradicional, pensado para resolver intereses propios, personales, directos, diferenciados, fragmentarios, individuales, egoístas, de base económica, individualista, más o menos

⁶⁴ KISS, Alexandre, "Los Derechos e Intereses de las Generaciones Futuras y el Principio Precautorio" en DIAS VARELA, Marcelo - BARROS PLATIAU, Ana F., *Princípio da precaução*, Ed. Del Rey, 2004.

⁶⁵ MARTÍN MATEO, Ramón, "Tratado de Derecho Ambiental", Ed. Trivium, 1992, 1ª ed., vol. I, p. 93; "Manual de Derecho Ambiental", Ed. Thomson Aranzadi, 2003, 3ª ed., p. 48.

discretos, pero que no sirven para resolver problemas de la gente de esta centuria, de mayor complejidad, aquellos que atañen a la calidad de vida, el desarrollo sustentable, la defensa de los bienes de la naturaleza, del patrimonio cultural (material e inmaterial), y para la defensa de las generaciones futuras.

Por lo que se entiende que, si seguíamos porfiadamente, con esta estructura clásica o tradicional en el Derecho Civil, íbamos a profundizar la tragedia de los bienes comunes (o bienes colectivos), anónimos, que como son de todos no son de nadie en particular, nadie los defiende.

¿Cómo podemos tutelar el ambiente o la naturaleza en un sistema pensado para indemnizar el daño individual? ¿Debemos esperar impávidos o indiferentes que ocurra el daño para actuar? ¿Es justo admitir tan solo, el resarcimiento o la indemnización de lo que, de producirse, puede resultar un daño grave e irreversible? ¿No es más justo o razonable pensar en un sistema con normas de prevención o evitación del daño, y para el caso de producirse, aplicar normas de reparación en el que, conforme la Constitución Nacional, art. 41, y la doctrina de la Corte, tiene prioridad absoluta, la recomposición o restauración?

Desde la óptica de la especialidad, todo el instrumental jurídico ambiental está orientado para evitar la consumación del daño. Cuando se actúa después que ocurrió el hecho dañoso la solución tardía es inútil, porque el daño ambiental es expansivo, multiplicador, continuo o permanente, por ello es plausible toda decisión que se ubique ex ante (y no ex post), que opere sobre las causas y las fuentes de los problemas.

El ingreso del principio de prevención al Código Civil y Comercial fortalece la postura de defensa del ambiente. Aunque hace tiempo se sabe en la doctrina que el Derecho de Daños incluye además de la resarcitoria o indemnizatoria, una función preventiva y disuasiva, es valioso que expresamente se establezca esta regla de funcionalidad del instituto de la responsabilidad civil, en todas sus variantes.

Jorge Galdós⁶⁶ enseña que "cuando aludimos a la prevención del daño o función preventiva, nos referimos al derecho sustancial, a la nueva finalidad del derecho civil constitucionalizado;

⁶⁶ GALDÓS, Jorge, "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", LL 2017-E, 12 de

ya no se trata solo de reparar, sino de prevenir el daño. Por ello, reiteramos que constituye una cuestión de derecho sustancial que, si bien puede ser provisoria, en el marco general del Código Civil y Comercial está prevista como una pretensión autónoma, típica y definitiva para evitar la producción de la amenaza de daño o para hacer cesar el daño en curso".

Responde a precedentes jurisprudenciales, doctrina autoral, y las Conclusiones de numerosos Encuentros Científicos de la especialidad de Derecho de Daños, en especial las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2011⁶⁷ (principio precautorio) y las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2013, en punto a la aplicación de dicho principio, en la temática del Derecho del Consumidor.

Adoptar medidas que eviten o disminuyan la magnitud de un daño, o no agravar el daño si ya se produjo, es una fórmula perfecta para el Derecho Ambiental.

Lo mismo se puede decir de las normas contenidas o proyectadas en materia procesal, respecto de la legitimación activa de obrar (para la que basta con acreditar un interés mínimo pero suficiente o razonable), en un ensanchamiento horizontal o envolvente de todos aquellos que se encuentren en la situación de incidencia colectiva, presupuesto de hecho del conflicto social ambiental.

Y de los alcances del contenido de la sentencia preventiva.

Resalta el art. 1711, en cuanto establece que "La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución". O sea que no es exigible ningún factor de atribución o de imputabilidad (subjetivo u objetivo), para que se dispare el mecanismo de prevención de daños.

octubre de 2017, p. 1.

⁶⁷ TANZI, Silvia, "Principios de prevención y precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, septiembre 2011. Breve estudio de las conclusiones de la Comisión N° 3 Derecho de Daños", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. La Ley, noviembre 2011, año XIII, nro. 11, p. 275.

Vamos a repasar las normas consagradorias de la función preventiva (deber de prevención del daño), porque siendo la interpretación exegética, literal o por las palabras de la ley, el primer método de hermenéutica jurídica, estamos convencidos de la utilidad de este análisis originario.

"Toda persona tiene el deber", dice el art. 1709, tras reconocer el art. 1708, como funciones de la responsabilidad, "la prevención del daño y a su reparación", "en cuanto de ella dependa", fórmula que no es inocua, porque condiciona el deber a la posibilidad, "en cuanto" "dependa" de este sujeto responsable; ahora bien, el deber de prevención tiene una triple dimensión: 1) de evitar causar un daño no justificado; 2) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; 3) no agravar el daño, si ya se produjo.

La acción preventiva procede cuando: a) una acción u omisión antijurídica; b) hace previsible; c) la producción de un daño, su continuación o agravamiento; es decir, que la prevención entra a jugar frente al riesgo cierto, real, comprobado, verificado, conocido, sabido, o previsible, más aún cuando se trate de la extensión, continuo, prolongación o agravamiento, del daño.

Es previsible y nada se hace, para evitar se produzca el daño, o continúe el daño.

Matilde Zavala de González⁶⁸, dice que "se percibe la explicación racional de esa estructura de la norma, a partir de la diversidad de sujetos pasivos alcanzados por cada hipótesis: a) un posible dañador, quien debe evitar dañar a otros o a intereses colectivos, por causación originaria del menoscabo o de su intensificación; b) un tercero que no generó el peligro, pero que puede eliminarlo, desviarlo, o atenuar sus efectos perjudiciales; c) la propia víctima, que no debe agravar el daño experimentado. Solo que entonces no puede hablarse de un deber jurídico —que necesariamente presupone alteridad— sino de una carga como imperativo del propio interés, cuyo incumplimiento genera efectos desfavorables, acotado el alcance de su derecho indemnizatorio".

⁶⁸ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo (colab.), arts. 1708 a 1729, en "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Ed. Alveroni Editores, 2015, t. I, p. 183.

En definitiva, —concluye—, "soportan un imperativo de prevenir daños todos los miembros de la sociedad, pues se encuentran constreñidos. I) a no dañar, II) a impedir perjuicios de proveniencia ajena y III) de ser víctimas, a desplegar gestiones para que los perjuicios sufridos no aumenten".

Además, le atribuye importancia en que el precepto alude al deber de prevenir daños no justificados (art. 1710, inc. a), lo cual debe interpretarse en el sentido de que la causación o la no evitación de daños debe provenir de una conducta antijurídica.

Por último, indica que "son presupuestos genéricos para promover una reclamación preventiva: a) una acción u omisión que origina peligro de daño; b) antijuridicidad de la conducta riesgosa; c) previsibilidad del resultado nocivo; d) lesión a un interés razonable del acto; e) la posibilidad de detener el emprendimiento nocivo".

Alberto Bueres⁶⁹ considera que el Código Civil y Comercial "ha disciplinado con acierto la tutela preventiva (o inhibitoria) —acciones para evitar que un daño se produzca—, tutela esta que siempre ha existido, desde tiempos pretéritos, y que bien podría ubicarse en el campo de un genérico derecho de daños, como propone, por ejemplo, Eugenio Llamas Pombo (a menos que se pretendiera que, conceptualmente, la responsabilidad civil no es la obligación de reparar el daño si no el deber de evitarlo a más del de repararlo). Estimo que este es el sentido de los arts. 1711 y 1712" del Código.

Para Carlos Calvo Costa⁷⁰ la finalidad preventiva reconoce como fundamento la consagración del principio *alterum non laedere*, al cual la Corte Suprema ha oportunamente considerado de raigambre constitucional e implícito en el art. 19 de nuestra Carta Magna.

En esa tarea de reconstrucción de la unidad jurídica del Derecho Privado, con los principios de derechos humanos y públicos, la prevención es de vital importancia, se trata de pacificar la sociedad, de evitar la producción del daño, en todas las dimensiones, con especial referencia a la cuestión ambiental.

⁶⁹ BUERES, Alberto, "La responsabilidad civil por daños en el proyecto de Código Civil y Comercial 2102", LL, 2013-A-835.

⁷⁰ CALVO COSTA, Carlos, "La pretensión preventiva en el derecho de daños", LL, 2018-A-976.

Fernando A. Sagarna⁷¹ apunta que el "bloque de responsabilidad civil, parte de remarcar que sus funciones son la de "prevención" y "resarcimiento", señalando en primer lugar a aquella, pues se pone especial énfasis en la evitabilidad del daño prima facie, ex ante (art. 1708). Así el centro de la responsabilidad civil no es solamente el daño, sino también la prevención del daño".

Monjo y Argañaraz⁷² precisan que "el deber de prevención no puede escindirse del juicio de previsibilidad y especialmente, del juicio de evitabilidad, lo que significa que el daño debe haber sido previsible y evitable. La alusión en la norma al referir que toda persona tiene el deber, "en cuanto de ella dependa", a nuestro modo de ver, significa que la prevención del daño debe encontrarse dentro de la esfera de control del sujeto, y el daño o su agravamiento debe haberse podido prever y, además, evitar".

Ahora, están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención (art. 1712). Aquel es portador de un interés razonable o atendible, está legitimado activamente de obrar en una pretensión preventiva. Además, como lo señalamos más arriba, se destaca que "no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución" (art. 1711, in fine). No se habla en este ámbito de factores de atribución.

La función preventiva prescinde de un factor de atribución o imputabilidad. Factor objetivo (culpa irrelevante). Responsabilidad objetiva (obligación de resultado). Factores subjetivos (culpa, dolo).

En otro orden, señalamos que el concepto de daño refiere a una lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

De esta forma claramente incluye el daño ambiental colectivo (en cuanto afecta a derechos de incidencia colectiva). También se podría inferir lo dicho, porque la ley menciona el patrimonio sin ninguna referencia adicional, por lo que comprende el patrimonio individual, público, o colectivo.

⁷¹ SAGARNA, Fernando, "Las funciones de la nueva responsabilidad civil", RRCyS, 2016-II, tapa.

⁷² MONJO - ARGANARAZ, Mariángel, "Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva", en MÁRQUEZ, José F. (dir.), Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial, Ed. Zavalía, 2015, t. 1, p. 61.

Que la indemnización comprenda el perjuicio directo o indirecto (y el daño ambiental es indirecto o reflejo), actual o futuro (que en nuestra materia es clave), como la pérdida de chance (calificada jurisprudencia considera el daño ambiental como un daño a la salud, que provoca pérdidas de chances en los individual, que se resumen en un menoscabo las aptitudes reales o potenciales de la víctima de tener una mejor calidad de vida, o de expectativas de vida), también es relevante para el Derecho Ambiental.

Destacamos que constituye normativa de aplicación en el Derecho Ambiental, el art. 1757⁷³ que introduce una reforma en los elementos de la responsabilidad objetiva, en cuanto incluye no solo las cosas (riesgo o vicio) sino también las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Muchos casos de daño ambiental están ligados a actividades riesgosas o peligrosas; así por ejemplo, el complejo industrial o la maquinaria en su conjunto; las partículas que se emiten (material partículas en suspensión), emanan o vierten de los diversos establecimientos industriales, se encuadran en este supuesto de responsabilidad objetiva, en la que no es causal de justificación ni de exención de reproche, la autorización ni el permiso para su uso o realización, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Por último, el deber de prevención se cuela en el régimen de las inmisiones inmateriales.

16. RÉGIMEN DE INMISIONES AMBIENTALES

Capítulo 4. Límites al dominio.

Artículo 1973 — Inmisiones.

⁷³ GALDÓS, Jorge, "El art. 1757 del Cód. Civ. y Com. (el anterior art. 1113 del CC)", RRCYS, año XVII, nro. 4, abril 2015, p. 176; "Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código", LL, 2016-B-891. PARELLADA, Carlos A., "Responsabilidad civil por actividades riesgosas", La Ley, Edición especial XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Ley, martes 24 de septiembre de 2019, p. 5.

Históricamente se vincula el art. 2618 CC, antecedente inmediato del novísimo art. 1973 de inmisiones contenido en el Código Civil y Comercial, con la base del derecho ambiental, cuyo texto, dicho sea de paso, es fruto de la ley 17.711, aunque Vélez, lo había previsto, aunque con menor alcance que el actual sistema del referido artículo.

Inicialmente era para molestias que excedían el límite de las incomodidades ordinarias, y las molestias era ruido excesivo proveniente de establecimientos industriales o fabriles vecinos, y se resumía en una indemnización por daños, cuya base sentaba en el art. 2619 CC. Luego con la ley 17.711, se ampliaron los supuestos de aplicación de la norma, hablando no solo de ruido, sino también de humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o inmisiones similares (en realidad esta última terminología, que proviene del derecho romano, es una pequeña novedad que establece el Código), por lo que se entendía que la enumeración era meramente ejemplificativa, no taxativa ni cerrada.

En el art. 2618⁷⁴ además, se habla de excesos en la normal tolerancia (antes, incomodidades ordinarias). Y refiere la norma a una serie de estándares o parámetros jurídicos que el Juez deber ponderar razonablemente o tener en cuenta al resolver la cuestión: a) las circunstancias del caso; b) las condiciones del lugar; c) el respeto al uso regular de la propiedad; d) la prioridad del uso; e) las exigencias de la producción.

Todo ello, aunque mediare autorización administrativa para aquella. Y como la redacción del art. 2618, utiliza desafortunadamente, la palabra o cópula "o", para establecer las amplias facultades del Juez en la cuestión, ordenar el cese o la indemnización de daños y perjuicios, hubo desde entonces una polémica en la doctrina autoral y jurisprudencial, acerca de su carácter, es decir si se trata de una alternativa o una acumulación.

Con buen criterio el Código Civil y Comercial, en el art. 1973, modifica el texto en punto a esta cuestión, para establecer que "Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños".

⁷⁴ ADROGUÉ, Manuel I.: "Las molestias entre vecinos en la Reforma Civil", capítulo V, obra colectiva "Temas de Derecho Reales". Editorial Plus Ultra. "Las molestias entre vecinos en la reforma del Código Civil ley 17711, LL, 1996-C-718. ANDORNO Luis Orlando, "Las molestias de vecindad (art. 2618 C.C.). La responsabilidad por daño ambiental", JA. 1999-IV-1074.

Es decir, adopta una regulación más amplia, moderna, y actual, asignándole a los jueces la facultad de disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación".

A continuación, establece que "Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad del uso, el interés general y las exigencias de la producción". Este artículo parte de la base que el caso es de una sentencia difícil para el juez, por lo que no extraña que se refiera a la necesidad de elaborar un juicio de ponderación, tomando en consideración diversos estándares de prudencia, y circunstanciado, en la búsqueda del equilibrio interpretativo.

Uso regular de la propiedad, prioridad del uso (preocupación), exigencias de la producción, y la novedad; el interés general, como cartabón de esta cuestión entre vecinos, que excede el interés de las partes en conflicto. Los conflictos de vecindad, vistos antes como restricciones y límites al dominio, impactan muchas veces sobre terceros, la comunidad en su conjunto, o en definitiva, el interés público colectivo, que debe ser tenido en cuenta por el juzgador al momento de adoptar una decisión final sobre el caso.

Finalmente, no escapa a nuestra consideración que el Código Civil y Comercial introduce modificaciones sustantivas con impactos procesales. Notables autores de la especialidad procesal advierten de estos cambios.

Tan solo destacamos que, en materia ambiental, la ley 25.675 General del Ambiente regula incipientemente el proceso colectivo ambiental, e instituye dos acciones específicas de defensa del ambiente: una de ellas con claro objetivo preventivo; nos referimos a la acción de amparo por cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

También cabe mencionar las amplias facultades que el art. 32 de la ley 25.675 atribuye a los jueces, para adoptar "las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general".

Pablo Lorenzetti, en un excelente trabajo publicado en RCyS⁷⁵, pone de resalto que "también, en base al mismo dispositivo, el magistrado se encuentra facultado para disponer aun de

⁷⁵ LORENZETTI, Pablo, "Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código

oficio y sin petición de parte, "medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria". Se trata del "activismo judicial" predicado para este tipo de casos, amplia y razonablemente ejercido por cada uno de los jueces que a lo largo y a lo ancho de nuestro país han debido enfrentarse a casos vinculados a la tutela del ambiente".

17. CONCLUSIONES

El Código Civil y Comercial constituye una enorme contribución para la defensa del ambiente porque regula derechos individuales y derechos de incidencia colectivos (dentro de cuya familia se encuentra el derecho ambiental):

1. Porque con la constitucionalización del derecho privado, integra o subordina este último, a la Constitución y los Tratados Internacionales, en particular los relativos a los derechos humanos, dentro de los cuales se inscribe el derecho ambiental.
2. Porque introduce los conceptos de ambiente, sustentabilidad (macro fin del derecho ambiental), la flora, fauna, el agua, la biodiversidad, y el paisaje.
3. Porque reconoce las normas de presupuestos mínimos.
4. Porque incluye un nuevo paradigma en materia de bienes, al regular aspectos relativos a los bienes colectivos y valores colectivos en referencia a los derechos ambientales, y las comunidades como los pueblos originarios (parte de una sociedad multicultural).
5. Porque declara como principio general del derecho, la buena fe (la lealtad, el obrar transparente), una de las ideas fuerza del derecho ambiental, junto con la solidaridad, la cooperación, y la paz.

Civil y Comercial de la Nación de 2012", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, agosto de 2013, año XV, nro. 8, VIII, p. 5.; "La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", en nuevocodigocivil.com: "Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial", Revista de Derecho Ambiental, Ed. Abeledo Perrot, julio/ septiembre de 2015, nro. 43, p. 23; "Código Civil y Comercial de la Nación: compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual", JA, 2015-3, ejemplar del 30 de septiembre de 2015, p. 3; "Relación de causalidad como presupuesto del daño ambiental. Nuevos perfiles a partir del Cód. Civ. y Com. de la Nación", en RCyS, 2016-II-19; "Tutela inhibitoria en materia ambiental. Función preventiva y función precautoria de la responsabilidad civil", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016-2, p. 523

6. Porque amplía los supuestos de abuso del derecho para aquellos casos en que se afectara derechos de incidencia colectiva (en especial, el funcionamiento y la sustentabilidad del ecosistema), diseñando un modelo o versión novedosa, de abuso del derecho ambiental, o “ECO- ABUSO” (Sozzo), disponiendo un límite externo para el ejercicio de los derechos individuales, consagrando un principio de sociabilidad.
7. Porque introduce en el artículo 240, la regla de la compatibilidad, entre el ejercicio de los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, y de no afectación del funcionamiento y sustentabilidad de los ecosistemas, el paisaje, el agua, suelo, agua, flora, biodiversidad, valores culturales, lo que implica un profundo replanteo de las relaciones del hombre y la naturaleza (VISIÓN ECOLOGISTA), de carácter ECOCÉNTRICO o sistémico, contrario al antropocentrismo, individual, egoísta, y utilitarista, propio de la cosmovisión de los códigos decimonónicos.
8. Porque reconoce la doble función del derecho de daños: preventivo y de reparación, poniendo el acento en la evitación del daño, que para el derecho ambiental es un principio básico de política protectoria y únicamente para casos de daños consumados, tendrá prioridad absoluta la recomposición.
9. Porque comprende en la regulación, el daño ambiental colectivo, los daños a las pérdidas de chances, y la responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas por naturaleza.
10. Porque define claramente las amplias facultades del juez en casos de inmisiones inmateriales. Y lo que es más importante, flexibiliza la carga de la prueba, introduciendo la doctrina de las cargas dinámicas probatorias.
11. Porque introduce el concepto de consumo sustentable como uno de los principios básicos en materia del derecho del consumidor.

Por último, una reflexión final.

Los arts. 1º, 2º, 3º, 9º, 10, 14, 240, 241, 1708, 1709, 1710, 1715, 1973, hunden sus raíces en la Constitución Nacional (que en la especialidad, encuentra base en el art. 41, deber de preservación⁷⁶) están inspirados en ideas del Derecho Privado Constitucional, en los principios y valores jurídicos fundamentales del ordenamiento, también en la libertad, la

⁷⁶ TORRES, Sergio G.- MADIEDO, Mariano (Coordinación), Derecho Ambiental, Hammurabi, 1019.

buena fe, la paz, l convivencia armónica y sustentable, fraternidad, democracia, solidaridad, cooperación y orden público de coordinación, que resulta imprescindible para la integración en concordia del ejercicio de los derechos individuales, con los derechos de incidencia colectiva. Es un salto de lo individual a lo colectivo, sin que ello implique, denegar, aniquilar, aplastar, o remover derechos individuales.

Por ello se le exige al juez desarrolle una labor hermenéutica de ponderación.

El Código Civil y Comercial en los arts. 10, 14, 1710, 1715, 1973, fortalece la función preventiva de la justicia, los mecanismos de tutela civil inhibitoria, la acción preventiva⁷⁷, para anticipar las barreras jurisdiccionales, en forma precoz, temprana, en los albores del conflicto, cuando todo está por hacerse, y nada definitivamente, está dicho.

Este remedio civil inhibitorio que estaba orientado en sus inicios hacia la protección de la posesión y de la propiedad ha evolucionado también con el tiempo, ampliando su ámbito de tutela al abarcar la tutela de los derechos y deberes fundamentales de las personas y de otros bienes de dominio público, como el medio ambiente.

Se persigue evitar la política del hecho consumado.

La transformación de la responsabilidad civil por daños, con la incorporación de la función preventiva, regulada por el Código Civil y Comercial, le da un mayor apoyo al micro sistema de tutela preventiva ambiental, que se enriquece, además, con la operatividad conjunta de los principios de prevención, precautorio, y de cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

La introducción del derecho ambiental en el Código Civil y Comercial, y de las normas de presupuestos mínimos ambientales, sirve para unificar (uniformar en la variedad), el régimen jurídico de la responsabilidad por daño ambiental colectivo que, desde su regulación especial en la ley 25.675 General del Ambiente, arts. 27 y ss., necesitaba de la recepción en el Derecho Común Privado, para su mayor comprensión. Deja, entonces, su situación de aislamiento normativo y se integra de manera coherente, con el macro sistema contenido en el Código de Derecho Privado.

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo, "Tutela civil inhibitoria", LL. 1995-C-1217.

MESA PLENARIA 1:
ATMÓSFERA Y CAMBIO
CLIMÁTICO: LITIGIOS
CLIMÁTICOS

MODERADORA: BLANCA SORO MATEO

II. Una aproximación al mercado de derechos de emisión a través de los conflictos judiciales

Iñigo Sanz Rubiales

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Valladolid

RESUMEN:

La actual configuración del mercado europeo de derechos de emisión es consecuencia de una normativa innovadora y en cierto sentido, experimental, cuya aplicación práctica ha generado numerosos conflictos. Pero es deudora también de la decisiva doctrina jurisprudencial surgida de los tribunales al resolver estos.

ABSTRACT:

The current configuration of the EU Emission Trading System is a consequence of innovative and in some sense experimental regulation, whose practical application has generated many conflicts. But it is also a consequence of the decisive jurisprudential doctrine that arose from the courts in resolving these conflicts.

PALABRAS CLAVE: Mercado de derechos de emisión, Tribunal de Justicia europeo, Tribunal Supremo

KEYWORDS: Emission Trading System, European Court of Justice, Supreme Court

SUMARIO

1. Introducción	61
2. Cuestión previa: la crisis climática	62
2.1. Características.....	62
2.2. La solución técnica de la crisis pasa por el cambio radical de estructuras energéticas.....	63
2.3. Qué se necesita (desde el punto de vista jurídico).....	64
3. La experimentación se ha plasmado en la creación de un mercado de derechos de emisión.....	67
3.1. La construcción comunitaria de un mercado de emisiones como técnica marco de la lucha contra la crisis climática.....	67
3.2. La razón de la elección de esta técnica frente a otras más probadas	68
4. Conflictividad judicial generada por la creación y aplicación del mercado	69
4.1. La finalidad del mercado de derechos de emisión.....	69
4.2. Configuración del ámbito subjetivo del mercado.....	70
4.3. Configuración del ámbito funcional del mercado: qué son y qué no son las “emisiones” y los “derechos de emisión”	72
4.4. Problemas de aplicación inicial del mercado: la asignación de derechos	73
4.5. Problemas actuales del mercado.....	76
5. Conclusiones.....	83
6. Bibliografía.....	83

1. INTRODUCCIÓN

Pretende esta ponencia mostrar cómo ha respondido la Unión Europea (y sus Estados miembros, especialmente, España) a la crisis climática, mediante la técnica innovadora del mercado de derechos de emisión, y cómo este carácter novedoso ha generado conflictos judiciales que a su vez han servido para clarificar algunos aspectos, mejorar otros y confirmar, en general, la utilidad de esta técnica.

2. CUESTIÓN PREVIA: LA CRISIS CLIMÁTICA

2.1. Características

El libro de estilo de numerosos periódicos de incidencia internacional ha previsto la sustitución del término “cambio climático” al que nos hemos acostumbrado por el de “crisis climática”. Actualmente se habla ya incluso de “emergencia climática”, y así lo ha declarado recientemente el Parlamento Europeo¹. Estamos ante una auténtica crisis, tras la cual nada va a ser igual que antes a nivel mundial. Esta “crisis” exige un cambio radical de comportamientos y mientras este no se produzca, seguirá agravándose. Sus notas características son las siguientes:

1. Es una crisis global, inasequible a soluciones únicamente internas. Es consecuencia de la suma de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) realizadas en cualesquiera lugares. Estas emisiones se acumulan y no son susceptibles de ser compartimentalizadas. La crisis no está ceñida a uno o varios Estados. La única solución a la acumulación de GEI es que, también globalmente, se reduzca la concentración de estos gases en volúmenes suficientemente amplios para lograr que sean relevantes.
2. Es una crisis causada fundamentalmente por la actividad privada y resoluble por esta (pero cuya solución debe ser promovida por el sector público). La crisis la hemos provocado todos. Sin perjuicio de la posible exigencia de responsabilidades a determinados Estados y empresas, el consumo de energías no-renovables ha sido general. Son algunas grandes instalaciones de generación eléctrica, de producción industrial o, en general, la creciente actividad ganadera, las que cuantitativamente han aportado más a las causas de esta crisis; pero el transporte motorizado, masivo, o el uso de calefacción basados en quema de combustibles fósiles democratizan las causas del fenómeno.

¹ Resolución de 28 de noviembre sobre la situación de emergencia climática y medioambiental (2019/2930(RSP)).

No es, pues, la actividad pública (prestacional o autoritaria) la causante de la crisis. Sin embargo, son los poderes públicos, bien individualmente, bien mediante la cooperación internacional, los que deben asumir y han asumido ya la responsabilidad última del cambio de paradigma energético para restaurar las condiciones previas a la crisis.

Por tanto, los poderes públicos estatales e internacionales deben articular las técnicas oportunas para lograr ese cambio. No basta con el mero cambio normativo (como si fuese una cuestión de orden estrictamente político) sino que es preciso que el sector productivo y los consumidores cambien las estructuras productivas o de consumo. El gran problema es cómo pueden los poderes públicos lograr el cambio del comportamiento de los sujetos privados en esta materia.

3. Es una crisis causada por una multiplicidad de actividades. El incremento de GEI en la atmósfera es consecuencia, fundamentalmente, de las emisiones derivadas de la quema de combustibles fósiles en la industria (energética, etc.), de los edificios (emisiones domésticas y de calefacción), de las del transporte, de las agrícolas y silvícolas y, sobre todo, ganaderas. No se pueden atribuir a una sola causa ni a una única actividad.

2.2. La solución técnica de la crisis pasa por el cambio radical de estructuras energéticas

De acuerdo con lo anterior, la lucha contra la crisis climática pasa, fundamentalmente, por el cambio de estructuras de producción, de transporte y de hábitos de consumo de energía, en cuanto que la producción de energía (eléctrica, calorífica o cinética) es el destino de la inmensa mayor parte de los combustibles fósiles en el mundo actual, cuya quema genera dióxido de carbono.

Sin perjuicio de la necesidad de adaptación al inevitable cambio climático, a la que se deben destinar medios económicos y técnicos, la normativa debe promover la mitigación, esto es, la reducción de emisiones, en la medida en que esta es posible. Esta reducción de la concentración de GEI en la atmósfera se puede realizar por dos vías:

1. La absorción de emisiones. Se trata de potenciar el papel de los sumideros de carbono. Son, fundamentalmente, los bosques los que llevan a cabo esta función y, en menor medida, los mares. Igualmente, cabe el secuestro o captura artificial de los gases (técnica de “captura y almacenamiento de carbono”: CAC), regulada en España por la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, *de almacenamiento geológico de dióxido de carbono*.

Sin embargo, la capacidad de absorción de la vegetación es limitada porque el incremento de la extensión forestal solo se puede hacer a medio o largo plazo y tiene importantes limitaciones geográficas, climáticas y biológicas. La captura artificial está en fase de experimentación y muy lejos de poder ser una técnica viable económicamente y utilizable masivamente.

2. La reducción de emisiones. Es aquí donde la tecnología puede hacer más. La solución física de la crisis exige la sustitución de las energías basadas en la quema de combustibles fósiles por energías renovables o, al menos, no emisoras de gases de efecto invernadero. Ello supone un nuevo modo de generar electricidad, un nuevo modo de transporte, un nuevo modo de calefacción de los espacios cerrados, y un nuevo modo de producir, en general.

Y todo ello debe complementarse, al menos transitoriamente, hasta que se alcance un sistema energético completamente limpio, con la eficiencia energética que, en la medida en que supone un ahorro de cualesquiera tipos de energía, también supone una reducción de la generada por fuentes no-renovables.

Este cambio radical y urgente de estructuras de producción, de transporte y de hábitos de consumo de energía, es lo que pretende llevar a cabo la denominada transición ecológica.

2.3. Qué se necesita (desde el punto de vista jurídico)

Ante problemas complejos como es este, no sirven las soluciones tradicionales: se necesita en buena medida experimentar nuevas técnicas jurídicas que permitan encontrar los métodos más adecuados para luchar contra la crisis climática. Aunque, lógicamente, la “experimentación” conlleva también problemas nuevos que hay que resolver. En concreto, se necesita:

1. En primer lugar, establecer instrumentos globales o de coordinación de instrumentos nacionales. Sirven, pero no son suficientes, las técnicas jurídico-públicas meramente locales o incluso regionales, porque la reducción de gases de efecto invernadero es localmente indiferente, si a nivel global se sigue incrementando la concentración de GEI. De esta forma, las técnicas tradicionales de *command and control*, que pueden permitir reducir las emisiones en un territorio o un país de poco sirven si no se generalizan en los demás países.

Deberá, por lo tanto, o utilizarse una técnica de aplicación global o coordinar entre todos los protagonistas principales la adopción de medidas eficaces que no hagan inútil el esfuerzo individual.

2. Deben ser variadas las técnicas jurídicas utilizadas, porque lo son las fuentes y las causas de la concentración de GEI, y porque cualquiera de ellas de forma aislada resulta insuficiente para alcanzar los objetivos. La extensión y el carácter multiforme de las actividades que generan emisiones estos gases a la atmósfera exigen también una gran extensión y multiplicidad de las técnicas jurídicas dirigidas a reducirlas.

No basta con una técnica: cada entidad pública debe utilizar las técnicas que, de acuerdo con sus competencias materiales y territoriales, pueda ejecutar de forma eficaz. Ello aboca a una multiforme conjunción.

3. Que se ponga precio al carbono. Por el enorme esfuerzo económico que supone el cambio de estructuras productivas y energéticas, es preciso cuantificar los costes para ponderar adecuadamente los esfuerzos que se exigen a los ciudadanos y a las empresas o que se autoimponen las Administraciones. Teniendo en cuenta que la causa del cambio climático son las emisiones de GEI masivas, poner precio al carbono permite que se pueda saber el coste de la reducción y se pueda atribuir a los causantes de las emisiones dichos costes (de acuerdo con el principio “*quien contamina, paga*”).

4. Que las técnicas utilizadas, en la medida de lo posible, no impidan el crecimiento económico y las libertades económicas. Uno de los problemas de la reducción de emisiones ha sido, desde que se planteó en el Convenio Marco para el Cambio Climático de 1992, su relación con el desarrollo económico. La solución fácil es dejar de producir, de moverse, de consumir energía. Pero la dignidad de los ciudadanos exige que el cambio estructural de producción y comportamientos de consumo no se haga a costa de su bienestar, en la medida de lo posible. Esto supone compatibilizar la producción industrial con la mejora tecnológica.

No parece viable la prohibición, al menos a corto o medio plazo, de sistemas de producción o consumo de energía basados en combustibles fósiles. Es decir, las medidas deben ser progresivas porque el cambio estructural de producción y consumo es, como el cambio climático, un proceso: hay razones económicas (de amortización de inversiones) y sociales que exigen una adaptación paulatina y no traumática.

A la vez, la falta de alternativas asequibles a estas estructuras lleva a hacer conveniente que, frente a las técnicas prohibitivas, se promuevan o estimulen técnicas de reducción de emisiones de aceptación libre.

Además, si el peso de la aplicación de las técnicas va a recaer sobre el sector privado en buena medida, se hace preciso infundir la suficiente seguridad jurídica para no disuadir de la necesaria inversión privada en tecnología hipocarbónica.

Es necesario, pues, experimentar. Los poderes públicos de todos los niveles tienen que plantear cuáles son las medidas –y cómo se pueden lograr resultados sinérgicos- más aptas para lograr los objetivos de lucha contra la crisis.

3. LA EXPERIMENTACIÓN SE HA PLASMADO EN LA CREACIÓN DE UN MERCADO DE DERECHOS DE EMISIÓN

3.1. La construcción comunitaria de un mercado de emisiones como técnica marco de la lucha contra la crisis climática.

La UE apostó desde el principio (Kioto) por asumir conjuntamente compromisos internacionales (cumplimiento conjunto del PK: art. 3) y por compartir con los Estados Miembros el esfuerzo de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, cada uno desde sus competencias y desde sus posibilidades reales.

En este planteamiento, la UE asumió la creación de un instrumento comunitario (el mercado de derechos de emisión) mediante la aprobación de la Directiva 2003/87, de 13 de octubre, y dejó en manos de los Estados miembros la elección de las técnicas jurídico-públicas más convenientes para luchar contra el cambio climático en los sectores no afectados por el mercado (agricultura, urbanismo y vivienda, transporte, residuos)².

² Si el derecho a realizar emisiones localizadas del sector industrial (y, posteriormente, del transporte aéreo) pueden ser objeto de “lotización” y, por tanto, de mercado, no ocurre lo mismo con las emisiones del sector del transporte, de la vivienda, de la agricultura o de los residuos, cuyas emisiones –difusas o no, pero difícilmente cuantificables- no pueden ser, técnicamente, a día de hoy, objeto de mercado. Pero, en la medida en que superan el 50% de las emisiones de la UE, y para evitar que estos sectores quedasen al margen de la lucha por la descarbonización, la Unión Europea aprobó la legislación sobre el reparto del esfuerzo establece objetivos anuales vinculantes de emisiones de gases de efecto invernadero para los Estados miembros para los períodos 2013-2020 y 2021-2030. Los objetivos se refieren a las emisiones de la mayoría de los sectores no incluidos en el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE, como los transportes, los edificios, la agricultura y los residuos. Esta normativa incluye la Decisión de «reparto de esfuerzo» (Decisión (CE) 2009/406, de 23 de abril, *sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020*) y el Reglamento (UE) 2018/842, de 30 de mayo de 2018, *sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n. 525/2013*.

Aunque tiene sus precedentes, tanto en el derecho comunitario como en el comparado, el instrumento del mercado de emisiones europeo es un experimento. Y la abundante jurisprudencia europea y estatal dan fe del carácter experimental de estas medidas.

3.2. La razón de la elección de esta técnica frente a otras más probadas

No se mostraba factible la creación de un impuesto europeo sobre las emisiones de GEI – que sería, a priori, lo más lógico- por la imposibilidad de obtener la unanimidad necesaria en el Consejo para ello. Por eso se creó el mercado, que no exige la unanimidad. Responde, por tanto, a una razón de posibilidad competencial, más que de conveniencia: la conveniencia llevaría al impuesto, porque la técnica impositiva es mucho más conocida y genera, desde esa perspectiva, más seguridad jurídica a los Estados miembros (aunque no a los sujetos pasivos, grandes emisores en este caso). La adopción de un impuesto europeo exige la unanimidad en el Consejo (procedimiento legislativo especial del art.192.2.a) TFUE), algo prácticamente imposible de conseguir, mientras que la creación del mercado de derechos de emisión exige únicamente la mayoría cualificada (art.192.1 TFUE, procedimiento legislativo ordinario, en relación con el art.294 TFUE): eso hace viable esta técnica y augura su expansión futura si se demuestra suficientemente eficaz. Además, siempre es posible la creación de impuestos a nivel estatal o autonómico, en su caso, para gravar las emisiones de GEI, cuya compatibilidad ha sido confirmada en diversas ocasiones por nuestros Tribunales, como veremos *infra*.

Por otro lado, el mercado de derechos de emisión tiene ventajas que responden a las necesidades de la lucha contra el cambio climático:

- el mercado es regional: aúna los esfuerzos de los titulares de instalaciones de todos los Estados miembros.
- -por su necesaria transparencia, atribuye un precio al recurso público o colectivo, asegura la internalización de los daños ambientales, restringe mucho menos la libertad de empresa (de estrategias económicas) de los operadores económicos, reduce la burocracia y los costes administrativos, etc.

Pero nunca se había planteado un mercado así, por lo que los ineludibles problemas de adaptación, de crisis, de mal funcionamiento... y los litigios se han hecho presentes, como era de esperar, ante los defectos de diseño y disfuncionalidades de esta técnica.

4. CONFLICTIVIDAD JUDICIAL GENERADA POR LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL MERCADO

El mercado europeo ha tenido tres fases desde su nacimiento: una primera fase de prueba (2005-2007); una segunda fase, coincidente con el quinquenio «Kioto», 2008-2012, de prueba *ma non troppo*; y la fase hoy vigente (2013-2020). Esta construcción gradual ha permitido ir aprendiendo de los errores de la configuración inicial, *learning by doing*, y de esta forma se ha configurado un mecanismo, mejorable pero sin duda eficaz, técnicamente avanzado y bastante mejor adaptado a la situación real de la economía de los países europeos.

4.1. La finalidad del mercado de derechos de emisión

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasiones reiteradas de señalar que el objetivo principal de la Directiva 2003/87, reguladora del mercado de emisiones, es reducir sustancialmente las emisiones de GEI, para cumplir con los compromisos de Kioto (STPI de 7 de noviembre de 2007, as. *Alemania c. Comisión*, T-374/04, n. 124; STPI de 23 de septiembre de 2009, *Polonia c. Comisión*, T-183/07; SSTJUE de 29 de marzo de 2012, *Comisión c. Polonia*, C-504/09 y *Comisión c. Estonia*, C-505/09; STJUE de 17 de octubre de 2013, as. *Iberdrola*, as. 566/11, 567/11, 580/11, 591/11, 620/11 y 640/11). Pero con posterioridad, los jueces europeos han afinado esta afirmación, precisando que si el objetivo último del mercado es, efectivamente, proteger el ambiente mediante la reducción de emisiones de GEI, el sistema, *por sí mismo*, no reduce esas emisiones: favorece y anima la búsqueda de los costes más bajos para reducir las emisiones a un nivel preciso (STJUE de 28 de abril de 2016, as. *Borealis Polyolefine*, C-191/14, C-192-14, C-295-14, C-389-14, C-391-14, 392-14 Y 393-14)³.

En todo caso, el hecho de que los objetivos del mercado europeo confluyan con los del Protocolo de Kioto (reducción de emisiones con el mínimo coste) no significa que este mercado coincida o forme parte del mercado internacional previsto por el art. 17 del Protocolo. Aunque pueden vincularse mediante los mecanismos basados en proyectos (de desarrollo limpio –art. 12 PK- y de actuación conjunta –art. 6 PK-) y las unidades de uno y

³ Sobre este problema y, en general, sobre todo el régimen jurídico-público del mercado de derechos de emisión, véase el extraordinario trabajo de CHENEVIÈRE, C., *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, Bruylant, Bruxelles 2018 *in totum* (pág. 18, en este aspecto concreto).

otro se basan en una tm de CO₂equivalente (asignada o ahorrada), lo cierto es que la cantidad y calidad de los actores (unas pocas decenas de Estados, por una parte, y más de diez mil instalaciones emisoras por otra) son distintos. El Tribunal de Luxemburgo se ha preocupado de expresar la diferencia esencial entre ambos modelos (STJUE de 7 de abril de 2016, *as. Holcim (Romania) c. Comisión*, C-556/14).

4.2. Configuración del ámbito subjetivo del mercado

1. La aplicación desigual del mercado a los diversos sectores productivos (siderúrgicas vs. aluminio): la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008 en el *as. Arcelor Atlantique et Lorraine y otros*, C-127/07⁴.

De entre los grandes emisores industriales de GEI, en un primer momento quedaron fuera del mercado las industrias químicas y la producción de metales no férreos, que son también productoras de gases de efecto invernadero. Esa selección de sectores fue tachada de arbitraria y confusa, y por ello, una importante siderúrgica planteó diversos recursos que resolvió el Tribunal de Justicia: uno de anulación (resuelto por STPI de 2 de marzo de 2010, *as. Arcelor C. Parlamento y Consejo* T-16/04, que confirmó la legalidad de la Directiva 2003/87); otro, un recurso ante el *Conseil d'État* que dio lugar a una cuestión prejudicial, en la que la STJUE de 16 de diciembre de 2008 afirmó que los sectores de la siderurgia, químico y de los metales no férreos se hallan, a efectos del examen de la validez de la Directiva 2003/87 en relación con el principio de igualdad de trato, en una situación comparable, al tiempo que reciben un trato diferente.

Se aprecia que el trato diferente que reciben las instalaciones sometidas al mercado es desfavorable respecto de otras (requisito necesario para que haya violación del principio de igualdad); el Tribunal reconoce la existencia de obligaciones específicas para aquellos, cuyo incumplimiento es sancionable; obligaciones que “no existen en el plano comunitario para los titulares de instalaciones no comprendidas en el anexo I de la Directiva...” (n. 43). Y esa

4 Cfr., al respecto, SANZ RUBIALES, Í., “El principio de igualdad en el mercado de emisiones: jurisdicción europea y jurisdicción interna (sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 16 de diciembre de 2008, *As. C-127/07, Arcelor*)”, Noticias de la Unión Europea, n. 311 (2010).

existencia de una desventaja se da, “*aun suponiendo que... la sujeción a tal régimen no implicara necesaria y sistemáticamente, consecuencias económicas desfavorables*” (n. 44), porque, en el mejor de los casos, la Directiva está imponiendo una obligación a algunas instalaciones (y no a todas) que se concreta en respaldar las emisiones con derechos de emisión. Dicha obligación genera, al menos, una obligación procedimental, que hace más onerosa la realización de la actividad por la imposición de nuevos trámites.

Pero estaría justificada la discriminación porque se trata de un régimen nuevo, en el que es importante lograr una masa crítica de participantes que permitan que el mercado funcione correctamente, aunque dicho funcionamiento sea perfectible. Este planteamiento progresivo de consolidación del mercado (*step-by-step approach*), ya fue apuntado por el propio *Libro Verde* de la Comisión sobre el mercado de emisiones, que buscaba empezar por realidades controlables y capaces de dar seguridad al tráfico.

El Abogado General, en sus Conclusiones, defiende lo que él califica como “experimentación legislativa”, operada por la Directiva 2003/87. Esta experimentación legislativa, admitida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es propia de la regulación de ámbitos con riesgos sociales inéditos, y debe ceñirse a campos limitados, por un criterio de prudencia (n. 45). Esta experimentación –*learning by doing*– “lleva implícita la posibilidad de entrar en conflicto con el principio de igualdad” (n. 46).

Por eso, para que las eventuales discriminaciones de esta “experimentación” sean compatibles con el principio de igualdad, es necesario, según las *Conclusiones Generales*, que cumplan dos requisitos: que las medidas experimentales tengan carácter transitorio (n. 47) y que la delimitación del ámbito de aplicación de la medida experimental obedezca a criterios objetivos (n. 48). Y ambos criterios, tal y como señalan las Conclusiones y la propia sentencia, los cumple.

En resumen: el Tribunal, a la luz del carácter provisional del régimen de la Directiva y de la objetividad en la elección de los sectores incluidos y de los correspondientes umbrales, determina que las discriminaciones producidas por la entrada en vigor de la Directiva estaban suficientemente justificadas como para entender que el principio de igualdad no había sido violado.

2. El ámbito de aplicación del mercado en la aviación: previsión inicial y resultado (cómo la UE ha echado marcha atrás a pesar del apoyo de su propio Tribunal)

La Directiva 2008/101 amplió la aplicación del mercado de emisiones a las empresas aeronáuticas que operasen vuelos comerciales hacia o desde aeropuertos comunitarios. Varias empresas aéreas y asociaciones de transporte con sede en USA y Canadá interpusieron un recurso de nulidad ante la *High Court of Justice of England and Wales* contra las medidas de transposición de la Directiva 2008/101 adoptadas por el Reino Unido. El TJUE, en el marco de este litigio, se pronunció con carácter prejudicial sobre la validez de la Directiva 2008/101, que extendía el mercado de derechos de emisión de la UE a la aviación y gravaba los vuelos entre aeropuertos europeos y no-europeos (STJUE de 21 de diciembre de 2011, as. *Air Transport Association of America* y otros, C-366/10). El TJUE reconoció la validez de ese sometimiento (no afectaba al principio de igualdad porque se imponía por igual a las empresas europeas o no-europeas que volasen a aeropuertos de la UE).

Sin embargo, como es sabido, a la luz de las fuertes presiones de USA, Rusia y China, la propia UE tuvo que suspender la aplicación del mercado de derechos en la aviación a los vuelos hacia o desde el exterior de la UE. Se limita, de esta forma, el ámbito de aplicación a los vuelos internos dentro de la UE.

Desde el punto de vista territorial, en cuanto a los vuelos, quedan incluidos los vuelos entre aeropuertos de países pertenecientes al EEE (Espacio Económico Europeo) y Suiza (STJUE de 21 de diciembre de 2016, as. *Swiss International Air Lines AG y The Secretary of State for Energy and Climate Change Environment Agency*, C-272/15).

4.3. Configuración del ámbito funcional del mercado: qué son y qué no son las “emisiones” y los “derechos de emisión”

La obligación de respaldo de emisiones con derechos o cuotas de emisión, de una instalación destinada a producir electricidad nace desde la primera emisión de gases de efecto invernadero, a modo de ensayo, antes incluso de que empiece a producir electricidad. Es decir, la obligación no está vinculada al uso que se dé en cada momento al calor resultante de la combustión (STJUE de 28 de julio de 2016, as. *Vattenfall Europe Generation AG y Bundesrepublik Deutschland* C-457/15) si la emisión la hace una instalación de las previstas en la lista (centrales térmicas, siderúrgicas, refinerías, etc.).

Asimismo, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la diferencia entre la liberación de gases a la atmósfera (actividad sometida a la obligación de respaldo) y la transformación química de estos que da lugar a un nuevo producto químico al que quedan fijados y que no conlleva emisiones atmosféricas. De acuerdo con la doctrina del Tribunal, sólo debe considerarse a efectos del mercado las emisiones realmente realizadas y no el dióxido de carbono producido, si no va a parar a la atmósfera (SSTJUE de 28 de febrero de 2018, as. *Trinseo Deutschland* C-577/16; y de 19 de enero de 2017, as. *Schaefer Kalk GmbH & Co. KG y Bundesrepublik Deutschland*, C-460/15).

En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de emisión, aunque la Directiva no ha querido en ningún momento definirla –en buena medida porque son los Estados los que lo pueden hacer en sus normas de transposición- el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de afirmar que estos derechos se asimilan, a efectos fiscales (IVA), a las cesiones y concesiones de derechos de autor, patentes, licencias, marcas de fábrica y comerciales, siempre de acuerdo con el derecho comunitario (art.56.1 a) Directiva 2006/112, de 28 de noviembre, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido) (STJUE de 8 de diciembre de 2016, as. *A y B*, C-453/15); ello, sin perjuicio de las calificaciones –derechos subjetivos, derechos incorporales, etc.- que utilizan algunas leyes de los Estados miembros.

4.4. Problemas de aplicación inicial del mercado: la asignación de derechos

La concreción de los derechos asignados gratuitamente a los operadores económicos sujetos a la Directiva determinó, desde el principio, una notable litigiosidad⁵.

1. Los problemas de cálculo de la asignación gratuita (por el criterio “histórico” o de “grandfathering”): de la mera anulación judicial a la sustitución de la Administración asignante por el Tribunal.

⁵ Cfr., al respecto, CARO-PATÓN CARMONA, I., “La asignación nacional de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: balance de su aplicación y crónica de su muerte”, en VV.AA., *El mercado europeo de derechos de emisión. Balance de su Aplicación desde una Perspectiva Jurídico-Pública (2008-2012)*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 102 y ss; GARCÍA ÁLVAREZ, G., “[Jurisprudencia del Tribunal Supremo: la anulación de asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y otras cuestiones ambientales](#)”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (dir.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2009*, Aranzadi, 2009, págs. 249 y ss.

La previsión general de la asignación de cuotas en los primeros periodos, basada en las emisiones históricas de las diversas instalaciones sometidas a la Directiva, se justificó, como señaló el TJUE, en el intento de atenuar el impacto económico derivado de la introducción inmediata y unilateral del mercado, evitando así una pérdida de competitividad de ciertos sectores productivos (STJUE de 17 de octubre de 2013, as. *Iberdrola*, as. 566/11 y otros; STJUE de 26 de febrero de 2015, SKO-ENERGO, C-43/14).

En el ámbito interno, en los primeros periodos la asignación era de competencia estatal, por lo que los litigios se han producido sobre todo ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Así, el Tribunal Supremo ha desestimado, en ocasiones, la impugnación de las asignaciones cuestionadas por entender que la asignación individual se ajustaba al ordenamiento aplicable (véanse, p. ej., las sentencias de 20 de julio de 2010, de 26 de enero de 2011, o de 26 de junio de 2014).

En otras ocasiones el Tribunal ha anulado parcialmente acuerdos de asignación: así, la STS de 7 de diciembre de 2010 procedió a la anulación parcial del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2007, que aprobó las asignaciones individuales gratuitas de derechos de emisión a las instalaciones incluidas en el Plan Nacional de Asignaciones (PNA) 2008-2012 (en lo relativo a las asignaciones a la empresa recurrente) y diversos preceptos del RD 1030/2007, de 20 de julio y del RD 1402/2007, de 29 de octubre, modificadores de dicho PNA, únicamente en cuestiones relativas a la reducción de las asignaciones al sector eléctrico. En otras ocasiones, el Tribunal ha anulado la asignación individualizada, obligando a la Administración a realizar una nueva asignación, de acuerdo con algún criterio determinado que no tuvo en cuenta en la asignación anulada (SSTS de 29 de diciembre de 2010, 15 de diciembre de 2011 o 9 de octubre de 2013).

Finalmente, no han faltado sentencias en las que el Tribunal ha determinado él mismo la cantidad de derechos que debía asignar gratuitamente el Estado a una determinada instalación, en sustitución de la Administración asignadora (sentencias de 1 y 6 de octubre de 2008, y de 3 de diciembre del mismo año).

2. Sobre los denominados “beneficios inesperados” de las eléctricas (*windfalls profits*)

Durante los periodos anteriores, las eléctricas repercutieron sobre los consumidores el coste de los derechos de emisión recibidos por asignación gratuita en el precio del servicio.

El Gobierno intentó la compensación de esos beneficios inesperados por OM ITC/3315/2007, de 15 de noviembre, *por la que se regula para el año 2006 la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de GEI asignados gratuitamente*. Esta orden fue parcialmente anulada (por excluir de su aplicación las instalaciones de régimen especial) por la SAN de 22 de marzo de 2010. Como consecuencia de la anulación, algunas sentencias posteriores declararon la obligación de la Administración de devolver las cantidades que, en aplicación del precepto anulado de la OM ITC/3315/2007, algunas empresas eléctricas habían abonado a la Administración General del Estado en la parte correspondiente a la minoración aplicada (STS de 2 de junio de 2015).

No obstante, la citada SAN de 22 de marzo de 2010 señala que no habría ningún obstáculo de orden jurídico para que el Estado, en ejercicio de su función regulatoria, obligase a las empresas a la devolución del aumento de la tarifa derivado del valor contable del CO₂ al no haber generado estos derechos ningún coste real a las eléctricas. Precisamente por esa razón, en desarrollo del RD Ley 11/2007, de 7 de diciembre, por el que se detrae de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica el mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, la OM ITC/1722/2009, de 26 de junio, reguló, para el año 2008 y el primer semestre de 2009, la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al mayor ingreso derivado de la asignación gratuita de derechos de emisión de GEI, para evitar los «*windfall profits*», extendiendo así la metodología de la orden ministerial de 2007 al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 30 de junio de 2009. Asimismo, otra Orden - la OM ITC/1721/2009, de 26 de junio, que regula la minoración para 2007- fue parcialmente anulada (art.2.1, 3, 4, 5 y DA.única) por la SAN de 15 de octubre de 2014, al igual que las liquidaciones realizadas a su amparo (STS de 28 de febrero de 2017).

El Tribunal Supremo entiende que la legislación de urgencia citada (esto es, el RD Ley 11/2007 y la OM 1722/2009) no es confiscatoria de derechos económicos ya incorporados a su patrimonio y justifica la restauración del equilibrio, de modo que «lo que gratis se recibió no resulte expropiado pero tampoco pueda aumentar el precio final pagado por los consumidores de energía eléctrica» (SSTS de 12 de diciembre de 2014, 2 de marzo de 2015).

4.5. Problemas actuales del mercado

En este tercer periodo del mercado de emisiones, iniciado en 2013 y que debe finalizar en 2020, se han planteado otros problemas de funcionamiento, resueltos por decisiones judiciales.

1. La reserva de derechos no asignados: su legalidad

A la vista del serio problema de sobreasignación y del consecuente exceso de oferta de derechos de emisión, que convirtió al mecanismo en una técnica inútil durante varios años, la Decisión (UE) 2015/1814, relativa al establecimiento y funcionamiento de una reserva de estabilidad del mercado en el marco del régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión, y por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE, creó una reserva anual de derechos que la Comisión no pone en el mercado, para lograr reducir de forma más rápida el exceso de oferta. Mediante esta reserva, alimentada mediante la retención de un 12% de los derechos (que puede llegar al 24%) que la Comisión tiene que poner en el mercado anualmente, se puede controlar mejor la cantidad de derechos que están en el mercado, de forma que se puede, bien crear escasez, evitando así la devaluación de los derechos, que conllevan la inutilidad del mercado, o bien, en su caso, liberar derechos en situaciones de brotes inflacionistas, contribuyendo de esta manera a ampliar la oferta y moderar los precios. Esta reserva permite, por tanto, influir en el precio del mercado y hacer de este un instrumento útil para los fines ambientales.

La Decisión fue impugnada mediante recurso de anulación por Polonia. El TJUE confirmó la legalidad de la Decisión: “La creación de una REM [reserva de estabilidad del mercado] a la que incorporar temporalmente los derechos de emisión excedentarios era, por consiguiente, una solución adecuada para reducir el número de derechos de emisión sin

suprimirlos. Esta solución ha permitido asimismo, por un lado, tomar en consideración la posibilidad de que el equilibrio del sistema se vea amenazado no solo por un excedente de derechos de emisión, sino también por un déficit de estos, ya que se establece que en tal caso la reserva liberará en el mercado los derechos de emisión incorporados temporalmente a ella, y, por otro lado, reforzar la capacidad de resistencia del RCDE [régimen de comercio de derechos de emisión] frente a acontecimientos de gran alcance que puedan perturbar gravemente el equilibrio entre la oferta y la demanda de derechos de emisión” (STJUE de 21 de junio de 2018, as. *Polonia c. Comisión* C-5/16, n. 174).

2. La compatibilidad de algunos impuestos nacionales con el mercado

Esta compatibilidad se ha podido valorar, tanto desde la perspectiva comunitaria europea (a la vista de la finalidad de la Directiva “mercado”) como desde la perspectiva interna (a la luz del ordenamiento español).

Desde la perspectiva europea, el mercado tiene por objeto estimular las reducciones de emisiones, como señalamos más arriba y ha confirmado la jurisprudencia (n. 3.1). Los impuestos creados por los Estados que frustren dichos objetivos deben entenderse contrarios a la Directiva, tal y como se ha pronunciado el TJUE en sus sentencias de 26 de febrero de 2015, as. *ŠKO ENERGO s.r.o. y Odvolací finanční ředitelství*, C-43/14 y de 12 de abril de 2018, en el as. *PPC Power* C-302/17, respecto de impuestos que gravan la recepción gratuita de derechos o su no-utilización, en cuanto que pueden llegar a neutralizar el objetivo de la Directiva.

Desde la perspectiva del derecho interno, se han podido pronunciar el Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo respecto de algunas normativas autonómicas españolas (directamente o de sus actos de aplicación) que gravan las emisiones de CO₂ por las industrias, pero no excluyen del impuesto las emisiones de empresas sometidas al mercado. El Tribunal Supremo ha confirmado la legalidad de las liquidaciones de algunos impuestos autonómicos a las emisiones de dióxido de carbono, por entender que no son contrarias al mercado de emisiones cuando la asignación es gratuita (la STS de 19 de junio de 2014 confirma la legalidad del impuesto andaluz sobre emisión de gases a la atmósfera, previsto por la Ley andaluza 18/2003, de 29 de diciembre, *por la que se aprueban medidas fiscales y*

administrativas; igualmente, la STS de 18 de julio de 2017 confirma la del impuesto aragonés sobre el daño medioambiental causado por la emisión de contaminantes a la atmósfera, creado por la Ley 13/2005, de 30 de diciembre, *de Medidas Fiscales y Administrativas en materia de Tributos Cedidos y Tributos Propios*.

Y el Tribunal Constitucional ha confirmado recientemente la legalidad del impuesto catalán sobre emisiones de CO₂ de vehículos de tracción mecánica incluido en la Ley Catalana de Cambio Climático. En efecto, la STC 87/2019, de 20 de junio, relativo a la Ley 16/2017, de 1 de agosto, catalana *de Cambio Climático* afirmó el ajuste a la Constitución del denominado “*impuesto sobre las emisiones de dióxido de carbono en los vehículos de tracción mecánica*” creado por esta Ley (arts. 40-50), sobre la base de su compatibilidad con los impuestos estatal y locales existentes, tal como exige el art. 6.2 y 3 de la LOFCA (FJ 19): “(...) el impuesto catalán sobre las emisiones de dióxido de carbono de los vehículos de tracción mecánica no grava el mismo «hecho imponible», en el sentido del art. 6.2 LOFCA, que el impuesto especial sobre determinados medios de transporte. (...) el impuesto autonómico tampoco se solapa, en el sentido del art. 6.3 LOFCA, con el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica”.

3. La validez de los diversos criterios de asignación

- Inadmisibilidad de criterios nacionales de asignación posteriores a 2013 (sólo caben criterios comunitarios)

Respecto de las reglas nacionales de asignación, el Tribunal de Justicia ha confirmado que, desde 2013, solo cabe tener en cuenta las reglas europeas de asignación de derechos de emisión. Así, el TJUE inadmitió o desestimó prácticamente todos los recursos planteados contra la Decisión de asignación o contra los criterios de referencia (p. ej., STPI de 26 de septiembre de 2014, *as. Romonta c. Comisión*, T-614/13). En concreto, la regulación comunitaria no permite asignaciones gratuitas de derechos de emisión adicionales en caso de «dificultades excesivas» de las empresas receptoras, cláusula existente en el derecho alemán pero que habría impedido una asignación gratuita, armonizada y sectorial, de los derechos de emisión, puesto que su admisión habría implicado necesariamente un enfoque individualizado basado en las circunstancias particulares e individuales de cada titular de una explotación (STJUE de 22 de junio de 2016, *as. DK Recycling und Robeisen c. Comisión*, C-540/14).

- Invalidez del factor de corrección intersectorial establecido por la Comisión en la Decisión 2013/448⁶.

En el periodo 2013-2020 el cálculo de las cuotas gratuitas se realiza de acuerdo con las referencias definidas en la Decisión (UE) 2011/278. Tanto algunas de las referencias, como la propia Decisión fueron impugnadas ante el TJUE y son numerosas las resoluciones judiciales que confirman la legalidad de unas y de otra.

La Decisión (UE) 2011/278 se apoya en umbrales o criterios de referencia aprobados por la Comisión para evitar las distorsiones de la concurrencia. Como se trata de estimular la reducción de emisiones, la Decisión justifica que para fijar dichos umbrales *ex ante*, el punto de partida debe ser el promedio de los resultados de las instalaciones que constituyan el 10% de las instalaciones más eficientes de un determinado sector o subsector de la UE en los años 2007 y 2008.

La aplicación de este factor conlleva una reducción a la baja de las asignaciones afectadas, proporcional para todas ellas, de modo que, en su conjunto, no superen el volumen máximo de asignación gratuita, tal como exige la Directiva. Este factor de corrección, basado en la Decisión 2011/278, art.15.3, fue desarrollado por la Decisión 2013/448, cuya nulidad fue reiteradamente declarada por el TJUE (STJUE de 28 de abril de 2016, as. *Borealis Polyolefine GmbH*, C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 -a C-393/14; ATJUE de 14 de julio de 2016, as. *BASF SE* C-456/15; STJUE de 26 de octubre de 2016, as. *Yara Suomi y otros* C-506/14, en relación al artículo 4 y al anexo II). La invalidez del factor de corrección transectorial establecido por la Decisión de 2013 se debió a que infringía la Directiva 2003/87, por interpretar incorrectamente el concepto de emisiones incluidas. Las mismas resoluciones judiciales que declararon inválida la Decisión de 2013 confirmaron la legalidad de la de 2011.

⁶ GALERA RODRIGO, S., “Derecho Climático «in fieri»: la normalización de los procedimientos transnacionales y la progresiva construcción del Derecho Público europeo. El contencioso del Tercer Período de Asignación”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, N.º. 41, 2018, págs. 41-83.

Por razones de seguridad jurídica, la sentencia «Borealis» (STJUE de 28 de abril de 2016) aplaza la eficacia de su fallo anulatorio diez meses desde resolución judicial, para permitir que la Comisión Europea proceda a adoptar las medidas necesarias e impedir que puedan impugnarse las medidas que hasta que termine dicho plazo se hayan adoptado de conformidad con las disposiciones anuladas.

Tras la Decisión 2013/448, el Consejo de Ministros adoptó la decisión final de asignación, por Acuerdo de 15 de noviembre de 2013 (publicada por Resolución de 23 de enero de 2014, de la Dirección General de la Oficina Española del Cambio Climático, que se ha venido reajustando anualmente). Este acuerdo fue igualmente impugnado ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, pero el Tribunal Supremo confirmó reiteradamente su ajuste al ordenamiento jurídico (SSTS de 13, 22, 23, 28 y 29 de marzo de 2017, de 5 y de 6 de abril de 2017, etc.⁷) sobre la base de que los efectos de la Decisión mantenían su validez, de acuerdo con el aplazamiento de los efectos de las resoluciones del TJUE que declaró la invalidez de dicha Decisión de 2013.

Finalmente, la posterior Decisión 2017/126, por la que se modifica la Decisión 2013/448 en lo que se refiere al establecimiento de un factor de corrección uniforme intersectorial con arreglo al art. 10 bis de la Directiva 2003/87, establece un nuevo factor de corrección intersectorial, que sustituye al anulado.

4. El papel de las Comunidades Autónomas en la regulación de la reducción de emisiones (doctrina del TC)

Las Comunidades Autónomas disponen de un amplio poder de control y sanción en ejecución de la Ley 1/2005, *del mercado de Emisiones*, por una parte; de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, *de calidad del aire y protección de la atmósfera*, por otra, y del *Texto Refundido de la de*

⁷ El Tribunal Supremo español planteó una cuestión prejudicial al TJUE por Auto de 2 de junio de 2015 sobre si la Decisión 2013/448 era contraria al art. 296 TFUE y al art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales. El Tribunal resolvió dicha cuestión por Auto de 26 de octubre, que declaró también la invalidez del art. 4 y del anexo II. Cfr., MELCHOR LLOPIS, L., *La asignación de los derechos de emisión. Problemas jurídicos y propuestas de mejora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2018, pág. 78.

la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por RD Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por otra. Sin embargo, no pueden obstaculizar la eficacia de la normativa estatal y de las competencias atribuidas al Gobierno por dichas leyes.

Así ha quedado constatado por la reciente STC 87/2019, de 20 de junio, dictada en el recurso contra la Ley 16/2017, de 1 de agosto, catalana de Cambio Climático. En concreto, declara la incompatibilidad de la determinación de volúmenes máximos de emisión en el territorio: el Alto Tribunal impide a las Comunidades Autónomas que establezcan volúmenes máximos de emisión de gases de efecto invernadero (como establecía el art. 7.3 de la Ley 16/2017). Son muchos los motivos por los que una Comunidad Autónoma –incluso por Ley- no puede imponer estos límites:

El primero es que, al menos en lo que corresponde a los sectores “mercado”, es precisamente el mercado (todos los actores del mercado) el que determina el volumen que se emite en cada instalación y, como consecuencia de la suma de las correspondientes instalaciones, en cada territorio. Lo importante para el mercado no es la territorialización de las emisiones sino el respaldo con derechos de emisión, de tal manera que lo único que impone es que los emisores cuenten con los correspondientes derechos. De esta forma, puede haber países que – legítimamente- emitan por encima de las proyecciones previstas por la UE para ese territorio.

Por lo tanto, cualquier imposición limitadora de emisiones de CO2 en el sector mercado (sea individual o sea territorial) sería contraria a los objetivos de la Directiva 2003/87 y a las propias previsiones de la Ley 1/2005. Así lo señala la STC 87/2019 (FJ 8º):

“esos agentes contaminantes pueden seguir operando incluso por encima de la cantidad total asignada a España para su subasta, siempre que entreguen un número de derechos de emisión equivalente al de las emisiones verificadas (art. 27.2). Por esta razón, la autorización de emisiones de la Ley 1/2005 tiene carácter reglado si se cumplen las condiciones técnicas exigidas («se otorgará», dice el art. 4.2) y la instalación o actividad sujeta a la Ley 1/2005 podrá seguir funcionando mientras adquiera y entregue a la administración los correspondientes «derechos de emisión», sin que la vigencia de esa autorización quede condicionada a un volumen de emisiones determinado en la citada autorización ni, mucho menos, a la cantidad global de emisiones producida por el conjunto de la economía española o de una de sus regiones”.

Pero además de lo anterior, en los sectores “no mercado”, las emisiones industriales están limitadas por los Valores Límite de Emisión (VLE), fijados por el Estado y, en su caso, por las Comunidades Autónomas (que pueden ser más estrictas que aquél), que son los límites obligatorios que deben cumplir las instalaciones, según la legislación básica estatal; el establecimiento de limitaciones que desvirtuasen estos VLE sería contrario a la legislación ambiental básica y a los derechos de los titulares de las instalaciones:

“Las normas estatales citadas preservan el derecho a ejercer actividades económicas contaminantes mientras la instalación sujeta no supere las cantidades máximas permitidas de sustancias contaminantes contenidas en las emisiones, medidas en el foco de origen («valores límite de emisión»), ni se sobrepasen –en general– los niveles de concentración de sustancias contaminantes en la atmósfera («objetivos de calidad del aire») de acuerdo con las mediciones efectuadas en las estaciones distribuidas por el territorio. Por el contrario, la ley impugnada habilita a la Comunidad Autónoma para prohibir emisiones por encima de una cantidad «presupuestada» y «permitida» por ella, aunque la instalación cuente con las mejores técnicas disponibles, no supere los valores límite de emisión y no pueda «demostrarse» (art. 13.5 de la Ley de calidad del aire y protección de la atmósfera) que sus emisiones suponen sobrepasar los objetivos de calidad del aire previamente definidos” (FJ 8°).

Por otra parte, la sentencia declara la imposibilidad, para las Comunidades Autónomas, de regular los ingresos de las subastas de derechos de emisión.

El FJ 8° (D) recuerda que una Comunidad Autónoma no puede territorializar los ingresos de las subastas porque eso corresponde al Estado que, de acuerdo con lo previsto en la Ley de presupuestos de 2012, es el competente y el obligado a hacerlo.

Además, como señala el FJ 15, el Estado goza de la soberanía presupuestaria y no pueden las leyes autonómicas regular la afectación de los gastos estatales ni siquiera aunque implícitamente se entienda que tiene que haber una previa decisión estatal.

5. CONCLUSIONES

La novedad y gravedad de la crisis climática exige la aplicación de técnicas jurídico-públicas experimentales para luchar contra el cambio climático. La manifestación más clara de esta experimentación ha sido el mercado europeo de derechos de emisión, como técnica marco de otras. Como tal técnica novedosa, está siendo paulatinamente configurada, no solo por las normas europeas e internas, sino también, en gran medida, por la jurisprudencia, tanto comunitaria como interna.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CARO-PATÓN CARMONA, I., “La asignación nacional de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: balance de su aplicación y crónica de su muerte”, en VV.AA., *El mercado europeo de derechos de emisión. Balance de su Aplicación desde una Perspectiva Jurídico-Pública (2008-2012)*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- CHENEVIÈRE, C., *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, Bruylant, Bruxelles 2018.
- GALERA RODRIGO, S., “Derecho Climático «in fieri»: la normalización de los procedimientos transnacionales y la progresiva construcción del Derecho Público europeo. El contencioso del Tercer Período de Asignación”, *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n.º. 41, 2018, págs. 41-83.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G., “Jurisprudencia del Tribunal Supremo: la anulación de asignaciones individuales de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y otras cuestiones ambientales”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (dir.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2009*, Aranzadi, 2009, págs. 249 ss. Disponible en: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2010/03/07_OPAM-09.pdf#page=249 (Fecha de último acceso 30-06-2020)
- MELCHOR LLOPIS, L., *La asignación de los derechos de emisión. Problemas jurídicos y propuestas de mejora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2018.
- SANZ RUBIALES, Í., “El principio de igualdad en el mercado de emisiones: jurisdicción europea y jurisdicción interna (sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 16

- de diciembre de 2008, As. C-127/07, Arcelor)”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 311 (2010).
- “Cambio climático y derechos de emisión”, en VV.AA. (coord. B. LOZANO CUTANDA), *Medio Ambiente*, Memento Práctico Francis Lefevre 2019-2020, Madrid 2018, 759-788.

III. Litigios climáticos: estudio panorámico. Hacia una « climatización » progresiva del derecho ante el juez

Marta Torre-Schaub

Senior Professor Researcher at Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

ISJPS-CNRS UMR 8103

Directora de la Red de Investigadores CLIMALEX

RESUMEN:

Los litigios climáticos son un fenómeno nuevo, original e inédito en el derecho. Este tipo de recursos en justicia climática se ha expandido de forma espectacular por Europa y el resto del mundo desde el año 2015 cuando el célebre asunto Urgenda dará un vuelco a la situación y pondrá este tipo de proceso a la punta de los estudios ambientales. Este artículo propone un estudio comparado, analítico y crítico de la multiplicación de recursos climáticos. El interés por su estudio es plural: estos recursos suponen un aporte al edificio de la construcción de un derecho climático, a la vez que permiten ver ciertas evoluciones positivas del derecho ambiental más general. Al mismo tiempo, estos nuevos recursos ponen de manifiesto la necesidad de plantearse la institución de la responsabilidad bajo un prisma más flexible y dinámico, así como de una manera general, las reglas mismas del proceso ambiental.

ABSTRACT:

Climate litigation is a new phenomenon, original and unpublished in law. This type of climate justice resources has expanded dramatically throughout Europe and the rest of the world since 2015 when the celebrated Urgenda affair will turn the situation around and put this type of process at the forefront of environmental studies. This article proposes a comparative, analytical and critical study of the multiplication of climatic resources. The interest in their study is plural: these resources represent a contribution to the building of the construction of a climatic law, at the same time that they allow us to see certain positive developments in the more general environmental law. At the same time, these new resources highlight the need to consider the institution of responsibility under a more flexible and dynamic prism, as well as in a general way, the very rules of the environmental process.

PALABRAS CLAVE: Litigios climáticos; Proceso ambiental; Acuerdo de París; Responsabilidad; Informe científico; Prueba; Principio de precaución; Vulnerabilidad; Perjuicio; Nexo causal

KEYWORDS: Climate Change litigation; Environmental lawsuits; Paris Agreement; Liability; Scientific report; Evidence; Precautionary principle; Vulnerability; Harm; Causal link

SUMARIO

1. Los litigios climáticos : una herramienta para la construcción de un derecho de la transición baja en carbono.....	91
1.1. Un medio para impulsar políticas climáticas más ambiciosas.....	91
1.2. Los retos procesales y jurídicos de los litigios climáticos.....	94
2. Los litigios climáticos como vía de « climatización » del derecho.....	99
3. Los litigios climáticos como herramienta para la implementación de los derechos humanos y fundamentales.....	104

El 25 de junio de 2015 marca un antes y un después en la aceptación de « una responsabilidad climática » del Estado y de la existencia de un « deber de diligencia climática ». Revolución judicial o evolución virtuosa del derecho ? Esta es la pregunta a la que esta contribución tiene por objeto responder a través de una visión panorámica de estos litigios a través del tiempo y a lo ancho y largo del mundo¹.

El 25 de junio de 2015 el tribunal de primera instancia de La Haya emitió un fallo a favor de una ONG llamada « Urgenda » por el que se afirmaba que el Estado neerlandés es responsable ante los ciudadanos por no haber cursado diligencia suficiente en la lucha contra el cambio climático. Esta decisión considerada a la vez « histórica » pero también altamente

¹ Esta contribución recoge aspectos presentados en nuestro reciente informe para el Ministerio de Justicia Mission Droit et Justice, M. Torre-Schaub (dir), « [Les dynamiques du contentieux climatique, usages et mobilisations du droit pour la cause climatique](#) », publicado el 30 de enero y en M. Torre-Schaub , “Climate Change litigation in France”, in Climate Change Litigation, Comparative and International perspectives, I. Alogna, C. Bakker, J.-P. Gauci (dir.), Oxford, Brill, 2020, pp. 26-40.

« política » y « simbólica », será afirmada ante la Corte de apelación (en una sentencia del 9 de octubre de 2018) y para clausurar el asunto, el 20 de diciembre pasado en una sentencia dictada por el Tribunal Supremo, en una decisión ya considerada única en el mundo a la par que irrevocable.

Este tipo de proceso climático es un fenómeno nuevo, original e inédito y se ha expandido de forma espectacular por Europa y el resto del mundo desde entonces. Este artículo propone un estudio comparado, analítico y crítico de esta multiplicación de recursos climáticos. Su interés es plural: estos recursos suponen un aporte al edificio de la construcción de un derecho climático, a la vez que permiten ver ciertas evoluciones positivas del derecho ambiental más general. Al mismo tiempo, estos nuevos recursos ponen de manifiesto la necesidad de plantearse la institución de la responsabilidad bajo un prisma más flexible y dinámico, así como de una manera general, las reglas mismas del proceso ambiental.

En realidad, los primeros litigios climáticos surgen ya en la primera década de los 2000, en Estados Unidos y Australia². Pero no es hasta el 2015, con el famoso asunto Urgenda, cuando se empezara a considerar un objeto de estudio doctrinal en Europa. Desde el 2015 estos litigios se han multiplicado, suscitando un interés creciente por parte de la doctrina, a la vez que cierta fascinación por parte de la sociedad civil.

² Mary Robinson Foundation for Climate Justice, “[Principles of Climate Justice](#)”, (2017),
; United Nations Environment Program, *The Status of Climate Change Litigation: A Global Review* (2017) ;
D. Markell & J.B. Ruhl, “An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or
Business as Usual?” (2012) 64 FLA. L. Rev. 15 (2012) ; E. Fisher, “Climate Change Litigation, Obsession and
Expertise: Reflecting on the Scholarly Response to Massachusetts v. EPA” (2013) 35:3 Law & Policy 236 ; S.
Varvaštian, “Climate Change Litigation, Liability and Global Climate Governance – Can Judicial Policy-making
Become a Game-changer?” Berlin Conference “Transformative Global Climate Governance après Paris” 2016 ;
M. Torre-Schaub, « La justice climatique. À propos du jugement de la Cour de district de la Haye du 24 juin
2015 », RIDC, n° 3, 2016, p. 672-693 et « [Les procès climatiques gagnent la France : quatre initiatives à suivre
de près](#) », *The Conversation*, 10 janvier 2019, ; Ver tambien M. Torre-Schaub (dir) *Rapport final issu de la
recherche soutenue par la Mission Droit et Justice Les Dynamiques du contentieux climatique, usages et
mobilisations du droit pour la cause climatique (2017-2019)* ; y M. Torre-Schaub (dir), *Les dynamiques du
contentieux climatique en France et dans le monde, Actes du Colloque du 11 juin Université Paris 1, Paris,
Mare & Martin, junio 2020.*

Estos litigios son testigo de una tendencia hacia la gobernanza climática policéntrica que ya no se limita solo al marco de las negociaciones internacionales de la ONU³. De hecho, la lucha contra el cambio climático ya no se realiza solamente en el ámbito internacional, y el nivel nacional y local se están convirtiendo en un marco cada vez más favorable y efectivo para combatir dicho fenómeno, utilizando para ello herramientas legales. En este contexto en clara y constante evolución, los tribunales no pueden ser una excepción a esta ampliación de los lugares de discusión de « nuevos modos de gobernanza climática ».

Por otro lado, la tendencia a « judicializar » cuestiones relacionadas con el medio ambiente o la salud humana, no es nueva y tampoco es exclusiva del cambio climático. Los litigios relacionados con el tabaco, el amianto, los pesticidas, dan testimonio de esta evolución del derecho que consiste en presentar ante un tribunal las causas y preguntas a las que no se encuentra una solución satisfactoria en la ley, la regulación o el derecho internacional. Esta forma de abordar la lucha contra el cambio climático, que es más colaborativa, ya que implica nuevas alianzas entre actores (ONG, ciudadanos, autoridades locales), sin embargo, muestra un aspecto "patológico" de la ley climática: ya sea su ausencia, ya sea su insuficiencia o, en general, su incapacidad a luchar contra el cambio climático. Para llenar estos vacíos o responder a las crecientes demandas de la sociedad civil, se está llevando a cabo un cambio de paradigma a través de los tribunales para cristalizar un « derecho de acceso a la justicia en asuntos climáticos »⁴.

Varias definiciones posibles de la noción misma de « litigios climáticos » coexisten. La más amplia es aquella que incluye « cualquier remedio en el que su objeto, de *facto* o de *jure*, esté vinculado al cambio climático⁵ ». Retendremos aquí una definición más limitada por la cual « el cambio climático es objeto de una apelación directa o se utiliza como argumento central en un proceso⁶ ».

³ L. Fournier, The cost of inaction. The role of Courts in Climate Change Litigation, Mémoire de LLM, 2017, University d'Edimbourg

⁴ Ver nuestro informe « Les dynamiques du contentieux climatique » citado supra.

⁵ D. Markell & J.-B. Ruhl, cit, p. 27 y s.

⁶ M. Torre-Schaub, « Le contentieux climatique : quels apports au droit de l'environnement ? ou comment faire du neuf avec de l'ancien », Dr Env, n° 263, janvier 2018, p.p. 6-13

Los litigios climáticos son principalmente nacionales y tienen por objeto principal el de oponerse a las políticas climáticas de los Estados o de las empresas, ya sea por considerarse insuficientes o poco ambiciosas, ya sea por no adaptarse estas a los objetivos del Acuerdo de París⁷.

Podemos también observar que estos litigios movilizan múltiples actores: ONG, individuos, ciudades, fundaciones. Nuestro estudio se centrará en particular en aquellos recursos y fallos relacionados con la responsabilidad climática⁸. Nos centraremos en la administración pública y en el reconocimiento de un derecho climático más efectivo⁹.

Desde principios de la década de 2000 y de modo simultáneo a los primeros litigios climáticos en Australia y los Estados Unidos, varios comentaristas han llevado a cabo estudios que tienden a describirlos con el fin de comprender mejor sus mecanismos y también de elaborar una tipología¹⁰. Esta "primera ola" de disputas climáticas y la doctrina generada, ayudaron a comprender mejor los avances del derecho en este ámbito al tiempo que señalaban las dificultades a las que se enfrentaban dichos litigios.

La « segunda ola » de litigios, alrededor de 2015, marca un progreso considerable con el caso Urgenda¹¹ ya citado en los Países Bajos, en el que el estado holandés será condenado por falta de diligencia climática y sobre la base de la existencia de un obligación climática. Pero si este éxito de los demandantes creó una euforia sin precedentes y, si ciertos obstáculos parecían superarse, especialmente en términos de prueba y de nexo causal, el hecho es que desde esta decisión, muy pocos han tenido el mismo éxito. Las diversas ONG continuaron sobre la base de este éxito a interponer recursos climáticos utilizando los mismos argumentos

⁷ M. Torre-Schaub (dir), *Droit et Changement climatique. Comment répondre à l'urgence climatique ? Regards interdisciplinaires*, Paris Mare & Martin, avril 2020.

⁸ M. Torre-Schaub, L. D'Ambrosio et B. Lormeteau (dir), *Changement climatique et Responsabilité, quelles normativités ?*, Dossier Spécial, Revue Environment, Energie, Infrastructures, 2018

⁹ M. Torre-Schaub et B. Lormeteau, « Aspects juridiques du changement climatique : de la Justice climatique à l'urgence climatique », Etude, Revue La Semaine Juridique, JCP-édition Générale, Décembre 2019

¹⁰ J. Smith & D. Shearman, *Climate Change Litigation*, Presidian, Australia, 2006 ; Ver nuestro informe M. Torre-Schaub (dir), « Les dynamiques du contentieux climatique »... citado supra

¹¹ Urgenda Fondation c. l'État des Pays-Bas, Rechtbank Den Haag, C/09/456689/ HA ZA 13-1396, 24/06/2015

que habían funcionado en los Países Bajos pero que no son necesariamente transferibles a otros países. Sin embargo, la decisión de apelación de Urgenda de 2018¹², también encontró un éxito espectacular ya que el gobierno nuevamente se vio obligado a legislar de manera más ambiciosa y a aumentar sus objetivos de reducción de GEI. En esta segunda decisión, a los argumentos ya presentados en la primera instancia, se agregaron argumentos basados en los derechos humanos.

Además de estas diferentes oleadas de litigios, podemos observar otro tipo de litigios climáticos, más modesto y mucho menos publicitado, pero no menos importante para el avance del derecho ambiental y de la protección del clima. Nos referimos aquí a las disputas que, debido a la falta de estudios de impacto sobre el tema de las emisiones de CO₂, han permitido extender el derecho ambiental al tema climático y así « climatizar » el derecho en general.

Este artículo tiene por objeto estudiar estos recientes desarrollos y las diferentes etapas, organizándose en torno a tres puntos que resumen el estado actual de los litigios climáticos¹³ : Primero examinaremos las disputas como una herramienta para la construcción de la transición energética y climática (I), para luego examinar los litigios como un medio de « climatizar » los derechos y leyes ya existentes (II) para terminar con la exposición de la última tendencia en estos litigios que utiliza como herramienta principal los derechos humanos y fundamentales (III).

¹² Pays Bas c. Urgenda 9 oct 2018, Cour d'appel de La Haye ; M. Torre-Schaub, « La justice climatique. À propos du jugement de la Cour de district de la Haye du 24 juin 2015 cit. p. 675 et s. ; M. Torre-Schaub, « L'affirmation d'une justice climatique au prétoire (quelques propos sur le jugement de la cour du district de La Haye du 24 juin 2015) », Revue québécoise de droit international, Vol. 29, 2016, p. 161-183 ; J. Lin, « The First Successful Climate Negligence Case: A Comment on Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands », Climate Law, Vol. 5, 2015, p. 65-81 ; J. K. De Graaf and J. H. Jans, "The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change", J. Environmental Law, 27 (3), 2015, p. 517-527; J. Van Zeven, « Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation : Will Urgenda Turn the Tide ? », Transnational Environmental Law, Vol. 4, 2015, p. 339-357 ; R. Cox, « A Climate Change Litigation Precedent: Urgenda Foundation v. the State of the Netherlands », Journal of Energy and Natural Resources Law, Vol. 34, 2016, p. 143-163

¹³ M. Torre-Schaub, « Les contentieux climatiques à l'étranger. Etude comparée », Revue française de droit administratif, Julio-Agosto 2019, p.p. 660-667.

1. LOS LITIGIOS CLIMÁTICOS: UNA HERRAMIENTA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN DERECHO DE LA TRANSICIÓN BAJA EN CARBONO

La gran mayoría de los recursos interpuestos sobre cambio climático tienen su base en leyes o reglamentos, alegando en sus fundamentos la insuficiencia de dichos textos. Este tipo de litigio se centra en la interpretación de las leyes ya existentes con el fin de adaptarlas de modo más adecuado a la transición baja en carbono. Estos recursos tienen por ambición la de impulsar las políticas públicas hacia una transición baja en carbono (1). No obstante, su porcentaje de éxito es aún muy bajo en relación con el número de recursos interpuestos. Ello muestra que estos litigios no están exentos de dificultades (2).

1.1. Un medio para impulsar políticas climáticas más ambiciosas

Podemos distinguir varios tipos de litigios. Retendremos aquí las acciones destinadas a cuestionar las políticas climáticas nacionales y, en general, la demanda de políticas climáticas más ambiciosas.

Si tuviéramos que hacer una tipología de los diferentes recursos, hay, en primer lugar, lo que se llama disputas "emblemáticas", porque no solo tuvieron éxito, sino que fueron muy mediatizadas y también señaladas como símbolos de esperanza. Este tipo de litigio suele servir de modelo a otros. Un segundo grupo de disputas se refiere a aquellas que piden regulaciones efectivas en el campo de las energías renovables y de la eficiencia energética.

En aras de una mejor síntesis, nos limitaremos aquí a un examen crítico de los procesos climáticos que pertenecen al primer grupo. Expondremos los argumentos más influyentes e innovadores. En este grupo, es necesario operar una subdivisión: en primer lugar los que tuvieron lugar a principios de los años 2000 en los Estados Unidos para alentar al gobierno a regular los GEI¹⁴, porque la cuestión no estaba regulada en absoluto. Y en segundo lugar los que tuvieron lugar en el perímetro cronológico y político de la COP 21. En este grupo se incluyen los recursos que tienen por objeto el de impulsar políticas climáticas más ambiciosas en países que ya tienen regulaciones climáticas.

¹⁴ Gases de efecto invernadero, GEI a partir de aquí.

Pertenece a la primera categoría el asunto *General Motors*¹⁵, en el que una demanda contra los límites de emisiones de GEI por parte de los concesionarios de automóviles llevó al tribunal a aplicar estándares basados en un análisis exhaustivo de la ciencia que vincula el cambio climático con las emisiones de GEI. Los Estados y los grupos ambientalistas convencieron a la Corte Suprema de los EE. UU de que el CO2 era un contaminante según la definición recogida en la Ley de Aire Limpio (CAA), que requiere que la EPA¹⁶ determine si las emisiones comprometen la salud y el bienestar público. En última instancia, esto llevó a la adopción de límites de emisión para vehículos motores y, más tarde, a la promulgación de límites para las centrales eléctricas como parte del Plan de Energía Limpia.

El segundo grupo de decisiones comprende aquellas que explícitamente desafían las políticas insuficientes. Debemos aquí citar la bien conocida decisión *Urgenda*. Se recordará que esta decisión está en línea con el litigio considerado "progresivo". Estos son litigios en los que el hecho de que el juez decida sobre un tema que ha sido poco o nada contemplado por el poder legislativo o el ejecutivo permite re-equilibrar los poderes (judicial, ejecutivo y legislativo) y aportar por tanto soluciones a un problema que ha sido poco considerado por los otros poderes.

No obstante, la línea que no debe cruzarse es fina y en el caso de *Urgenda*, los jueces holandeses no pudieron ir demasiado lejos en su "activismo judicial" arriesgando de haberlo hecho comprometer el papel del Estado holandés en las negociaciones del Acuerdo de París. Esta es la razón por la cual su poder de mandato fue en última instancia bastante limitado y la decisión se consideró más simbólica que efectiva jurídicamente. En esta decisión, el juez instó al gobierno holandés a hacer más y mejor en las políticas climáticas y le obligó a aumentar sus objetivos en términos de reducción de emisiones en vistas al 2025, 2030 y 2050. Si no podemos medir exactamente el impacto de esta decisión en términos de regulaciones más ambiciosas en los Países Bajos, su influencia en el resto del mundo es segura ya que ha inspirado otras acciones similares en muchos otros países. Citemos así la decisión *Klimaatzaak*¹⁷ en Bélgica la decisión de los *Ancianos por el clima* en Suiza¹⁸, la decisión de

¹⁵ California v General Motors Corp., No. C06-05755 MJJ slip op., 2007 WL 2726871

¹⁶ Environmental Protection Agency

¹⁷ ABSL Klimaatzaak c. Royaume de Belgique, Cours de Cassation, 20 de avril 2018

¹⁸ L'Union of Swiss Senior Women for Climate Protection c. Swiss Federal Council, Swiss Federal

*Greenpeace Noruega*¹⁹, el *affaire du siècle* en Francia²⁰, el *Irish Climate Case* o el *Caso británico* y la acción por venir *Giudizio Universale* en Italia.

Mencionemos también el éxito de la decisión *Leghari* en Pakistán²¹ en la que el Tribunal Superior de Lahore falló a favor del peticionario Ashgar Leghari, un agricultor que demandó al gobierno por no respetar el marco de la política climática nacional de 2012, en particular sus medidas de adaptación. La Corte cita los principios legales nacionales e internacionales para determinar que la demora y el letargo del Estado en la implementación de un marco legislativo apropiado justifica que se ordene a los ministerios que designen a un representante responsable de la cuestión del cambio climático para garantizar su implementación. Los jueces también solicitaron la creación de una comisión de cambio climático. Por su parte, en el caso de Colombia del 5 de abril de 2018²², la Corte Suprema de Bogotá instó al gobierno a desarrollar un pacto transgeneracional entre las poblaciones indígenas que residen en la Amazonía colombiana, las comunidades locales y la sociedad civil así como los jóvenes demandantes, en nombre de las generaciones presentes y futuras, con el fin de preservar la selva amazónica, ya que son « los reguladores pulmonares del sistema climático del planeta »²³.

No obstante, el éxito encontrado en algunos de los casos citados, otros muchos no siguieron la misma suerte. Citemos así el recientemente rechazo del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en el caso *People's Climate Case*²⁴ o el caso *Juliana Our Children's Trust* en los Estados Unidos. Diversas dificultades puestas de manifiesto en los litigios que no prosperaron muestran que las disputas climáticas están lejos de ser capaces de desarrollarse

Administrative Court, 27 de Nov 2018

¹⁹ Nature and Youth et Greenpeace c. The Government of Norway represented by the Ministry of Petroleum and Energy, Oslo District Court, 4 de Enero 2018

²⁰ [Presentacion de la demanda ante el Tribunal administratif de Paris el 14 mars 2019](#)

²¹ Leghari v Republic of Pakistan (2015) W.P. No. 25501/2015

²² [Corte Suprema Colombia 5 avr 2018, sala de casacion civil, STC4360-2018](#) ; M. Torre-Schaub, « La protection du climat et des générations futures au travers des « droits de la nature » : l'émergence d'un droit constitutionnel au « buen vivir » Commentario de Corte Suprema de Colombia 5 avril 2018, Revue Droit de l'Environnement, n° 267, Mayo 2018, p.p. 171-177

²³ Corte Suprema Colombia 5 avr 2018, sala de casacion civil, STC4360-2018 cit.

²⁴ *Armando Ferrão Carvalho et Al c. parlement européen et le Conseil, Trib 1ère Instance UE, 22 Mai 2019*

de manera homogénea en los diferentes países y que no es necesariamente útil o pertinente "transponer" un tipo de recurso a otro país porque no existe un « modelo » de litigio climático. Por ello y aunque este tipo de recurso cumple claramente un papel para intentar fortalecer las políticas climáticas gubernamentales, conviene conocer bien los obstáculos que hay que salvaguardar. En efecto, solo conociendo estas dificultades se podrá ayudar a un mejor planteamiento procesal y jurisprudencial de estos litigios.

1.2. Los retos procesales y jurídicos de los litigios climáticos

Las disputas climáticas presentan indudablemente un gran interés tanto para la lucha contra el cambio climático como para la puesta en funcionamiento de las bases legales de la transición energética, lo que explica su creciente éxito. No obstante, también presentan ciertas dificultades que explican el bajo número de decisiones favorables y por tanto ponen en riesgo un éxito generalizado de este tipo de litigio.

Una primera dificultad, casi estructural, se ha convertido, paradójicamente, en la razón de ser de estos remedios. Es en efecto muy difícil entablar disputas entre Estados en el ámbito internacional sobre el cambio climático. La preferencia de los Estados por métodos no contenciosos y por mecanismos de cumplimiento internacional de débil grado de obligatoriedad en muchos tratados ambientales, la base jurisdiccional limitada de los tribunales internacionales, obstaculizan las posibilidades de éxito de este tipo de litigio en el plano del derecho internacional. Además, dado que ni la CMNUCC ni el Acuerdo de París establecen un mecanismo obligatorio de solución de controversias, solo las Partes que han aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia están obligados por él. En general, debido a las dificultades encontradas para alegar la inacción frente al cambio climático a nivel internacional, los actores recurren preferentemente a los litigios nacionales, lo que permitió desactivar el conflicto entre los Estados al tiempo que proporciona un acceso efectivo a la justicia.

Otros obstáculos limitan el éxito generalizado de este tipo de acción legal, a pesar de la creciente cobertura de los medios de comunicación desplegada por las ONG militantes. Uno es el de la separación de poderes ya evocado anteriormente. Las primeras disputas climáticas en los países con el sistema de la *Common Law* encontraron dificultades relacionadas con la cuestión de si era el juez quien decidía sobre asuntos climáticos o si era una cuestión política

que debía ser decidida por los poderes ejecutivo y legislativo²⁵. Una forma de determinar si el poder judicial tiene las herramientas y estándares para decidir casos complejos es el concepto de la « doctrina de la cuestión política », desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos y adoptada en algunos otros sistemas legales. Esta doctrina requiere que el poder judicial no interfiera con asuntos legales que se adapten mejor a las ramas electas del gobierno.

En este contexto, la articulación moderna de esta doctrina fue adoptada en *Baker v. Carr*²⁶ en 1962, donde el juez describió seis situaciones que impedían que un recurso fuera viable. En el caso de los casos climáticos, los tribunales han llegado a diferentes soluciones dependiendo de factores relacionados con cuestiones de conveniencia, evidencia y el tema mismo de la solicitud. Así, por ejemplo, en uno de los primeros casos climáticos, *Connecticut v. Electric Power* de 2009, el Tribunal de Apelación del segundo circuito determinó que la solicitud era en realidad justiciable, después de una aplicación exhaustiva de la sentencia *Baker*. El Tribunal Supremo estuvo de acuerdo con esta solución e, incluso si rechazó la solicitud por otros motivos, no revocó las conclusiones del Tribunal de Apelación sobre la justiciabilidad y la doctrina de la cuestión política.

Sin embargo, al igual que las decisiones judiciales en Connecticut, el tribunal desestimó la solicitud en *Kivalina* debido a los factores de Baker, lo que generó preocupaciones sobre el hecho de que resolver el asunto desplazaría al poder judicial más allá de su área de competencia. Como recordatorio, el caso *Kivalina*²⁷ fue llevado en 2008 a un tribunal de California contra las compañías petroleras por los daños causados por el cambio climático a los habitantes de Alaska. La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito escuchó el caso, antes de llegar finalmente a la Corte Suprema en 2012 y la discusión se centró principalmente en la separación de poderes. En el asunto *Juliana*²⁸ actualmente en curso, el tema se discutió en detalle en audiencias preliminares durante las cuales el juez concluyó que el tema político y la separación de poderes no deberían constituir un obstáculo para la judicialización del cambio climático.

²⁵ A. Scalia, “The Doctrine of Standing as an essential element of the Separation of Powers” (1983) 17 *Suffolk UL Rev*

²⁶ L. Fournier cit, p. 20 et s.

²⁷ *Native village of Kivalina v ExxonMobil* 696 F 3d 849 at 11657 (9th Cir 2012)

²⁸ *Juliana v. United States*, No. 6:15-CV-01517-TC, 2016 WL 6661146

Además de esta dificultad, la calidad de la acción también podría limitar un cierto número de litigios climáticos. En las jurisdicciones que requieren que los demandantes demuestren que han sufrido o sufrirán un daño "particular" causado por la acción o inacción ilegal del acusado, es difícil demostrar que el hecho de que el gobierno no legisle sobre el cambio climático afecta al denunciante. Las jurisdicciones que aplican criterios que autorizan demandas de compensación basadas en lesiones al público facilitan a los demandantes la viabilidad de la demanda. La Sección 3 de la Constitución de los Estados Unidos se ha interpretado como una concesión permanente a los demandantes si y solo si demuestran: un perjuicio concreto, específico y real o inminente; un vínculo causal que "pruebe suficientemente" el daño causado por el comportamiento del acusado y la posibilidad de reparación. La mayoría de las demandas climáticas han sido desestimadas por una de estas tres razones.

En el asunto *Massachusetts*²⁹, se hicieron progresos notables desde que la Corte Suprema reconoció que efectivamente había "un riesgo inminente" de peligro y, por lo tanto, daños reales debido a la falta de regulación por parte de la Agencia de Protección Ambiental (EPA) sobre el cambio climático. Se retuvo esto como la causa y el efecto relacionado que fue reparable. El tribunal ordenó a la agencia gubernamental que regulara el CO₂. En el caso de *Stivak*³⁰, el Tribunal no falló a favor de los solicitantes, basando su decisión en la falta de justiciabilidad parcial, explicando que "si no es el papel del poder judicial cuestionar la sabiduría de la legislatura [porque] la constitución del Estado no establece la responsabilidad del Estado por el cambio climático, debe ser implementada por el legislador y no por el poder judicial ... pero el departamento de medio ambiente debe regular y su papel es "respetar" la ley y no abdicar ". Como resultado de esta sentencia, el gobernador decretó que la EPA debía adoptar un plan de mitigación. En el caso de *Foster*³¹, el juez consideró que tenía plena competencia para escuchar el caso que se le solicitó, sobre todo porque el Departamento de Ecología no había regulado debidamente las emisiones de CO₂, y esto incluso " en vísperas de la COP 21 que se celebraría en París³².

²⁹ *Massachusetts v EPA*, 549 US 497 (2007) at 517-521; M. Torre-Schaub, « Le changement climatique au prétoire », *RIDC*, 2007, p. 686

³⁰ *Adora Stivak et al v State of Washington*, (2013) 69710-2 Washington Court of Appeals at 4-5

³¹ *Zoe and Stella Foster et al v Washington Department of Ecology*, No. 14-2-25295-1 SEA

³² *Zoe and Stella Foster* cit. § 25 et s.

En el caso de *Juliana*, el juez consideró que el papel del juez era lograr un equilibrio entre los tres poderes y que no debería abstenerse de temer pronunciarse sobre una cuestión "política". Pero agregó que no es porque el legislador no ha legislado que el juez debería llenar un vacío y que el juez que conociera del caso debería tener cuidado de no violar la separación de poderes.

Otra dificultad reside en la cuestión de la capacidad para actuar. La prueba de quien tiene capacidad para comparecer ante los tribunales federales de los Estados Unidos puede contrastarse con el enfoque adoptado por los tribunales australianos, que han sostenido, por ejemplo, que varios denunciante que se opusieron a obtener una licencia para una nueva central eléctrica tenían capacidad para actuar debido al aumento adicional de las emisiones de GEI³³.

En cuanto al acceso a la justicia, cabe destacar la posibilidad de acceso a los tribunales para las ONG y los ciudadanos en Europa, abierta por el artículo 9 de la Convención de Aarhus que impone a los legisladores nacionales un nivel mínimo de acceso a la justicia. Un claro ejemplo es el caso *Urgenda* ya citado, en el que el Tribunal de Primera Instancia de La Haya había aceptado la doctrina del "litigio progresivo", a saber, la idea de que los tribunales tienen un papel importante que desempeñar en la acción regulatoria para ayudar a avanzar la ley en la lucha contra el cambio climático³⁴. El tribunal concluyó que la decisión era totalmente de su competencia.

La demostración del interés de las asociaciones se realiza esencialmente con respecto a sus estatutos. Por ejemplo, las asociaciones *Urgenda* en los Países Bajos, *Klimatzaak* en Bélgica, los *Ancianos por el clima* en Suiza, la *Fundación Hulot* en Francia e incluso *Greenpeace Francia* han optado por defender un interés colectivo. Esto tiene la ventaja de no tener que ser individualizado, ya que es suficiente que la asociación demuestre que la protección de este interés está prevista en sus estatutos.

³³ J. Smith & D. Shearman cit, p.p. 55 et s

³⁴ L. Fournier cit. p. 26 et s.

En cuanto a la factibilidad de la reparación, la mayoría de los litigios climáticos contra el Estado buscan meramente un juicio declarativo sobre la ilegalidad de la acción o inacción del Estado, así como un orden judicial que obligue al Estado a actuar en general en esta área, sin especificar medidas precisas y sin solicitar una compensación financiera.

En América Latina, se esperan mejoras, particularmente en términos del derecho de acceso a la justicia con el nuevo Acuerdo de Scazu³⁵ sobre la mejora de los derechos ambientales procesales.

Otra dificultad está relacionada con el establecimiento del vínculo causal³⁶. Las primeras acciones climáticas contra las autoridades públicas y las empresas fueron motivadas por demandas de compensación por daños. El difícil establecimiento del vínculo causal entre el daño climático sufrido por el solicitante y el acto del Estado o la empresa fue un obstáculo importante en el desarrollo de estas acciones pioneras³⁷. La tendencia actual es más bien de tratar de poner fin a medidas que empeoren el cambio climático, acciones contrarias a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera o solicitar la adopción de medidas más ambiciosas en términos de adaptación al cambio climático.

Otra dificultad es la individualización de los daños sufridos o por venir porque se trata de daños a la persona tanto individual como colectivamente, pero también de daños a la fauna, la flora, los océanos, el aire, etc. En resumen, un daño que es difícil de probar, ya que no tiene un efecto inmediato, sino que es a largo plazo y es poco probable que se pueda identificar. De hecho, el pasaje conceptual de "daño a todos, daño a ninguno"³⁸ ha sido durante mucho tiempo un obstáculo para la realización de estos litigios. El daño específico e individualizable, que vincula las perturbaciones climáticas con las actividades humanas y las emisiones de gases de efecto invernadero fue difícil, si no imposible, de hacer. Sin embargo,

³⁵ [Acuerdo de Scazu du 4 mars 2018 sur l'accès à l'information, à la participation et à la justice en matière environnementale](#)

³⁶ M. Torre-Schaub, « Le rôle de l'incertitude dans la prise de décision aux Etats-Unis » cit, p. 685 et s. ; M. Torre-Schaub, L. d'Ambrosio et B. Lormeteau, « Changement climatique et responsabilité, quelles normativités ? Dossier spécial REEI, Lexis-Nexis août-sept 2018 cit.

³⁷ Los litigios acaecidos en Estados Unidos y Australia a principios de los años 20, ver J. Smith et D. Shearman, *Climate Change Litigation: analysing the law, scientific evidence and impacts on environment, health and property*, cit.

³⁸ B.C. Mank, « Standing and Global warming: is injury to all, injury to none? », *Levis Clark Law School Env Law Revue*, 2005, p. 35

esta dificultad ahora parece haberse superado, al menos parcialmente, gracias a ciertos ensayos exitosos en los Estados Unidos en los años 2007-2008, y luego gracias a la contribución en este punto específico de la decisión *Urgenda*³⁹. Esta decisión llevó a la condena del Estado holandés por no haber tomado las medidas necesarias para reducir las tasas de emisión de GEI al considerar que "todos los ciudadanos estaban en peligro debido al cambio climático" y que el « riesgo », incluso incierto, era suficiente para caracterizar el daño por venir para los ciudadanos ”⁴⁰.

De los casos que han encontrado soluciones favorables de los jueces, pocos hasta ahora han tenido resultados tangibles en términos de efectividad real. La efectividad relativa de este tipo de remedio nos lleva a examinar otros tipos de acciones, tendiendo a "climatizar" el derecho ambiental existente.

2. LOS LITIGIOS CLIMÁTICOS COMO VÍA DE « CLIMATIZACIÓN » DEL DERECHO

Al lado de estas vías descritas, existen herramientas más tradicionales de la ley ambiental que permiten el control de actividades que pueden tener un impacto sobre el cambio climático o agravarlo. Este tipo de recursos están comenzando a constituir un *corpus* bastante interesante y prometedor de disputas climáticas.

La evaluación ambiental⁴¹, particularmente a través de la evaluación de impacto, ha demostrado ser una herramienta muy efectiva y relevante en remedios climáticos. Por lo tanto, existe una clara tendencia a utilizar este instrumento como base para acciones en justicia climática, incluso en Francia.

³⁹ *Urgenda v Netherlands* Rechtbank Den Haag, C/09/456689/ HA ZA 13-1396, 24 juin 2015 cit.

⁴⁰ [Punto 4.79 de la decisión Urgenda Rechtbank Den Haag, C/09/456689/ HA ZA 13-1396](#), 24 juin 2015, y nuestro desarrollo en M. Torre-Schaub, « La Justice Climatique, A propos du jugement de la Cour de district de La Haye du 24 juin 2015 », *RIDC*, cit, p. 27 et s.

⁴¹ E. Naim-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement: contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

Desde la Ley de Política Ambiental Nacional adoptada en 1969 en los Estados Unidos⁴²., muchas leyes nacionales han requerido que se lleve a cabo un estudio de impacto antes de llevar a cabo un proyecto que podría afectar el medio ambiente. El propósito de la evaluación es identificar los impactos directos causados al medio ambiente por un proyecto. Existe una tendencia creciente a incluir los impactos climáticos y la contribución del proyecto a aumentar los GEI en los estudios de impacto. El caso más reciente es el juzgado en Reino Unido el pasado 27 de febrero por la Court of Appeal de Londres sobre el proyecto de ensanchamiento del aeropuerto de Heathrow y la construcción de una tercera pista⁴³. Antes de comentar brevemente este caso considerado por algunos « histórico » y « único », es necesario recordar algunos datos sobre la evolución de la interrelación entre los estudios de impacto y el cambio climático.

Recordemos que en toda legislación ambiental, la autoridad competente para autorizar una obra o proyecto de cierta envergadura debe tener en cuenta ciertos elementos para autorizar dicho proyecto. El caso de la Fundación Australiana de la Conservación c. El Ministro de Planificación⁴⁴ en Australia desde 2004 fue una de las primeras decisiones climáticas favorables para los demandantes. En este caso, el Tribunal Civil y Administrativo de Victoria decidió que las cuestiones relacionadas con las emisiones de GEI deberían tenerse en cuenta al autorizar la operación de una mina de carbón. La pregunta que se les hizo a los jueces fue si el proyecto de explotación debería examinarse a la luz de la Ley de Planificación y Medio Ambiente de 1987 y si considerar los efectos de las emisiones de CO2 provenientes de dicha actividad iría en contra de los dispositivos de protección del medio ambiente previsto por la ley. Una comisión había sido encargada de evaluar los impactos ambientales del proyecto, pero el impacto de las emisiones de GEI no había sido examinado. La Conservation Foundation había pedido al tribunal que dictaminara sobre la insuficiencia de la evaluación que se había hecho dado que las emisiones de GEI no se habían tenido en cuenta. Este juicio abrió un camino que se ha seguido explorando desde entonces con cierto éxito. Este tipo de litigio muestra una evolución "climática" de las herramientas de evaluación de la ley ambiental y se adapta bien a las leyes nacionales específicas, lo que sin duda aumenta sus posibilidades de éxito.

⁴² T. Thuilier, M. Torre-Schaub « Dialogues franco-australiens sur la justice climatique », *REEL*, mars-avril 2019

⁴³ Court of Appeal. Civil Division, Plan B, Friends of the Earth, Greenpeace & London Borough of Hillingdon Council v. Secretary of State & Heathrow Ltd., aff. C-2019/1053, C-2019/1056 et C-2019/1145, 27 fvr. 2020

⁴⁴ *Australien Conservation Foundation c. Minister for Planning, VCAT (2004) 2029*, Victoria Civil and Administrative Tribunal, 4 Oct 2004

Un segundo caso en Australia, Wildlife Preservation Society of Qld c. Min del Medio Ambiente y el Patrimonio⁴⁵, que data de 2006, también merece ser mencionado. Los opositores al plan de apertura de dos minas de carbón, esta vez en apoyo de la Ley de Protección del Medio Ambiente y Conservación de la Biodiversidad de 1999, pidieron a los jueces que revocaran las autorizaciones en nombre de los efectos nocivos en el medio ambiente y la biodiversidad que podrían tener las emisiones de GEI generadas por dicha actividad. Sin embargo, la decisión contra los demandantes en primera instancia fue apelada ante el Tribunal Federal de Australia, que, aunque tampoco consideró que tuvieran éstos razón, expresó una opinión muy interesante sobre el asunto. Los jueces reconocieron que la minería aumentaría los GEI y que esto ciertamente tendría un impacto en la biodiversidad. No obstante, plantearon una brecha en la cadena causal que les impidió vincular estos hechos con el cambio climático global. En su decisión, el Tribunal destacó el hecho de que los informes científicos presentados no les permitían concluir que había un « vínculo directo y preciso » que permitiera la conexión causal de las emisiones de GEI al calentamiento global. Se utilizará el mismo razonamiento en *Friends of the Earth Inc et al. Peter Watson et al.*⁴⁶ en los Estados Unidos en junio de 2006, lo que permitió renovar el debate sobre la cuestión de la necesidad de incluir las emisiones de GEI en las evaluaciones de proyectos.

Más recientemente y probablemente en el seno del Acuerdo de París, se han tomado otras decisiones sobre esta cuestión. Una decisión referente a la construcción de una tercera pista en el aeropuerto de Viena utilizó el argumento de la insuficiencia del estudio de impacto presentado por la autoridad contratante. Los jueces de primera instancia también aceptaron este argumento al explicar que el estudio de impacto también debería referirse al impacto de los proyectos sobre el cambio climático debido al aumento de los GEI vinculados a la actividad proyectada. El caso sudafricano había planteado también la cuestión de la insuficiencia del estudio de impacto ya que no tenía en cuenta los efectos del cambio climático, que, a su vez, también podría afectar salud pública.

Un reciente juicio atestigua tanto de la creciente « climatización » de las herramientas de derecho ambiental como de la clara efectividad de este enfoque en la lucha contra el cambio climático. La decisión data del 8 de febrero de 2019 y fue dictaminada por el Tribunal de

⁴⁵ Wildlife Preservation Society of Qld c. Min. for Environment & Heritage (2006) FCA 736, Australian federal Court, 15 junio 2006

⁴⁶ Friends of the Earth Inc et al c. Peter Watson et al, United States District Court, N.D. California, 23 Agosto 2005

Nueva Gales del Sur (Australia) en el asunto *Asuntos de Tierras y Medio Ambiente, Gloucester Resources Limited (GRL) c. Ministro de Planificación*⁴⁷. En este caso, un grupo de compañías había expresado interés en explotar tierras ubicadas en la ciudad de Gloucester, que alberga una reserva de carbón. En 2017, el Ministro de Planificación rechazó la solicitud de permiso para operar la mina. Después de esto, el peticionario apeló ante el Tribunal de Asuntos de Tierras y Medio Ambiente buscando que se anulara la decisión de rechazo. El juez confirmó la negativa del ministro el 8 de febrero de 2019. La legislación del Estado Federado de Nueva Gales del Sur exige que se realicen estudios de impacto antes de presentar una solicitud de autorización para operar una mina de carbón. El estudio debe incluir en particular una evaluación de las emisiones de GEI vinculadas al proyecto. El juez adoptó una definición extensa de las emisiones a tener en cuenta durante la evaluación: directas e indirectas, que pueden atribuirse ambas razonablemente a la actividad. El juez fue muy lejos en su decisión, afirmando que "todas las emisiones son significativas porque acumulativamente constituyen el total de GEI que está desestabilizando el sistema climático en su conjunto..."⁴⁸. Por lo tanto, independientemente de la cantidad de las emisiones, la reducción de GEI debe pasar necesariamente por acciones locales, en particular la prohibición de nuevos proyectos para explotar las reservas de combustibles fósiles. Esta misma dinámica se puede observar en las dos decisiones de Urgenda de 2015 y 2018. También es interesante observar que el juez adoptó un "enfoque flexible" al vínculo causal en este caso⁴⁹. Aunque la probabilidad de un vínculo causal entre las actividades antropogénicas y el calentamiento global es hoy extremadamente probable según el quinto informe del IPCC, la demostración del experto escuchada por el juez australiano expuso que un vínculo causal individual entre el calentamiento global y el proyecto minero era poco discutido, pero el juez, sin embargo, mantuvo una "causalidad general" establecida por el trabajo del IPCC, que fue suficiente para que él no autorizara la mina.

⁴⁷ Gloucester Resources Limited (GRL) v Minister for Planning, New South Wales Court of Appeal, 8 Febrero 2019

⁴⁸ All emissions are important because cumulatively they constitute the global total of greenhouse gas emissions, which are destabilising the global climate system at a rapid rate, point 512 et s. de la decisión

⁴⁹ M. Torre-Schaub, « Les rôle des incertitudes... », RIDC 2007, cit. p. 686 et s.

La citada decisión británica sobre la ampliación del aeropuerto de Heathrow⁵⁰ es un claro signo muy positivo del gran avance de esta nueva tendencia. En su sentencia de apelación, los jueces estiman que « el proyecto de ampliación de aeropuerto posee un estudio de impacto incompleto y por tanto irregular dado que no se ha tenido en cuenta el mandato del Acuerdo de París y sus objetivos ». Esta decisión es además altamente esperanzadora y un modelo de guía para nuevas decisiones en toda Europa que podrán utilizar a partir de ahora el Acuerdo de París como fundamento de sus argumentos⁵¹.

También cierta esperanza podría surgir en Francia con la reciente cancelación de la explotación de la mina Montaigne d'Or en Guyana o con la acción legal contra la empresa Total para que se cancelen las licencias de perforación off shore en base a un estudio de impacto insuficiente con respecto al cambio climático. Recuérdese que en Francia, los efectos de un proyecto sobre el clima solo se contemplan en los estudios de impacto desde el decreto n ° 2016-1110 del 11 de agosto de 2016 relativo a la modificación de las normas aplicables a la evaluación ambiental de proyectos, planes y programas⁵². Además, ahora, el Artículo R. 122-5 del Código de Medio Ambiente establece que el estudio de impacto debe incluir una descripción "de los efectos del proyecto sobre el clima y la vulnerabilidad del proyecto al cambio climático". Este desarrollo responde a la Directiva 2014/52 / UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre la evaluación de los efectos de ciertos proyectos públicos y privados en el medio ambiente⁵³.

A pesar de estos avances, actualmente no existe un texto a nivel europeo o francés que especifique los métodos concretos de esta evaluación. Por lo tanto, corresponde a la jurisprudencia el establecer las condiciones para la evaluación de GEI de una manera más progresiva. Ni los jueces europeos, ni tampoco los franceses, han tenido aun la oportunidad de pronunciarse expresamente sobre este aspecto, pero téngase en cuenta que la reciente sentencia del tribunal administrativo de Cergy de fecha 6 de marzo de 2018 relativa a la ZAC

⁵⁰ Court of appeal (Civil Bench) of her Majesty the Queen, Plan B v. Secretary of State for transport, Februray 27th 2020, Case C1/2010/1053

⁵¹ M. Torre-Schaub, « L'Accord de Paris, enfin juridiquement contraignant ? Commentaire à propos de la décision Court of appeal (Civil Bench) of her Majesty the Queen, Plan B v. Secretary of State for transport, Februray 27th 2020, Case C1/2010/1053, REEI, marzo 2020

⁵² T. Thulier cit, p. 6

⁵³ T. Thulier cit, p. 7

del "Triangle de Gonesse" -que tenía por objeto llevar a cabo un macro-proyecto denominado Europacity- canceló el decreto de la prefectura que autorizaba la creación de la ZAC sobre la base de lo inadecuado del estudio de impacto. El tribunal consideró que los análisis del impacto del proyecto sobre la calidad del aire, generado por las emisiones de CO₂, eran insuficientes y justificaban así la anulación de la autorización. Aunque el juez no se pronuncia expresamente sobre los "impactos del proyecto en el clima", pero es un primer paso para tener en cuenta las emisiones de CO₂ generadas por los proyectos. Lo vemos por tanto como una vía prometedora para el futuro de los litigios climáticos.

La última categoría de litigios climáticos que nos parece interesante aquí exponer es la de aquellos que ponen en el centro del recurso una cuestión relacionada con la violación de derechos humanos y/o fundamentales siempre que esta causa esté relacionada con el cambio climático. Este tipo de litigios constituyen una tendencia prometedora ya que abre nuevos canales en lo que a la invocación de derechos subjetivos se refiere, tanto individuales como colectivos.

3. LOS LITIGIOS CLIMÁTICOS COMO HERRAMIENTA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES

El cambio climático tiene implicaciones cada vez más probadas con respecto a la dificultad de realizar algunos derechos humanos o con su violación⁵⁴. Además, y, como una extensión de un derecho fundamental a un ambiente saludable, ciertos litigios también han tratado de abrir un camino en el ejercicio de los derechos subjetivos fundamentales (constitucionales)⁵⁵.

⁵⁴ B. Lewis, « Human rights duties towards future generations and the potential for achieving climate justice », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 34, n° 3, 2016, p. 206-226 ; [Climate Change and Human Rights](#), Michael Burger et Jessica Wentz, UNEP 2015 ; [Special Rapporteurship on Economic, Social, Cultural, and Environmental Rights](#) UN ; M. Torre-Schaub et F. de Salles Cavedon, « Le droit à l'environnement sain et les droits de l'homme, étude sur les jurisprudences de la CEDH et la SIDH », in *Sciences et droits de l'homme*, dir A. Bensamoun et al., Paris, Mare et Martin, p.p. 153-172

⁵⁵ M. Torre-Schaub, « Les procès climatiques à l'étranger », *RFDA* 2019, cit ; S. Borrás, « *Le contentieux climatique sous l'angle des droits de l'homme et de la Convention interaméricaine des droits de l'homme* » in M. Torre-Schaub (dir) *Les*

En 2015, el caso Leghari hizo historia al aceptar el argumento de que las deficiencias del gobierno en la lucha contra el cambio climático violaban los derechos de los peticionarios. Este caso es parte de un nuevo corpus de procesos en curso que incorpora argumentos de derechos humanos en varios países, incluidos los Países Bajos, Filipinas, Austria, Sudáfrica, los Estados Unidos, Reino Unido y Francia. Estas decisiones están en línea con los esfuerzos para reconocer las dimensiones de los derechos humanos del cambio climático, aprobados en el Acuerdo de París. Si los esfuerzos anteriores para enjuiciar los derechos humanos han fracasado, los nuevos casos muestran que los peticionarios están cada vez más inclinados a utilizar las reclamaciones de derechos en sus enjuiciamientos. Este "punto de inflexión"⁵⁶ podría servir como modelo e inspiración para futuros litigios.

La petición de 2005 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en nombre de los pueblos aborígenes de los Estados Unidos y Canadá (Inuitas) fue el primer intento internacional de buscar reparación para el cambio climático⁵⁷. La petición explica en detalle cómo el cambio climático ya está interfiriendo y pondría en peligro los derechos humanos de los inuit debido al aumento de las temperaturas y al derretimiento temprano de la nieve y el hielo marino en el que basaron sus derechos a la cultura, a la identidad y a la economía. La petición se basó en la protección de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, incluidos los derechos a la vida, la salud, la propiedad, la identidad cultural y autodeterminación. Su objetivo era establecer un vínculo causal entre los actos y omisiones del gobierno de los Estados Unidos y la violación de los derechos humanos de los inuit por el cambio climático. La CIDH concluyó en ese momento que no era posible "en este momento" tramitar la denuncia. La Comisión indicó que la información proporcionada no les permitía determinar si los hechos alegados tendían a caracterizar una violación de los derechos protegidos por la Declaración.

Si bien las consecuencias del cambio climático para la realización de los derechos humanos son cada vez más evidentes, la pregunta es si los efectos del cambio climático en dichos derechos proporcionan evidencia de una violación que puede dar lugar a una acción en justicia. Estas acciones presentan obstáculos considerables como el de establecer vínculos

contentieux climatiques, dynamiques d'un phénomène émergent, Paris, Mare & Martin, Junio 2020

⁵⁶ J. Peel & H. M. Osofsky, « A Rights turn in Climate Change Litigation ? *Transnational Environmental Law*, 2017, p.p.1-31

⁵⁷ *Inuit Circumpolar Council Canada*, Inuit Petition Inter-American Commission on Human Rights, 7 Dec. 2005

causales entre las emisiones de GEI de un país o las fallas de las políticas de adaptación y mitigación y los impactos precisos del cambio climático en los derechos humanos y la atribución específica de los efectos del cambio climático, particularmente cuando causan otros tipos de daños sociales, económicos y políticos.

Diez años después y en vísperas del Acuerdo de París, aparece una nueva serie de casos fundados en este tipo de derechos. La decisión de Urgenda de 2015 había invocado una amplia gama de bases legales, solo una de las cuales se refería a los derechos humanos. Si bien la mayoría de la decisión de la Corte se centró en el argumento de si el gobierno holandés tenía un deber de diligencia climática, la ONG también había argumentado que, a través de su contribución a las emisiones globales de GEI, el gobierno había expuesto ilegalmente a la comunidad internacional al riesgo de un cambio climático peligroso, que podría causar daños irreversibles a la salud humana y al medio ambiente.

De modo específico, los argumentos de derechos humanos se basaron en la protección del derecho a la vida (artículo 2) y el derecho a la vida familiar y a la intimidad del hogar (artículo 8) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) del que los Países Bajos son parte. Aunque el CEDH no establece explícitamente el derecho a un medio ambiente saludable, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ha declarado reiteradamente que las formas de protección establecidas en los artículos 2 y 8 se extienden a las actividades y a los desastres peligrosos y naturales⁵⁸. Para constituir una violación de los derechos, los efectos del daño ambiental en cuestión generalmente deben ser de naturaleza grave y directa. En tales casos, el Estado puede tener una obligación positiva de tomar medidas para proteger los derechos de las personas de dicho daño. En esa decisión, sin concluir que hubo una violación de los derechos, el tribunal holandés indicó que los argumentos de los derechos seguían siendo relevantes para su análisis. Los jueces concluyeron que tenían un "efecto espejo o reflejo" en la legislación nacional, por lo que podrían tenerse en cuenta al aplicar, modificar o reinterpretar "normas o conceptos de la legislación nacional" como por ejemplo el "deber de diligencia" (Duty of Care)⁵⁹.

⁵⁸ F. Haumont, « Urgenda et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les recours climatiques en France*, dossier spécial M. Torre-Schaub, B. Lormeteau (dir) *REEL*, mai 2019, p.p. 20-25

⁵⁹ Rechtbank Den Haag, Assesment B. 5.7, p. 34

En el asunto Leghari⁶⁰, el demandante presentó su caso ante el Tribunal de Lahore (Pakistán) sobre la base del interés público, que establece una excepción a las normas del derecho consuetudinario para permitir el respeto de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución paquistaní para los grupos vulnerables (económica o geográficamente). Leghari había argumentado que el cambio climático representaba una seria amenaza para la seguridad del agua, los alimentos y la energía en Pakistán y, que por lo tanto, violaba los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, incluido el derecho a la vida, a la dignidad y privacidad, y el derecho a la propiedad. El Tribunal Superior vio el cambio climático como un "desafío desalentador" y pidió la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente de los segmentos más vulnerables de la sociedad⁶¹.

Otros casos recientes presentan argumentos de derechos aún más sofisticados y perfeccionados, lo que refuerza la tendencia en la jurisprudencia iniciada por las decisiones ya citadas. Los derechos han sido invocados de dos maneras diferentes. En el asunto Juliana⁶² y en una queja ante la Comisión de Derechos Humanos de Filipinas⁶³, los peticionarios argumentan que el incumplimiento de los acusados de reducir adecuadamente las emisiones de GEI y evitar así los peores efectos del cambio climático constituye una violación de los derechos constitucionales de los peticionarios. Ninguna de estas acciones ha tenido resultados hasta el momento, y es difícil predecirlos ya que las cuestiones de procedimiento a menudo se enredan con cuestiones sustantivas y de fondo. Por ejemplo, en el asunto Juliana, los demandantes alegaron que las acciones del acusado (la administración) —o más bien su inacción— por no tomar suficientes medidas para mitigar adecuadamente el cambio climático, violaron los derechos sustantivos de los demandantes: derechos a la vida, libertad y propiedad, según lo dispuesto en la Constitución. El caso aún está pendiente. El 16 de enero de 2020 los jueces se pronunciaron contra la demanda y no concluyeron a ninguna violación de derechos⁶⁴. No obstante, la ONG ha interpuesto apelación ante el Tribunal Supremo.

⁶⁰ *Leghari v. Federation of Pakistan*, W.P. No. 25501, Lahore High Court Sept. 4, 2015 cit *supra*

⁶¹ cit *supra*

⁶² cit *supra* *Juliana v. United States*, No. 6:15-cv-01517, (D.Or., 10 Nov. 2016)

⁶³ Petición de Greenpeace ante la Comisión de Derechos Humanos de Manila, Filipinas, 20 oct 2017, pour un [historique complet de la pétition en cours](#)

⁶⁴ *Juliana v. United States*, Ninth Circuit Court, 17 de Enero 2020; Ver también, Michael Gerrard, "Climate Change Litigation in the US: new perspectives" in M. Torre-Schaub (dir) *Les contentieux climatiques, dynamiques*

En el caso de Austria se trataba de la aprobación por parte del gobierno de Baja Austria de una tercera pista en el Aeropuerto Internacional de Viena. En el caso de Sudáfrica⁶⁵, la decisión impugnada fue la del Ministro de Asuntos Ambientales por autorizar la construcción de una nueva central eléctrica de carbón antes de tener en cuenta una evaluación del impacto del cambio climático en el medio ambiente. Los derechos fundamentales en estos dos casos se han adelantado además de los reclamos principales centrados en el cumplimiento del gobierno con las obligaciones legales. En el caso del aeropuerto de Viena, las disposiciones de derechos humanos discutidas ante el Tribunal Administrativo Federal de Austria incluían el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que aboga por un "alto nivel de la protección del medio ambiente" y reza que « la mejora de la calidad del medio ambiente" se integrarán en las políticas de la UE. La apelación también se refirió a las disposiciones de la Constitución Federal de Austria que comprometen al Estado con el principio de sostenibilidad y con la protección general del medio ambiente, así como las disposiciones de la Constitución de la provincia de la Baja Austria, que establecen el compromiso del Estado de garantizar las condiciones de vida adecuadas y que se refieren específicamente a la protección del medio ambiente. En primera instancia, el juez aceptó algunos de estos argumentos y emitió un juicio favorable a la ONG. En la apelación, la decisión fue no obstante revocada y los jueces decidieron que el plan para construir la pista no era contrario a la ley austriaca ni violaba en modo alguno dichos derechos.

En el caso de Earthlife Africa, la ONG había argumentado que los requisitos legislativos relevantes deberían interpretarse a la luz de diversos instrumentos nacionales e internacionales, en particular el artículo 24 de la Constitución de Sudáfrica, que consagra el derecho a un ambiente saludable. La Corte confirmó la obligación constitucional, explicando que al interpretar una ley que implica o afecta los derechos protegidos por la Carta de Derechos Constitucionales, es necesario promover, en el proceso de interpretación, no solo el significado sino también el objeto de protección contenido en el texto⁶⁶.

d'un phénomène emergent, cit.

⁶⁵ *In re Vienna-Schwechat Airport Expansion*, W109 2000179-1/291E

⁶⁶ *Earthlife Africa Johannesburg (ELA)* cit supra

En 2017, la ONG *Los Amigos irlandeses del medio ambiente* emprendieron acciones contra el gobierno irlandés con el objetivo de responsabilizarlo por el papel que había desempeñado en la lucha contra el cambio climático. La acción afirmaba que al aprobar el plan nacional de mitigación de 2017, el gobierno irlandés estaba violando la Ley de Acción Climática y Reducción de Carbono de Irlanda de 2015, así como la Constitución y sus obligaciones de derechos humanos, y que no respetaba los compromisos de Irlanda en virtud del Acuerdo de París⁶⁷.

En la apelación del 9 de octubre de 2018⁶⁸ contra la primera decisión de Urgenda, los jueces emitieron una decisión basada en los derechos humanos contenidos en la CEDH. Vincularon la necesidad de "redoblar" los esfuerzos para mitigar las emisiones de CO2 y la protección de los derechos fundamentales que serían violados si el Estado no actuaba sin demora. El Tribunal sostuvo que la falta de acción constituiría una violación de los derechos consagrados en los artículos 2 y 8 del CEDH. El estado tendría así obligaciones positivas "climáticas". Según los jueces, el gobierno tendría un "deber de actuar", una "obligación de diligencia climática", basada en el "deber de cuidado", obligándolo a proteger no solo la vida de sus ciudadanos sino también su domicilio y su vida familiar que podrían verse amenazadas por los efectos del cambio climático⁶⁹. En la reciente decisión de 20 de diciembre del 2019, dictada en casación por el Tribunal Supremo de La Haya –decisión que pone el broche final al caso Urgenda-, se confirma la sentencia de la apelación y se reafirma la obligación del Estado neerlandés en base a la violación de los artículos 2 y 8 de la CEDH, los cuales fundamentan una obligación positiva del Estado en materia de protección de derechos humanos.

El argumento basado en una posible violación de dichos artículos 2 y 8 del CEDH también fue retomado recientemente en el caso de la tercera pista del aeropuerto de Heathrow, y aunque sin éxito en primera instancia si parece poder prosperar en la apelación⁷⁰. Así como en el recurso presentado ante el tribunal de primera instancia de lo administrativo de París en febrero del 2019, en el asunto *l’Affaire du Siècle*⁷¹. También se utilizará en una futura demanda en Italia así como en un nuevo recurso en Irlanda.

⁶⁷ *Friends of the Irish Environment CLG c. Fingal County Council* (2017)

⁶⁸ [Puntos 40 al 43](#)

⁶⁹ Decisión punto 41.

⁷⁰ *Plan B, Friends of the Earth and al c. United kingdom*, Court of Appeal, C1/2019/1053, 27 de febrero 2020

⁷¹ *Greenpeace, Kanb, Plan B, Friends of the Earth and al c. United kingdom*, High Court from England and wales, 1

El pasado mes de septiembre, la ya bien conocida joven militante Greta Thunberg, acompañada de otros 6 jóvenes y niños, presentaron un recurso ante el Comité de protección de los derechos de los niños de las Naciones Unidas alegando violación del Convenio de protección de los derechos de los niños en relación al cambio climático. La querrela se presentó ante dicho comité contra 6 países entre los cuales se haya Francia. Cabe destacar que la mayor parte de los países que fueron demandados en dicha querrela no son los « peores alumnos » en materia de lucha contra el cambio climático, sino que simplemente son países que firmaron dicha convención por lo que automáticamente quedan sometidos a los dictámenes de Comité. No obstante, y aunque dicha querrela prosperara – lo cual no parece probable dado que el trámite es bastante largo y necesitara una investigación minuciosa en cada país demandado-, no habría sanción penal ni financiera sino una simple amonestación.

Este último tipo de recurso demuestra por un lado el grado de sofisticación jurídica a la que los nuevos recursos climáticos están llamados a responder, a la par que demuestra que la sociedad civil, encarnada por los más jóvenes, se moviliza cada vez más y con mayor capacidad de actuación.

A modo de conclusión, sin querer ser tachados de pesimistas, resulta útil no obstante observar que a pesar de que este tipo de litigio se desarrolle actualmente con mayor frecuencia que hace unos años y aunque su potencial es grande, el resultado de tales argumentos depende en gran medida de la legibilidad y aceptabilidad de tales fundamentos ante los jueces nacionales, que pueden estar más o menos inclinados a la permeabilidad de la teoría de las obligaciones positivas del Estado en el contexto de la CEDH, de los derechos humanos en general y de su influencia en la evolución del derecho interno. Por estas razones, a nuestro parecer, el mejor camino hoy en día para tratar de avanzar en un derecho ambiental que potencie y refuerce la lucha contra el cambio climático es aquel que propicie la « climatización » de las herramientas de derecho ambiental que ya existen.

mayo 2019 ; Affaire du siècle cit *supra*

IV. Ordenación del litoral y adaptación al cambio climático. ¿Es suficiente la respuesta jurídica del Estado español?¹

Francisco Javier Sanz Larruga
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidade da Coruña

RESUMEN:

Mediante el estudio del régimen jurídico vigente sobre el litoral en España y de las normas específicas sobre la incidencia de los efectos del cambio climático sobre las zonas costeras, se trata de analizar si el ordenamiento jurídico español está preparado para una buena adaptación al calentamiento global. La reforma de la Ley de Costas operada en 2013, al tiempo que incluye la previsión de los efectos del cambio climático en la gestión de los bienes del dominio público marítimo-terrestre, introduce unos criterios a favor del desarrollo económico del litoral que parecen estar en contradicción con tal política de adaptación. Se trata de ver hasta qué punto el Derecho español facilita la resiliencia de la costa ante el cambio climático y cómo debería orientarse la actuación de la Administración General del Estado en esta materia.

ABSTRACT:

Through the study of the current legal framework on the coast in Spain and the specific rules on the incidence of the effects of climate change on coastal areas, the aim is to analyze whether the Spanish legal system is prepared for a good adaptation to global warming. The reform of the Coastal Law operated in 2013, while including the forecast of the effects of

¹ El presente trabajo fue expuesto como ponencia en la Mesa sobre “Atmósfera y Cambio Climático: litigios climáticos”, que tuvo lugar en la mañana del día 10 de octubre de 2019, en el marco del VIII Congreso Nacional de Derecho Ambiental, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

climate change on the management of maritime-land public domain goods, introduces criteria in favor of the economic development of the coast, that appear to be in contradiction with such adaptation policy. The aim is to see to what extent Spanish Law facilitates the resilience of the coast to climate change and how the actions of the General State Administration in this area should be oriented.

PALABRAS CLAVE: Ordenación del litoral; Cambio climático; Adaptación

KEYWORDS: Coastal management; Climate change; Adaptation

SUMARIO

1. Preliminar sobre la acción climática y su afectación en las zonas costeras. La necesaria adaptación	113
2. La reforma de Ley de costas en 2013 y sus previsiones sobre el Cambio Climático.	117
2.1. Tardía e insuficiente incorporación del cambio climático en el nuevo régimen jurídico de las costas. La previsión de las medidas de adaptación.	118
2.2. El régimen del dominio público marítimo-terrestre “en situación de regresión grave”	119
2.3. Régimen jurídico de utilización del dominio público marítimo-terrestre y la incidencia del cambio climático.	121
2.4. La previsión de instrumentos estratégicos y de planificación. Remisión.	124
3. La normativa de aguas: la regulación sobre la evaluación y gestión de las inundaciones en las zonas costeras.	125
4. La “estrategia de adaptación al cambio climático de la costa española” de 2017.	130
5. Reflexiones conclusivas.	135
6. Bibliografía seleccionada.	138

1. PRELIMINAR SOBRE LA ACCIÓN CLIMÁTICA Y SU AFECTACIÓN EN LAS ZONAS COSTERAS. LA NECESARIA ADAPTACIÓN

Según el “Panel Intergubernamental para el Cambio Climático” (conocido por sus siglas en inglés: IPCC), las excepcionales condiciones del litoral para el desarrollo de las actividades humanas han propiciado que más del 50% de la población viva actualmente en las zonas costeras, afirmación que también es válida para España, donde los municipios costeros, con apenas un 7% del territorio, albergan al 45% de la población nacional². Igualmente, el IPCC en su 5º Informe de Evaluación de 2013³ puso de manifiesto –confirmando las conclusiones de anteriores Informes- las amenazas que para la integridad y la protección de las zonas costeras suponen los efectos del cambio climático⁴ y, en particular, los problemas de la inundación y erosión costeras, ambos como consecuencia del aumento del nivel del mar⁵. Todo lo anterior se corrobora con mayor crudeza y profundidad en el reciente informe: IPCC

² Cfr. MEDINA SANTAMARÍA, R.: “El impacto del cambio climático en las zonas costeras españolas”, en la revista *Ambienta*, julio-agosto de 2006, p. 26.

³ En 2014, el IPCC finalizó el Quinto Informe de Evaluación, preparado por los tres [Grupos de trabajo](#), que comprende tres contribuciones sobre [bases físicas; impactos, adaptación y vulnerabilidad](#), y [mitigación del cambio climático](#), más un [Informe de síntesis](#). La contribución del Grupo de trabajo I se aceptó y aprobó en septiembre de 2013. Las contribuciones de los Grupos de trabajo II y III se aceptaron y aprobaron en marzo y abril de 2014, respectivamente, y el Informe de síntesis se aprobó y adoptó en noviembre de 2014. En el informe se afirma el nivel del mar podría subir en todo el Planeta hasta el final del siglo XXI entre 26 y 82 centímetros (cfr. el Capítulo 13º del informe sobre “Sea level change”).

⁴ Las amenazas del cambio climático para las costas no sólo es la subida del nivel del mar, sino también, el aumento de temperatura, la acidificación, los cambios en el oleaje y los cambios en las mareas meteorológicas. Una visión periodística pero bien informada sobre los efectos del cambio climático en las zonas costeras se contiene en el libro de GOODELL, J.: *El agua que vendrá. La elevación de los mares, el hundimiento de las ciudades y la transformación del mundo civilizado*, Gaia ediciones, Madrid, 2018

⁵ El profesor Iñigo J. LOSADA, Director del Instituto de Hidráulica Ambiental de la Universidad de Cantabria y “Coordinating Lead Author” del 5º Informe sobre Cambio Climático del IPCC en el que ha coordinado el capítulo de costas, explica cómo el “sistema costero” (compuesto por el “subsistema natural” y el “subsistema socio-económico”) es un sistema “altamente dinámico”, de “alta variabilidad espacial y temporal”, de “alta fragilidad” y, como consecuencia de todo lo anterior “muy sensible al cambio climático” (datos extraídos de su presentación sobre [“Impactos del cambio climático en la costa española”](#) en la conferencia pronunciada el 27 de noviembre de 2007: Según el llamado “The Copenhagen diagnosis” del IPCC, se estima que el 40% del incremento del nivel del mar se debe a la dilatación térmica del océano y el 60% a la fusión de los hielos polares).

Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate, hecho público -cuando se acababa de redactar este trabajo- a finales de septiembre de 2019⁶. Para abordar desde las políticas públicas estas amenazas la solución que el mismo IPCC propone es la de la adaptación, es decir, “reducir la vulnerabilidad y exposición a la variabilidad climática actual” y, en particular, como señala PONS CÁNOVAS: “medidas de adaptación del sistema costero a los impactos del cambio climático representados por la inundación y regresión/erosión” que “se pueden articular a través de opciones de protección (reducción de peligrosidad y/o exposición), de acomodación (reducción de la vulnerabilidad) o de retroceso (abandono planificado de las zonas susceptibles de verse afectadas por los impactos)”⁷.

En el ámbito de la Unión Europea, en el marco de la política de acción climática, además de medidas de mitigación de gases de efecto invernadero⁸, de forma complementaria, la Comisión Europea promovió medidas para la “adaptación al cambio climático”⁹. En particular, el Libro Blanco sobre “Adaptación al Cambio Climático” contemplaba en su apartado 3.2.4 la necesidad de “aumentar la resistencia de zonas costeras y marinas”¹⁰. Sobre

⁶ Informe disponible en la [web del IPCC](#). Los medios de comunicación (haciéndose eco de la presentación del Informe) han destacado en sus cabeceras una de las conclusiones principales: en el peor de los escenarios estudiados, la subida del nivel del mar llegará en España a 1,1 metros a final del presente siglo, lo cual supondrá además episodios de inundaciones y de erosión sobre las zonas costeras, así como impactos sobre las infraestructuras del litoral.

⁷ “Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático después de la reforma de la normativa costera”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n° 312 (2019), p. 133

⁸ Como uno de los cinco grandes temas de la *Estrategia Europa 2020* –sobre los objetivos de reducción de gases de efecto invernadero, producción de energía de fuentes renovables y mejora de la eficiencia energética-, promovidos en el “paquete de medidas sobre clima y energía” de 2009 y, más tarde, reforzados en octubre de 2014 mediante la adopción del marco de actuación en materia de clima y energía para el año 2030. Además en 2011 la Comisión publicó la “hoja de ruta” hacia el año 2050 para conseguir una economía competitiva baja en carbono.

⁹ Cfr. El “Libro Verde” de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al comité de las Regiones sobre “Adaptación al cambio climático en Europa: opciones de actuación para la UE” (documento COM(2007) 354 final, de 29 de junio de 2007) y el Libro Blanco sobre “Adaptación al cambio climático: hacia un marco europeo de actuación” (documento COM(2009) 147 final, de 1 de marzo de 2009).

¹⁰ Entre las medidas propuestas para la UE y los Estados miembros están las de “velar por que la adaptación en zonas marinas y costeras se tenga en cuenta en la Política Marítima Integrada, en la aplicación de la Directiva Marco sobre la Estrategia Marina, así como en la reforma de la Política Pesquera Común”, así como “Elaborar

la importancia económica de la costa en la Unión Europea –donde viven más de un tercio de la población europea- y sobre las múltiples presiones (en el contexto global del cambio climático)¹¹ que la vienen afectando vienen alertando las Instituciones comunitarias para impulsar –desde 2006- la vigente “política marítima integrada” (PMI)¹².

En cuanto a España, una vez creada en 2001 la “Oficina Española del Cambio Climático”, en el Ministerio responsable del medio ambiente¹³, se estudiaron los efectos del cambio climático sobre en nuestro país y, en particular, entre otros aspectos, los relativos a las zonas costeras¹⁴. Posteriormente, el “Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático”, aprobado en julio de 2006, que se presentó como el “marco para la coordinación entre Administraciones Públicas para las actividades de evaluación de impactos, vulnerabilidad y adaptación al cambio climático” y en cuyo apartado 4.5 hay una exhaustiva información sobre los impactos advertidos en las zonas costeras¹⁵.

orientaciones europeas sobre adaptación en zonas marinas y costeras” (pp. 13 y 14). Cfr. asimismo el documento “Climate Change and Water, Coasts and Marine Issues” (SEC(2009) 386) que acompaña al citado “Libro Blanco”.

¹¹ Desde el año 2005 la Unión Europea estudia con especial atención el estado del litoral comunitario. Sobre el problema de la erosión costera, es particularmente relevante el estudio “Eurosion” promovido por la Comisión Europea, publicado en 2006. Por su parte la Agencia Europea de Medio Ambiente viene publicando informes sobre el estado de la costa europea y sobre los efectos del cambio climático (cfr. la información disponible en la [web de dicha Agencia](#)).

¹² Esta “política marítima integrada” pretende hacer efectivos, sobre el medio marino, los objetivos de la “Estrategia Europa 2020” sobre crecimiento inteligente, sostenible e integrador que se viene denominado, de modo específico “crecimiento azul” (“blue growth”). En ejecución de dicha política se aprobó, de una parte, la Directiva 2008/567/CE (“Directiva sobre la estrategia marina”) –que constituye como se viene afirmando, el “pilar ambiental” de la PMI- y, de otra parte, la Directiva 2014/89/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo, en virtud de la cual se persigue “fomentar el crecimiento sostenible de las economías marítimas, el desarrollo sostenible de los espacios marítimos y el aprovechamiento sostenible de los recursos marinos” (art. 1,1 de la Directiva). Cfr. la obra colectiva dirigida por NÚÑEZ LOZANO, C.: *La política marítima integrada de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2010

¹³ En la actualidad, el Ministerio responsable del medio ambiente es el Ministerio de Transición Ecológica (MITECO).

¹⁴ Así, por ejemplo, en el Informe titulado “Evaluación Preliminar de los impactos en España por efecto del cambio climático” publicado en 2005.

¹⁵ En el documento de la Oficina de Cambio Climático sobre “Evidencias del Cambio Climático y sus efectos en España”, publicado en mayo de 2012, se recogen también referencias a las “costas y el medio marino”. Se

Dado que, hasta el momento presente, hay suficientes evidencias científicas sobre los efectos del cambio climático sobre las zonas costeras¹⁶, nos parece oportuno analizar en esta colaboración cuál ha sido la respuesta jurídica del Estado español a estos novedosos fenómenos climáticos¹⁷. Para tal fin, analizaremos, en primer lugar (en el apartado 2º), las referencias al cambio climático introducidas en la Ley 22/1988 de Costas (en adelante, LC) con motivo de su reforma por la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral (en adelante, LPUSL). En segundo lugar, estudiaremos -en el apartado 3º- cómo afecta la legislación de aguas en la regulación de la evaluación y gestión de riesgos de inundaciones. En el apartado 4º analizaremos la “Estrategia de Adaptación al Cambio Climático de la Costa Española” –prevista por en la Disposición Adicional 8ª de la LPUSL- aprobada en 2017. Concluimos en el apartado 5º con unas breves conclusiones reflexivas reivindicando para este tema la cabal aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras.

Se trata, en definitiva responder -acompañados de la mejor doctrina jurídica- a la siguiente cuestión: ¿está España, con su regulación jurídica sobre las zonas costeras, preparada para asumir con acierto los retos que plantea el calentamiento global sobre el litoral? O, lo que es equivalente, ¿España ofrece en su ordenamiento jurídico las bases jurídicas suficientes para la adaptación de sus zonas costeras a los riesgos y amenazas del cambio climático? En definitiva, queremos exponer, aunque sólo sea aproximadamente, el grado de protección del Dominio Público Marítimo Terrestre (en adelante, DPMT) ante el futuro escenario que sobre las costas dibujan los informes del IPCC.

refieren a las evidencias relativas a la temperatura del mar, a la dinámica marina y a los cambios de las comunidades litorales, incluidas la aparición de organismos tóxicos y proliferación de especies dañinas invasoras.

¹⁶ Además, hay que tener en cuenta las actuaciones de urgencia ante los daños causados en la costa por temporales extraordinarios que se vienen repitiendo en los últimos años (desde 2014) y que han obligado a la Administración General del Estado a aprobar los llamados “Planes litorales” con el fin de paliar dichos efectos. Vid. la información sobre tales actuaciones (obras de reparación por temporales) en la [página web](#).

¹⁷ Por lo tanto no nos vamos a referir a las iniciativas desarrolladas por algunas Comunidades Autónomas y aún de entidades locales en esta materia. Algunas referencias de estas iniciativas pueden encontrarse en mi trabajo: “Cambio climático y zonas costeras: aproximación a su ordenación jurídica y el papel de las Administraciones locales”, en *Políticas Locales de Clima y Energía: Teoría y Práctica*, (Dir. S. GALERA RODRIGO y M. GÓMEZ ZAMORA), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2018, pp. 614-637

2. LA REFORMA DE LEY DE COSTAS EN 2013 Y SUS PREVISIONES SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO¹⁸

¹⁸ Hasta el momento presente los trabajos publicados analizando particularmente esta materia –las relación entre el nuevo régimen jurídico de las costas y el cambio climático– son los siguientes: ARANA GARCÍA, E.: “La Ley 2/2013, de protección y usos sostenibles del litoral: las “soluciones singulares” y las nuevas medidas relativas a los riesgos naturales de la costa” en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 295 (2015), pp. 101-136; ARROYO YANES, L. M.: “El tratamiento del cambio climático en la legislación de costas”, en *El litoral de Andalucía. Norma y naturaleza*, (Eds.) RODRÍGUEZ VIDAL, J. y NÚÑEZ LOZANO, M. C., Universidad de Huelva, Huelva, 2015, pp. 227-253; ARROYO YANES, L. M.: “La conformación de un marco normativo para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático en el litoral”, en *Estudios Jurídicos sobre el Litoral*, (Dir.) NÚÑEZ LOZANO, M. C., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 409-450; CAPOTE PÉREZ, L. J.: “La lucha contra el cambio climático en el Derecho Español: el ejemplo de la legislación de costas”, en *Riesgos Naturales y Cambio Climático*, (Eds.) SANTAMARTA, J., HERNÁNDEZ-GUTIÉRREZ, L. E. y ARRAIZA BERMÚDEZ-CAÑETE, M. P., Colegio de Ingenieros de Montes, 2014, pp. 199-208; GARCÍA PEREZ, M. y SANZ LARRUGA, F. J.: “Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas”, en *La nueva regulación de las costas: Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, Coord. Por J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR y otros, pp.; NAVARRO ORTEGA, A. (2012): “La protección del medio ambiente marino y costero e la política ambiental comunitaria y la lucha contra el cambio climático”, en *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*, (Eds.) PÉREZ ALONSO, E. y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 219-247; NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: “la protección del litoral español frente al cambio climático. Coordinación y colaboración para una gestión integrada de las zonas costeras”, en *La protección del patrimonio litoral*, Coord. PÉREZ GÁLVEZ, y ALENZA GARCÍA, J. F., pp. 791-854; NAVARRO RODRIGUEZ, P. y MONTES WORBY, F. (2012): “Protección del litoral y lucha contra el cambio climático en Andalucía a la luz del proyecto de modificación de la Ley de Costas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 84, pp. 135-176; SANZ LARRUGA, F.J.: “Cambio climático y zonas costeras: aproximación a su ordenación jurídica y el papel de las Administraciones locales”, en *Políticas Locales de Clima y Energía: Teoría y Práctica*, (Dir. S. GALERA RODRIGO y M. GÓMEZ ZAMORA), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2018, pp. 614-637. También puede consultarse los comentarios que sobre esta temática se contienen a lo largo de la brillante monografía de PONS CÁNOVAS, F.: *El nuevo régimen jurídico de las costas ¿contribuirá de forma eficaz a la protección y al uso sostenible del litoral?*, Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2015. Igualmente son útiles los comentarios que al respecto se recogen en los trabajos que integran la obra colectiva dirigida por PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *El nuevo Derecho de Costas. Ley y nuevo Reglamento de Costas*, Bosch, Barcelona, 2014. Cuando estábamos acabando la redacción de este trabajo se ha publicado un nuevo trabajo de PONS CÁNOVAS, F.: “Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático después de la reforma de la normativa costera”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 312 (2019), pp. 125-182.

2.1. Tardía e insuficiente incorporación del cambio climático en el nuevo régimen jurídico de las costas. La previsión de las medidas de adaptación

Las referencias de la LPUSL (posteriormente complementado por Reglamento General del Costas, aprobado por el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre; en adelante RLC) al fenómeno del cambio climático son casi las únicas manifestaciones de su pretendida sostenibilidad ambiental¹⁹. Se trata de una inclusión tardía, realizada en la última fase de su tramitación parlamentaria -mediante las enmiendas nº 176 y 180 presentadas por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado-, presumiblemente motivada por las críticas vertidas al proyecto de Ley²⁰.

Como señala ARROYO YANES de modo crítico al referirse a esta materia: “nos hallamos (...) ante unas meras disposiciones transversales (...) pero sin ofrecer un tratamiento acabado y completo para afrontar todos los retos que pueden llegar a generar esa problemática en ese contexto concreto” y concluye “se trata de medidas normativas parciales que articulan una primera y somera aproximación a la problemática referida pero que, aunque supongan un primer cuadro normativo del que partir, resulta todavía insuficiente para afrontar la problemática toda que en el plano jurídico-administrativo ofrece el cambio climático en el litoral”²¹.

¹⁹ En este sentido GONZÁLEZ GARCÍA, J.: “Cuestiones problemáticas de protección del litoral en el proyecto de Ley de reforma de la Ley de Costas”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, nº 26 (2013), pp. 53-75.

²⁰ La referencia al cambio climático en la ley había sido reclamada por los grupos ecologistas y por algunos expertos en ingeniería costera. Vid. el informe presentado por LOSADA RODRIGUEZ (2012). También el trabajo de NAVARRO RODRÍGUEZ y MONTES WOBYS (2012) donde, además de llamar la atención sobre la importancia de introducir en la LC medidas contra los efectos del cambio climático y de tener en cuenta las múltiples competencias (estatales, autonómicas y locales) que concurren en la protección y ordenación del litoral, subrayan la necesidad de articular mecanismos e instrumentos eficaces para la coordinación y colaboración interadministrativas en esta materia. Por su parte PONS CÁNOVAS incide en la falta de integración en el proyecto de ley sobre la adaptación al cambio climático (*El nuevo régimen jurídico de las costas...*, cit. pp. 90 y 91).

²¹ “La conformación de un marco normativo para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático...”, cit. y op. cit. p. 425.

Para determinar si verdaderamente la reforma de la Ley de Costas “contribuye o no a incrementar la capacidad de resiliencia de las zonas costeras a los impactos del cambio climático”, PONS CANOVAS analiza en su trabajo sobre “Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático” dos aspectos esenciales de la misma: de una parte, “si la regulación de la configuración de los bienes demaniales costeros (...) se acomoda o no a los riesgos climáticos”; y, de otra parte, “cómo se concilia el régimen de ocupación y utilización de los referidos espacios con la necesaria reducción de la exposición y de la vulnerabilidad de los sistemas humanos y económicos más expuestos a las amenazas referidas”²². Cuestiones que, según las conclusiones del autor, se responden negativamente: “la normativa costera no apuesta por un planteamiento real y efectivo de adaptación a la costa a los impactos del cambio climático”²³.

En todo caso, el nuevo artículo 2, a) de la LC, referido a los “fines” de la actuación administrativa sobre el dominio público marítimo-terrestre, incluye junto a los su determinación, aseguramiento de su integridad y adecuada conservación, “mediante las medidas de protección y restauración necesarias” y “cuando proceda de adaptación teniendo en cuenta los efectos del cambio climático”²⁴. Veámos a continuación cómo se concreta en el régimen jurídico vigente la respuesta del legislador estatal.

2.2. El régimen del dominio público marítimo-terrestre “en situación de regresión grave”

Muy relacionado con los efectos del cambio climático es el nuevo régimen de los tramos del dominio público marítimo-terrestre que están “en situación de regresión grave” y que se contiene en el art. 13 ter de la LC²⁵. De forma resumida, la Administración General del

²² En el trabajo ya citado publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 312 (2019), p. 136

²³ *Ibidem*. p. 176

²⁴ El subrayado es mio. Cfr. También el art. 2, a) del RLC. Según ARROYO YANES este criterio tiene un alcance limitado ya que no a proyectarse más allá del dominio público marítimo-terrestre pese a que los efectos pueden ir más allá, sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar (Cfr. “La conformación de un marco normativo...”, cit. y loc. cit. pp. 433-434

²⁵ Cfr. el comentario a esta disposición en el trabajo de NÚÑEZ LOZANO, M. C. (2016): “El dominio público marítimo-terrestre en situación de regresión grave”, en *Estudios Jurídicos sobre el Litoral*, (Dir.) NÚÑEZ LOZANO, M. C., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 451-480.

Estado puede declarar por Orden Ministerial (previo informe de la Comunidad Autónoma correspondiente) en “situación de grave regresión” los tramos del dominio público marítimo-terrestre en los que se verifique un retroceso en la línea de orilla (apartados 1º y 6º) y en consecuencia, dicha declaración impide en otorgamiento en dichos tramos de ningún título de ocupación (apartado 2º); no obstante, excepcionalmente podrán otorgarse (salvo riesgo de inundación) ciertos de derechos de ocupación y la Administración del Estado podrá realizar sobre ellos actuaciones de protección, conservación o restauración, con la posibilidad de imponer a los beneficiarios contribuciones especiales (apartados 3º a 5º); en todo caso, si se produce la inundación por el mar, se extinguen los títulos habilitantes para su ocupación (apartado 4º in fine), si bien, los efectos de la declaración de “regresión grave” se pueden revocar si las circunstancias que la motivaron desaparecen (apartado 7º).

Según la profesora NÚÑEZ LOZANO –además que la novedad de este régimen jurídico es relativo²⁶- esta regulación “podría calificarse como una medida del legislador más efectista que práctica”²⁷. Incluso llega a afirmar comentando el desarrollo reglamentario de la LC en esta materia que “el RLC, realmente ha querido que el régimen del dominio público en situación de regresión grave no tenga efectividad”²⁸. Existe, por ejemplo, ausencia de criterios técnicos precisos a la hora de verificar el “retroceso en la línea de orilla” (cfr. art. 13 ter, 1º) sobre el que el RLC no aporta elementos suficientemente precisos sobre la propia “línea de orilla” y sobre el “quantum” de la regresión²⁹. Por otra parte, también es criticable la “escasa

²⁶ Según esta autora, “ya el art. 41 LC permitía extinguir de manera anticipada el título de ocupación (...) y al amparo del art. 74.4 LC, es posible denegar las concesiones y autorizaciones por razones de interés público o cuando atenten a la integridad del dominio público marítimo-terrestre” (“El dominio público marítimo-terrestre en situación de regresión grave”, cit. y loc. cit. p. 477). La misma autora añade que las causa del fenómeno de “regresión costera” pueden producirse de manera natural o por actividades humanas, y, entre éstas se encuentran: la disminución de aportes sedimentarios de los ríos, las extracciones de sedimentos de la propia playa, la alteración de las dinámicas del litoral por obras terrestres o por infraestructuras marinas y, por supuesto, el cambio climático (Ibídem. p. 454).

²⁷ Ibídem. p. 478.

²⁸ Ibídem. p. 456.

²⁹ La autora destaca aquí la crítica que, sobre este punto, ha vertido la doctrina más autorizada: PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *El nuevo Derecho de Costas...*, cit. pp. 186 a 188; y PONS CÁNOVAS, F.: *El nuevo régimen jurídico de las costas...*, cit. p. 168. El requisito previsto en el art. 29,1 del RLC de que “se verifique un retroceso de la línea de orilla superior a 5 metros al año, en cada uno de los últimos cinco años, siempre que se estime que no puedan recuperar su estado anterior por procesos naturales” parece, según la citada doctrina, del todo insuficiente para afrontar con eficacia y seguridad los efectos del cambio climático sobre las zonas costeras.

atención que presta la legislación de costas a los espacios de propiedad privada colindantes con los tramos de demanio público en situación de regresión grave, más en particular cuando el avance del mar se haya saldado con una modificación hacia el interior de la línea de la ribera del mar”³⁰. De similar opinión es PONS CÁNOVAS cuando analiza el referido art. 13 ter de la LC, señalando que es remota la posibilidad de que llegue a declararse algún tramo del DPMT en situación de regresión grave por el anómalo criterio del “5 por 5” previsto en el art. 29,1 del RGC³¹.

2.3. Régimen jurídico de utilización del dominio público marítimo-terrestre y la incidencia del cambio climático

Siguiendo el análisis efectuado por ARROYO YANES -sobre las aportaciones del régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre a la lucha contra el cambio climático³²- se pueden señalar los siguientes elementos normativos:

1. La inclusión del contenido de la evaluación de los efectos del cambio climático en los proyectos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre (cfr. los arts. 44,2 párrafo 2º de la LC, y 91, 2 y 92 en conexión con el art. 85, 1 del RLC). Dichos proyectos habrán de formularse conforme al planeamiento urbanístico y han de prever a adaptación de las obras a su entorno y, en su caso, la influencia de la obra sobre la costa y los posibles efectos de regresión³³.
2. La consideración del cambio climático en relación con los proyectos de las Comunidades Autónomas sobre bienes del dominio público marítimo-terrestre que

³⁰ NÚÑEZ LOZANO, M. C.: “El dominio público marítimo-terrestre en...”, cit y loc. cit. 465. También no queda muy claro en la LC cuándo es posible, en tal caso, realizar obras de defensa al amparo del art. 6 LC (Ibidem. p. 467).

³¹ “Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático...”, cit. y loc. cit. pp. 173-176

³² En su trabajo sobre “La conformación de un marco normativo para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático en el litoral”, cit. y loc. cit. pp. 431 a 445.

³³ Ibidem. p. 435. En los arts. 91 y 92 del RLC se precisan los requisitos para llevar a cabo dicha evaluación. En opinión de ARROYO YANES, esta regulación “es una de las grandes aportaciones del autor del RLC a la problemática del cambio climático en las zonas costeras” (Ibidem. p. 436). Sobre este supuesto, cfr. igualmente el trabajo de PONS CÁNOVAS; F.: “Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático...”, cit. y loc. cit. pp. 163-165.

- le están adscritos (cfr. art. 106 del RLC). Se proyecta sobre obras efectuadas por las Administraciones autonómicas sobre dicho dominio tales como nuevos puertos y vías de transporte, así como de la aplicación o modificación de las existentes, para cuya aprobación se requiere el informe favorable de la Administración General del Estado³⁴.
3. La consideración de los efectos del cambio climático en relación con el otorgamiento de las autorizaciones administrativas de extracciones de áridos y de la realización de dragados (cfr. art. 128, 3 RLC)³⁵.
 4. Como elemento favorable a la ampliación de plazos relativos a las concesiones (cfr. arts. 66,2 LC y 135, 5 in fine RLC). Cuando se trate de usos que desempeñen una función o presten un servicio que, por su naturaleza, requieran la ocupación del dominio público marítimo-terrestre o de servicios públicos o al público, sus respectivos plazos de concesión pueden ampliarse en una quinta parte si sus solicitantes presentan un proyecto para la regeneración de las playas y lucha contra la erosión y los efectos del cambio climático³⁶. En definitiva, como bien expresa ARROYO YANES, “la Administración utiliza a estos concesionarios como agentes colaboradores para este fin contra la erosión y el cambio climático”³⁷.
 5. Como causa de extinción del derecho a la ocupación del dominio público marítimo-terrestre al mediar la revocación de la concesión por existir riesgo de que las obras e instalaciones sean alcanzadas por el mar (cfr. arts. 55; y 78,1 LC en relación con el art. 161, 1, m) RLC)³⁸. Como añade ARROYO YANES debe tratarse de un riesgo

³⁴ *Ibidem*. pp. 437 a 439.

³⁵ *Ibidem*. pp. 439 a 440. Sobre este tema téngase en cuenta la existencia del documento aprobado en 2015 por la Comisión Interministerial de Estrategias Marinas: “Directrices para la caracterización del material del dragado y su reubicación en aguas del dominio público marítimo-terrestre”.

³⁶ *Ibidem*. p. 440

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Sobre este supuesto, cfr. el trabajo de PONS CANOVAS, F.: “Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático...”, cit. pp. 165-168. Como señala el autor, “nos encontramos ante preceptos clave por los efectos que podrían llegar a tener en caso de que se aplicaran en su tenor literal, puesto que ya actualmente, y no por efecto del cambio climático sino por haberse permitido en su momento la ocupación irracional del DPMT, infinidad de construcciones e instalaciones son alcanzadas total o parcialmente por el mar, especialmente en los temporales extraordinarios debido precisamente a su emplazamiento muy cercano a la línea de pleamar”.

- palpable para justificar la revocación, tanto de las autorizaciones como de las concesiones, que además no conllevan un derecho de indemnización³⁹.
6. Como obligación a incluir en los títulos de otorgamiento de concesiones y autorizaciones (cfr. arts. 76, m) LC y 161, 1 en relación con el 158 y ss. del RLC). Se trata de condiciones que pueden incluirse en los títulos de otorgamiento de concesiones y autorizaciones, como resultado de la evaluación de sus efectos y, en su caso, sobre las obligaciones del adjudicatario de adoptar las medidas por la Administración de adaptación a la subida del mar, los cambios de oleaje o otros efectos del cambio climático⁴⁰.
 7. Como criterio de graduación de la ampliación de los plazos máximos en las prórrogas de las concesiones otorgadas al amparo de la normativa anterior (cfr. arts. 66, 2 LC y 175, 1, a) RLC)⁴¹. Como el supuesto recogido en el apartado 4º, se puede ampliar en una quinta parte el plazo cuando el concesionario financie proyectos de regeneración de playas o de lucha contra la erosión y los efectos del cambio climático⁴².
 8. Asumiéndose como factor de mitigación del cambio climático vinculándolo a la eficiencia energética de las obras e instalaciones realizadas al amparo de la normativa anterior (cfr. Disposición Transitoria 4ª de la LC y art. 175, 1, b) RLC)⁴³.

³⁹ Cfr. ARROYO YANES, L. M.: “La conformación de un marco normativo para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático en el litoral”, cit. y loc. cit. pp. 440 y 441.

⁴⁰ *Ibidem*. pp. 441 y 442.

⁴¹ Según PONS CÁNOVAS, al tratar de la prórroga de las concesiones otorgadas antes de la Ley de Costas de 1988, tal como está en la vigente regulación “no permite reducir la exposición y la vulnerabilidad respecto de las ocupaciones en riesgo de inundación” y, en este sentido, propugna a la hora de decidir acerca de la concesión o denegación de la prórroga por tener en cuenta la variable del cambio climático, la puesta en práctica de los principios de acción preventiva y de precaución (“Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático...”, cit. y loc. cit. p. 172).

⁴² Cfr. ARROYO YANES, L. M.: “La conformación de un marco normativo para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático en el litoral”, cit. y loc. cit. pp. 442 y 443.

⁴³ *Ibidem*. pp. 443 y 444. A diferencia del resto de las referencias normativas que remiten a medidas de adaptación al cambio climático de las zonas costeras, esta de la aplicación de eficiencia energética (que aparece junto medidas de ahorro de agua) se trata de medidas de mitigación. Pero como bien señala ARROYO YANES. “no nos hallamos aquí propiamente con los efectos negativos del cambio climático en los espacios costeros, sino con los espacios costeros como sede física de actividades y comportamientos que pueden producir ese resultado general no querido” (*Ibidem*. p. 443).

Por su parte, PONS CÁNOVAS analiza con profundidad la regulación introducida por la Ley 2/2013 y por el nuevo RGC sobre la configuración de los bienes del DPMT en contra de una interpretación amplia (favorables a su extensión) del mismo efectuada por la Administración General del Estado a través de los deslindes y confirmada mayoritariamente por la jurisprudencia⁴⁴. El autor trata en este punto los supuestos normativos que entran en contradicción con el criterio extensivo del DPMT como, en primer lugar, los criterios de determinación del límite interior de la Zona Marítimo Terrestre que no permiten apreciar el alcance de las olas el caso de los episodios meteorológicos extremos⁴⁵; también plantean problemas la nueva regulación de las dunas en la que se opera una potencial exclusión de las dunas fijas o estabilizadas⁴⁶. Sin embargo, otras de las modificaciones regresivas para el DPMT han sido, felizmente, rechazadas por el Tribunal Constitucional con motivo de las Sentencias de inconstitucionalidad que fueron interpuestas contra la Ley 2/2013; es el caso del intento de exclusión del DPMT, tanto de los terrenos inundables artificial y controladamente⁴⁷, como el de la configuración específica para la Isla de Formentera⁴⁸.

2.4. La previsión de instrumentos estratégicos y de planificación. Remisión

La LPUSL establece en su Disposición Adicional 8^a⁴⁹ la exigencia de la elaboración de determinados instrumentos de protección frente a las incidencias del cambio climático por parte de las siguientes Administraciones territoriales:

⁴⁴ Cfr. “resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático...”, cit. y loc. cit. pp. 145 y ss.

⁴⁵ La nueva regulación en esta materia derivada del art. 3 de la LC y el art. 4,a) del RGC de la regla del “5 por 5” para determinar el límite hasta donde alcance las olas en los mayores temporales que, según el RGC, “dicho límite será alcanzado al menos es 5 ocasiones en un periodo de cinco años, salvo en aquellos casos excepcionales en que la evidencia científica existente demuestre la necesidad de utilizar otro criterio” (PONS CÁNOVAS, F.: “Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático...”, cit. y loc. cit. pp. 146-149

⁴⁶ Cfr. PONS CÁNOVAS, F.: “Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático...”, cit. y loc. cit. pp. 152-158. Un planteamiento normativo que como explica el autor está en contra de una extendida línea jurisprudencial favorable a la demanialización de los sistemas dunares con el fin de hacer frente a los procesos de regresión, erosión y riesgo de inundación, se trate o no de dunas móviles o fijas.

⁴⁷ *Ibidem*. 150 y 151. Tal intento se declaró constitucionalmente inadmisibile por la STC 233/2015

⁴⁸ *Ibidem*. pp. 158-160. También fue objeto de declaración de inconstitucional por la misma STC 233/2015.

⁴⁹ Disposición introducida por la enmienda nº 180 del grupo parlamentario del partido popular en el Senado.

1. Una “estrategia para la adaptación de la costa a los efectos del cambio climático”, que deberá elaborar el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley 2/2013, y que deberá someterse a evaluación ambiental estratégica. En dicha Estrategia deberá contenerse como mínimo la indicación de “los distintos grados de vulnerabilidad y riesgo del litoral y se propondrán medidas para hacer frente a sus posibles efectos” (apartado 1)⁵⁰. Aunque con dos años de retraso respecto del plazo previsto en la LPUSL, la “Estrategia de Adaptación al Cambio Climático de la Costa Española” fue aprobada el 24 de julio de 2017. Por su importancia a los efectos de este trabajo le dedicamos su apartado III.
2. Un “Plan de adaptación” de los terrenos sobre los que se hayan adscrito terrenos de dominio público marítimo-terrestre a las Comunidades Autónomas, conforme al art. 49 de la LC, que deberán presentar las mismas a la aprobación del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Dicho Plan de adaptación se ha de referir no sólo a los terrenos sino también a “las estructuras construidas sobre ellos para hacer frente a los posibles efectos del cambio climático”⁵¹.

3. LA NORMATIVA DE AGUAS: LA REGULACIÓN SOBRE LA EVALUACIÓN Y GESTIÓN DE LAS INUNDACIONES EN LAS ZONAS COSTERAS

Unos pocos años antes de que tuviera lugar la reforma de la LC de 2013⁵², uno de los señalados efectos del cambio climático como es el tema de las inundaciones había sido

⁵⁰ Dice al respecto el preámbulo de la LPUSL: “Junto a estas medidas de carácter jurídico, la Ley impone al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio ambiente la obligación de elaborar una estrategia para la adaptación de la costa a los efectos del cambio climático. Con ello, se conseguirá disponer de un diagnóstico riguroso de los riesgos asociados al cambio climático que afectan a nuestra costa, y de una serie de medidas que permitan mitigarlos”.

⁵¹ Aunque hasta el día de hoy no tengamos constancia de que se haya aprobado alguno de estos “planes de adaptación” autonómicos, nos remitimos al apartado IV.1 de este trabajo donde analizamos algunas iniciativas autonómicas relacionadas con esta materia.

⁵² Nosotros llamamos la atención sobre ausencia en la LPUSL a la normativa sobre evaluación y gestión del riesgo de las inundaciones que había sido aprobada en 2010 (Cfr. GARCÍA PÉREZ, M. y SANZ LARRUGA,

abordado en sede la normativa de aguas en el transcurso de la transposición del Derecho Comunitario es esta materia⁵³. En efecto, el Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación –que constituye, a su vez, la transposición en España de la Directiva 2007/60/CE-⁵⁴ declara en su Preámbulo que “en materia de protección de la costa, parte de los preceptos previstos e impulsados por este real decreto desarrollan y complementan la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (...). De esta forma, se coordinan adecuadamente las inundaciones en la costa, con las inundaciones en las zonas de transición y las inundaciones fluviales, incorporando todas ellas en el Sistema Nacional de Cartografía de Zonas Inundables”⁵⁵.

F. J.: “Reflexiones en torno a la Ley 2/2013...”, cit. y loc. Cit.). También PONS CÁNOVAS se refiere en su trabajo sobre la reforma de la LC a la “insuficiente apelación a la Directiva 2007/60/CE y al Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, sobre evaluación y gestión de riesgos de inundación” (cfr. *El nuevo régimen jurídico de las costas...*, cit. pp. 89 y 90).

⁵³ Sobre el concepto y consecuencias jurídicas del “riesgo natural” y del “riesgo de inundación” cfr. El trabajo de CONDE ANTEQUERA, J.: “La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 45-46 (2015), pp. 67-100. Se entiende por “riesgo natural” la probabilidad de que se produzca un daño o una catástrofe para la población de una zona o para sus bienes. El riesgo depende, a su vez, de tres factores:

- la “peligrosidad”: magnitud que puede tener un suceso potencialmente catastrófico y frecuencia con la que ocurre.
- la “exposición”: volumen de población y bienes que pueden ser afectados
- “vulnerabilidad”: susceptibilidad que presenta una comunidad a ser dañada

⁵⁴ Esta Directiva tiene su base en la Directiva 2000/60/CE por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Sobre este materia de las inundaciones vid. los estudios de LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L.: “La protección civil y gestión de riesgo de inundaciones”, en *Protección Civil y emergencias: régimen jurídico*, A. MENÉNDEZ REXACH (Dir.), La Ley-El Consultor, Madrid, 2011, pp. 249-315, y “El reglamento estatal de inundaciones y el avance en el enfoque holístico para la gestión de los riesgos naturales”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 275 (2012), pp. 41-88; y, también, el de MOLINA GIMENEZ, A.: “La disciplina territorial del riesgo de inundaciones en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 18 (2010), pp. 39-72. La Directiva 2007/60/CE trae causa, a su vez, de la Directiva Marco del Agua de 2000. En el marco de los trabajos de implantación de la Directiva de Inundaciones por la Comisión Europea, se han elaborado, entre otros, dos documentos que recopilan numerosa información sobre adaptación al riesgo de inundación y usos del suelo: así, por ejemplo, el Informe sobre normativos de usos del suelo y riesgos de inundación en Europa e inundaciones costeras: “[WG F18 Workshop on Coastal Flooding and Spatial Planning](#)”.

⁵⁵ Toda la cartografía generada por la Dirección General del Costas y Sostenibilidad del mar se ha incorporado junto con la proveniente de la Dirección General del Agua en el visor del “[Sistema Nacional de Cartografía de Zonas Inundables](#)” cuyo acceso es gratuito y abierto para todo el público:

En esta temática de las inundaciones como el “riesgo natural” que, cada vez, produce mayores daños materiales⁵⁶, la normativa comunitaria introduce un interesante “enfoque holístico e integrado” (holistic and integrated approach) en el que, por supuesto, se contemplan los supuestos de “inundación de las zonas costeras”⁵⁷. Según este régimen jurídico –que se aplica tanto sobre inundaciones procedentes de aguas continentales como las “causadas por el mar en las zonas costeras y las producidas por la acción conjunta de ríos y mar en las zonas de transición” (art. 3, b) in fine) RD 903/2010- se prevén tres modalidades de instrumentos:

En una primera fase, la elaboración de la “evaluación preliminar del riesgo de inundación” (regulados en el Capítulo II del citado Real Decreto), que deberán realizarse en cada “demarcación hidrográfica”⁵⁸, con objeto de “determinar aquellas zonas del territorio para las cuales se haya llegado a la conclusión de que existe un riesgo potencial de inundación significativa o en las cuales la materialización del riesgo puede considerarse probado” (art. 5)⁵⁹.

⁵⁶ Sobre los desastres naturales en España, los daños por las inundaciones y temporales marítimos son los más cuantiosos (es estiman en unos 800 millones de euros anuales).

⁵⁷ El art. 3 del RD 903/2010 las define como: “anegamiento temporal o permanente de terrenos que no están normalmente cubiertos de agua a causa de mareas, oleaje, resacas o procesos erosivos de la línea de costa, y las causadas por la acción conjunta de ríos y mar en las zonas de transición” (apartado c). Incluso define también otros conceptos costeros como la “zona costera inundable” (apartado n). Desde el punto de vista técnico, se distinguen dos tipos de inundaciones relacionadas con el mar: las costeras o marinas (causadas por mareas meteorológicas, oleaje, onda larga) y maremotos (producto de las erupciones volcánicas y temblores submarinos que sacuden el Planeta). El concepto de inundación costera o “cota de inundación” se compone de la suma del “nivel medio del mar”, la “marea astronómica”, la “marea meteorológica” y el llamado “run up” (o sobre elevación por efecto del oleaje).

⁵⁸ Como es sabido, la “demarcación hidrográfica” está conformada por la zona terrestre y marina, compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas (RD 125/2007 por el que se fija su ámbito territorial). En la actualidad ya están aprobada la evaluación preliminar del riesgo de inundación (EPRI) –y con ellos, las áreas de riesgo potencial significativo de inundación (ARPSI)- de todas las Demarcaciones Hidrográficas. Esta información está disponible en la [web del MAPAMA](#).

⁵⁹ Cfr. El art. 7.3 del RD 903/2010, sobre especificaciones relativas a las zonas costeras en el proceso de elaboración de dicha evaluación.

Como segundo hito del proceso de aplicación de la Directiva 2007/60/CE, los “mapas de peligrosidad (cálculo de la zona inundable) y de riesgo de inundación (incorporación a la zona inundable de los usos del suelo en cada zona y de los principales daños esperados)” - regulados en el Capítulo III del RD 903/2010- que han de elaborarse en cada “demarcación hidrográfica”⁶⁰. Dicha información se integrará en el “Sistema Nacional de Cartografía de Zonas Inundables” (art. 10.3).

1. Los “planes de gestión del riesgo de inundación” -regulados en el Capítulo IV del RD 903/2010 (arts. 11 al 17)- que deberán elaborar los organismos de cuenca (en las cuencas intercomunitarias) y las Administraciones competentes (en las cuencas intracomunitarias) en cada demarcación geográfica, constituyen la herramienta clave de la Directiva 2007/60 y tienen como objetivo lograr una actuación coordinada de todas las Administraciones Públicas y la sociedad para reducir las consecuencias negativas de las inundaciones, basándose en los programas de medidas que cada una de las Administraciones debe aplicar en el ámbito de sus competencias⁶¹. La aprobación de estos planes corresponde al Gobierno de la Nación (cfr. art. 13)⁶².

⁶⁰ Estos mapas de peligrosidad y de riesgo de inundación -que deberían haberse aprobado antes del 22 de diciembre de 2013- siguen todavía en “fase de consulta pública”. Una vez finalizada esta fase se someten a informe del Comité de Autoridades Competentes u organismo equivalente en las cuencas intracomunitarias y posterior se remitirán al Ministerio para su incorporación al Sistema Nacional de Cartografía de Zonas Inundables. La información sobre estos mapas está disponibles en la [web del MAPAMA](#):

⁶¹ En cuanto al Catálogo de medidas costeras de los “Planes de gestión de riesgo de inundaciones” (PGRI) se distinguen los siguientes:

- a) medidas de prevención (por ejemplo, ordenación territorial y urbanismo; limitaciones a los usos del suelo en las zonas inundables; criterios constructivos para las edificaciones en zona inundable; medidas para adaptar el planeamiento urbanístico; estudios de mejora sobre conocimiento de la gestión del riesgo, etc.
- b) medidas de protección: de carácter natural (medidas de restauración de la franja costera y la ribera del mar: rehabilitación del humedales, regeneración de dunas, etc.) y de carácter antrópico o medidas estructurales (encauzamientos, diques, etc.) que implican intervenciones físicas en los cauces, aguas costeras y áreas propensas a inundaciones.
- c) medidas de preparación: establecimiento y mejora de los sistema de alerta meteorológica, mejora de la planificación institucional de respuesta a emergencias, mejora de la concienciación pública ante las inundaciones, etc.
- d) medidas de recuperación y revisión. Obras de emergencia para reparación de infraestructuras, planes de protección civil, promoción de suero sobre personas y bienes, etc.

⁶² Sobre sus principios y objetivos, art. 11 del RD. En todo caso, resaltamos el principio recogido en la letra d)

Por su parte, los arts. 9, 9 bis, 9 ter, 9 *quáter*, 14 y 14 bis del Reglamento del Dominio Público Hidráulico establecen la regulación específica sobre las modalidades de cada zona según su peligrosidad⁶³. Y, en cuanto a las Comunidades Autónomas, éstas pueden establecer normas adicionales de protección respecto a las limitaciones de usos en las zonas inundables⁶⁴. Y, finalmente, la normativa contenida en los propios planes hidrológicos de cuenca puede recoger igualmente determinadas limitaciones específicas y más protectoras a los usos en zonas inundables en sus ámbitos territoriales, respetando la regulación básica establecida en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

La necesaria gestión integrada de las cuencas hidrográficas y de las zonas costeras supone en este tema de la gestión de los riesgos de inundación una prioridad que debe superar las inercias del pasado, de la gestión separada –no unitaria– de ambos ámbitos geográficos, cuya interdependencia es naturalmente indiscutible⁶⁵

del citado artículo: “evitando el deterioro injustificado de los ecosistemas fluviales y costeros, y potenciando medidas de tipo no estructural contra las inundaciones”. La mayor parte de estos “planes de gestión del riesgo de inundación” de cada Demarcación Hidrográfica han sido aprobados por el Consejo de Ministros de 15 de enero de 2016 (vid. su publicación en el BOE nº 19 de 22 de enero de 2016). Cfr. También la información disponible en la [web del MITECO](#).

⁶³ La peligrosidad frente a inundaciones, en función de la zona donde se vaya a desarrollar el uso o actividad:

- Zona Flujo Preferente (ZFP): limitaciones a los usos vulnerables frente a avenidas o que supongan una reducción de la capacidad de desagüe.
- Zona inundable (ZI): criterios constructivos para las edificaciones destinadas a viviendas y recomendaciones de seguridad para otros usos.
- Régimen especial municipios alta inundabilidad: para municipios con más de 1/3 de su superficie incluida en la ZFP, o que por la morfología de su territorio tengan una imposibilidad material para orientar sus futuros desarrollos hacia zonas no inundables.

⁶⁴ Así, por ejemplo, es el caso del “Plan de Prevención de avenidas e inundaciones en cauces urbanos andaluces” aprobado mediante el Decreto 189/2002; el “Plan de Acción Territorial sobre prevención del riesgo de inundación en la Comunidad Valenciana” (PATRICOVA), aprobado por Decreto 201/2015; o el “Plan territorial Sectorial de Ordenación de ríos y arroyos de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, aprobado por Decreto 449/2013.

⁶⁵ Un magnífico intento en la doctrina jurídica de lograr esta gestión integrada es la obra de NAVARRO ORTEGA, A.: “El régimen jurídico de las aguas de transición: un punto de encuentro entre la legislación de aguas y la de costas”, que fue objeto de la tesis doctoral dirigida por el Profesor Estanislao ARANA GARCÍA y defendida, en enero de 2014, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Su texto puede consultarse en la [siguiente dirección de internet](#). En la misma dirección PONS CÁNOVAS, tras analizar el RD 903/2010 sobre evaluación y gestión de riesgos de inundación, defiende que las medidas de gestión determinadas en dichas áreas deberían tenerse en cuenta “a efectos de configuración de los bienes de DPMT

4. LA “ESTRATEGIA DE ADAPTACIÓN AL CAMBIO CLIMÁTICO DE LA COSTA ESPAÑOLA” DE 2017⁶⁶

Tras encontrarse muchos meses en la web del MAPAMA –a modo de información pública–, por Resolución de la Directora General de Sostenibilidad de la Costa y del mar, de 24 de julio de 2017, ha sido aprobada la “Estrategia de Adaptación al cambio climático de la costa española” (en adelante, EACCCE)⁶⁷. Como ya es sabido esta Estrategia estaba prevista en la Disposición Adicional 8ª de la LPUSL⁶⁸.

Después de la Introducción⁶⁹ –sobre los antecedentes (principalmente, el “Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático” de 2006), objetivos principales⁷⁰ y principios

y para llevar a cabo una gestión dinámica de la costa, especialmente teniendo en cuenta la baja probabilidad de que lleguen a declararse tramos en situación de regresión grave” (“Resiliencia de la costa a los efectos del cambio climático...”, cit. y loc. cit. p. 140.

⁶⁶ Sobre los antecedentes de esta Estrategia que tiene su base en los trabajos desarrollados por el Instituto Hidráulico de Cantabria a lo largo del proyecto “C3E”, cfr. mi trabajo: “Cambio climático y zonas costeras: aproximación a su ordenación...”, cit. y loc. cit. epígrafe III.1.

⁶⁷ Su texto completo se haya disponible en el apartado de [“Costas” de la web del MITECO](#).

⁶⁸ Su declaración ambiental estratégica fue aprobada por Resolución de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente de 12 de diciembre de 2016 (cfr. BOE nº 309 de 23 de diciembre de 2016).

⁶⁹ Cfr. sus pp. 7 a 13.

⁷⁰ Son los siguientes:

1º.- Incrementar la resiliencia de la costa española al cambio climático y a la variabilidad climática, y

2º.- Integrar la adaptación al cambio climático en la planificación y gestión de la costa española

La resiliencia se define en el propio texto siguiendo al IPCC: como la “capacidad de los sistemas sociales, económicos y naturales de hacer frente a un evento, tendencia o perturbación, respondiendo o reorganizándose de manera que se mantengan sus funciones esenciales, identidad y estructura, manteniendo también su capacidad de adaptarse, aprender y transformarse “.

orientadores⁷¹-, La EACCCE se compone de tres partes: la Primera⁷², relativa al diagnóstico –ambiental y socioeconómico- de la situación actual de la costa española en sus varias vertientes (mediterránea, atlántica y los archipiélagos, canario y balear)⁷³, con referencia al 5º Informe de Evaluación del IPCC (sus implicaciones para la costa española)⁷⁴ y al proyecto “Cambio climático en la costa española” (C3E) que, como ya dijimos, está en la base de la

⁷¹ Se recogen en su p. 12, los siguientes:

- Utilizar de forma racional, ordenada y equilibrada el territorio y los recursos naturales
- Priorización de las medidas que supongan un menor consumo o ahorro de energía y el impulso de las energías renovables
- Reducción de la contaminación atmosférica y las emisiones de gases de efecto invernadero
- Contribución al buen estado ambiental de las aguas marinas
- Contribución al buen estado de las aguas superficiales y subterráneas continentales asociadas al litoral (reducción de la intrusión salina, etc.).
- Reducción de la erosión por causas antrópicas
- Priorizar la conservación de las especies españolas endémicas (exclusivas a nivel mundial), especies incluidas en los catálogos de especies amenazadas o protegidas a nivel internacional que son propias de los ecosistemas marinos, costeros y estuáricos.
- Evitar la alteración sustancial de ecosistemas, hábitats naturales y especie de flora y fauna de interés para la conservación o en situación de amenaza y limitar su afección por infraestructuras al mínimo indispensable y en ausencia de otras alternativas.
- Preservar la funcionalidad de los ecosistemas vinculados con la dinámica fluvial-marina, así como la de los humedales costeros
- Mantener o favorecer la conectividad del territorio, preservando la funcionalidad de los ecosistemas y evitando su fragmentación, especialmente entre el medio marino, estuarios, zonas húmedas litorales y corredores fluviales.
- No contribuir a la introducción o proliferación de especies que no tengan carácter autóctono a escala local, apoyando la erradicación activa de especies exóticas invasoras
- Preservar aquellos valores geomorfológicos, identificadores y característicos del paisaje litoral
- Asegurarse de que las actuaciones elegibles posean un diseño bien adaptado al paisaje litoral en el que se inserten, con especial atención a las zonas con paisaje de mayor naturalidad
- Fomentar medidas que impliquen la protección y revalorización del patrimonio cultural asociado a la costa
- Evitar nuevas infraestructuras, construcciones y desarrollos urbanos en la franja costero-litoral.

⁷² Cfr. sus pp. 14 a 71.

⁷³ A lo largo de sus 7.883 kms. de costa, están implicadas 10 Comunidades Autónomas, 24 Provincias y 487 Municipios costeros.

⁷⁴ Cfr. Sus pp. 32 a 40.

propia EACCCE⁷⁵; la Segunda Parte⁷⁶ se refiere a los “Objetivos específicos⁷⁷, Directrices generales⁷⁸ y Medidas propuestas⁷⁹”. Y, finalmente, en la Tercera Parte⁸⁰, se parte del “análisis

⁷⁵ Cfr. Sus pp. 41 a 71. Aquí se analizan tanto los factores de cambio relacionados con el clima (nivel del mar, oleaje y viento, temperatura del agua, acidificación de origen antrópico, etc.) como los que no están relacionados con el mismo. En cuanto a las conclusiones sobre el diagnóstico son las siguientes (cfr. p. 71).

-El último informe del IPCC cuenta con información actualizada muy relevante para evaluar los impactos del cambio climático en la costa española, sin embargo, la escala de resolución espacial ofrecida, no es la suficiente para abordar la estrategia española.

-En España existen diversos estudios que han analizado diferentes elementos relevantes para analizar los efectos del cambio climático en la costa española.

-Dichos estudios abordan, con diferente nivel de aproximación y ámbito territorial, el análisis de aspectos de la física, impactos e incluso adaptación al cambio climático en las costas españolas. Sin embargo el proyecto “C3E”, financiado por el MAGRAMA, es el único que cubre desde la física hasta las consecuencias con una cobertura geográfica nacional, especialmente desarrollada en la costa Atlántico-Cantábrica.

-Asimismo, los diferentes estudios existentes difieren de manera importante en las proyecciones, impactos y sectores considerados, así como en las bases de datos y modelos de impacto considerados por lo que son difícilmente comparables.

-Aunque, en unos y otros, existe coincidencia en la identificación de algunas de las zonas más sensibles al cambio climático en la costa española, no se ha establecido, hasta el momento, una metodología contrastada que, de forma cuantitativa y homogénea para todo el litoral español, sirva para clasificar los niveles de riesgo actuales, ni su previsible evolución en el futuro. Esto conduce a que el establecimiento de prioridades de actuación se haya basado, hasta el momento, más en criterios de experto o de emergencia que no en evaluaciones cuantitativas de medio largo plazo.

⁷⁶ Cfr. pp. 72 a 95.

⁷⁷ Los objetivos específicos de la Estrategia se estructuran en los siguientes bloques: 1. Diagnóstico, 2. Participación, 3. Capacitación y concienciación, 4. Medias de adaptación y coordinación, y 6. Investigación. Cfr. Sus pp. 72 a 75.

⁷⁸ Las Directrices que sirven para guiar y acotar el alcance de la Estrategia se orientan en torno a los siguientes elementos: sistemas sobre los que se consideran los efectos del cambio climático (se distinguen los naturales de los socioeconómicos), factores de cambio a considerar en los diagnósticos (por ejemplo, nivel del mar, tormentas, viento, olas, etc.), determinación de escenarios y proyecciones, impactos incluidos y niveles de riesgos (se distinguen cinco niveles, desde bajo a extremo) y sus consecuencias (desde pequeñas a irreversibles), y finalmente, la definición del nivel de riesgo aceptable y desarrollo de medidas de adaptación. Cfr. Sus pp. 75 a 82.

⁷⁹ Siguiendo al Informe del IPCC-AR5 se identifican tres tipos de categorías en las opciones de adaptación: las “estructurales físicas” (ingeniería, tecnología, servicios, etc.), las “sociales” (educación, información y comportamiento) y las “institucionales” (economía, leyes y regulaciones y políticas y programas gubernamentales). Y, en cuanto a las medidas concretas, éstas se clasifican en tres grandes grupos: de

coste-beneficio de las medidas”⁸¹, se dan algunas orientaciones en cuanto a las posibles “fuentes de financiación” y el “calendario”⁸² para su aplicación, el “seguimiento de la Estrategia” (con sus respectivos indicadores, generales y ambientales)⁸³, la necesaria coordinación y colaboración entre todas las Administraciones Públicas⁸⁴, y, finalmente, las herramientas e instrumentos disponibles para alcanzar los objetivos⁸⁵.

Limitándonos a las medidas de naturaleza jurídica y de política pública, destacamos las siguientes:

1. Medida nº 11: Normativa y códigos de adecuación sobre criterios de para la acomodación de infraestructuras e instalaciones en zonas inundables o en erosión en el dominio público marítimo-terrestre⁸⁶
2. Medida nº 16: cambio en los usos de suelo en las zonas del litoral, con el fin de reducir su vulnerabilidad y el riesgo frente al cambio climático⁸⁷.
3. Medida nº 17: favorecer la migración hacia el interior de humedales y marismas y creación de nuevas áreas intermareales, fomentando así los servicios de protección basados en ecosistemas⁸⁸.
4. Medida nº 19: reducción de barreras administrativas, institucionales, jurídicas, sociales, etc. que impiden el desarrollo de algunas de las opciones de adaptación en la costa⁸⁹

protección, de acomodación y de retroceso, y, en la Tabla 13 se recoge una relación de 26 medidas (cfr. Sus pp. 86 a 93).

⁸⁰ Cfr. pp. 96 a 107.

⁸¹ Cfr. p. 96.

⁸² Cfr. pp. 97 y 98

⁸³ Cfr. pp. 99 a 104.

⁸⁴ Cfr. p. 106.

⁸⁵ Cfr. p. 107. Se citan una serie de páginas web internacionales, europeas y españolas con información sobre las materias de clima y de costas.

⁸⁶ Cfr. p. 90. Esta medida está muy relacionada con las iniciativas impulsadas por el “Plan de impulso de medio ambiente para la adaptación al cambio climático en España” (PIMA-ADAPTA).

⁸⁷ Cfr. p. 91

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 92

5. Medida nº 20: integración en la toma de decisiones a todos los niveles institucionales, lo cual supone reducir una gran parte de las barreras y limitaciones con las que se encuentra la planificación y la implementación de la adaptación al cambio climático en la costa⁹⁰.
6. Medida nº 26: “Gestión integral de las zonas costeras” (GIZC): “será el marco fundamental que el MAGRAMA utilizará para establecimiento de medidas de adaptación. La GIZC es un proceso de largo plazo, institucionalizado e iterativo que promueva la integración de las actividades en la costa, los agentes públicos y privados y sectores relevantes para hacer una gestión sostenible de la costa. El MAPAMA promoverá medidas en diferentes ámbitos que faciliten la integración del cambio climático en la GIZC y favorezcan la implementación de la adaptación”⁹¹. Además, se añade que será “Compatible con el concepto de infraestructura verde”⁹².

En mi opinión, la Estrategia acierta a diseñar un buen grupo de medidas de naturaleza jurídica que deben de arbitrarse para abordar los efectos del cambio climático en las zonas litorales de España, si bien hubiera sido deseable que el planificador estatal hubiera sido un poco más preciso y concreto en la aplicación de dichas medidas, dejando a la Administración del Estado la máxima discrecionalidad. No obstante, como señala PONS CÁNOVAS, tras analizar el contenido de la EACCCE, que las medidas concretas que contempla la Estrategia entran, en algunos casos, en contradicción con el marco normativo vigente sobre las costas y el cambio climático; el “espíritu” de dicho marco jurídico -dice el autor- “complica, cuando menos, la adaptación de la costa al cambio climático, por lo que será más difícil que su implementación se realice con éxito en todo su potencial”⁹³.

⁹⁰ *Ibidem*. Se añade aquí la “Estrategia pretende promover acciones que permitan integrar la adaptación al cambio climático en la costa desde la administración local hasta otras entidades de la AGE con competencias en la costa. Introducir la variable cambio climático y su adaptación en la planificación y ordenación territorial, el desarrollo de infraestructuras y servicios, la planificación ambiental, la gestión de riesgos o la gestión integrada de las zonas costeras es esencial para favorecer una correcta adaptación y a tiempo”.

⁹¹ *Ibidem*. p. 93

⁹² *Ibidem*.

⁹³ “Resiliencia de la costa ante los impactos del cambio climático...”, cit. y loc. cit. p. 144

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La casi totalidad de la doctrina jurídica (PONS CÁNOVAS, ARROYO YANES, PÉREZ GÁLVEZ y nosotros mismos) que ha analizado el nuevo régimen jurídico de las costas y la inserción de la problemática del cambio climático, coincide en su crítica por tratarse de una regulación superficial, insuficiente, incompleta, cortoplacista y, en ocasiones, errática técnicamente⁹⁴. Como expresa muy claramente PONS CÁNOVAS, refiriéndose al grupo normativo que hemos analizado en este trabajo, “estas disposiciones no solamente no han sido sensibles a la necesidad de regular la configuración de tales bienes (DPMT) para hacerlos más resistentes a los referidos impactos, sino que han ido en sentido contrario al incorporar diversos criterios a efectos de determinar el alcance del límite interior de la ZMT y de las dunas...” y por tal motivo propugna la modificación (...) de la LC y Ley 2/2013, así como del RGC “con el fin de que la adaptación real y efectiva de la costa al cambio climático inspire y delimite la regulación de la configuración y ocupación de los bienes del DPMT”⁹⁵. Por su parte, ARROYO YANES concluye en la necesidad de “modificar este grupo normativo para adaptarlo fielmente a las nuevas condiciones ambientales fruto del cambio climático”⁹⁶ y, “el marco normativo para adaptar y mitigar los efectos del cambio climático en el litoral se encuentra actualmente “in fieri”, esto es, se halla en abierto proceso de desarrollo y acabado”⁹⁷.

⁹⁴ Desde el punto de vista técnico (no jurídico) son muy relevantes las críticas realizadas por LOSADA RODRÍGUEZ, M. A.: (Informe) *Análisis y Comentarios al Borrador de Anteproyecto de Ley de Protección y Uso Sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas*, Granada 1 de octubre de 2012.

⁹⁵ “Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático...”, cit. y loc. cit. p. 178. El autor propone que tal reforma podría ser adoptada a través de la legislación del cambio climático y a este propósito, cuando elaboramos este trabajo, está publicado -desde febrero de 2019- el anteproyecto de “Ley de cambio climático y transición energética” que contempla -entre las “medidas de adaptación a los efectos del cambio climático”- en su art. 18: “Consideración del cambio climático en la planificación y gestión del dominio público marítimo terrestre”, donde se recogen una serie de criterios sobre la gestión de los títulos de ocupación del DPMT y sus prórrogas, así como la modulación de los plazos a favor de “incrementar la resiliencia de la costa española al cambio climático y a la variabilidad climática”. También quiero hacer constar aquí que desde finales del 2018 el Gobierno promovió la reforma del RGC -que todavía se trata de un proyecto de reforma reglamentaria- en el sentido de restringir las prórrogas de las concesiones y la discrecionalidad que actualmente existe para su extensión.

⁹⁶ En su repetido trabajo “La conformación de un marco normativo...”, cit. y loc. cit. p. 445).

⁹⁷ *Ibidem*. p. 449. Añade en la misma dirección: “queda todavía mucho por realizar y todo ese proceso necesita

La reforma de la LC de 2013 ha sido una oportunidad desperdiciada para abordar con seriedad este problema y, ante la introducción precipitada del cambio climático en la LC, también hubiera sido una buena ocasión para haber enriquecido el régimen que estamos estudiando con la aprobación del RLC en 2014, pero tampoco esto ha sucedido. Más bien, la reforma de la LC de 2013 ha podido propiciar un retroceso en la defensa de la costa ante el cambio climático al primar por encima de la sostenibilidad ambiental y de la gestión de los riesgos futuros una excesiva prioridad de los intereses económicos y privados que allí concurren. Tenemos la convicción, compartida con otros especialistas, de que, antes que abrir tan generosamente los límites en el desarrollo económico de la costa, debería haberse esperado a tener un conocimiento más completo de los riesgos y vulnerabilidades de las zonas costeras ante el cambio climático. O, al menos, haber meditado más pausadamente la relajación protectora que introduce la Ley ante hechos que pueden llegar a ser irreversibles (como la regresión costera en algunos lugares del litoral) y que, pese a la imposición de las contribuciones especiales (para la ejecución de las obras de protección, mejora o defensa del dominio públicos marítimo-terrestre), resultan inasumibles para el erario público.

Ciertamente podrá afirmarse que pesan todavía muchas incertidumbres sobre los efectos cuantitativos y cualitativos del cambio climático en las zonas costeras. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico está comenzando a surtir efectos, como se puede deducir de alguna jurisprudencia, todavía aislada⁹⁸.

de un impulso tan intenso y profundo para que, al menos en algunas zonas del litoral español, pueda afirmarse que nos encontramos ante un régimen terminado y perfilado en todos los aspectos que suscita un capítulo tan sustantivo, complejo y poliédrico como este” (Ibídem).

⁹⁸ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n° 246/2004 (sala de lo contencioso-administrativo, sección 2ª) de 23 de marzo de 2004, sobre el papel que puede cumplir el derecho urbanístico en la evitación de riesgos, naturales y tecnológicos, donde se hace referencia al principio de precaución. Vid. sobre ella el comentario de MARTÍN MORALES, M. L.: “¿Subyace el principio de precaución en el ámbito urbanístico?”, *El principio de precaución y su proyección en el Derecho Administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 297-329. Y más recientemente, la sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de 8 de enero de 2008, en el que se veta la instalación de una estación de esquí por “ser inviable con el cambio de clima”. Vid. un comentario de ALENZA GARCÍA, J. F.: “Cambio climático y modificación de un plan de ordenación de recursos naturales (Comentario a la STSJ de Castilla y León de 8 de enero de 2008)”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n° 254 (2009), págs. 151-174.

No obstante, todo lo anterior, sin minorar el alcance de su crítica sobre el grupo normativo objeto de este trabajo, el Prof. PONS CÁNOVAS se muestra algo esperanzado en que la Administración General del Estado -que es protagonista en la defensa del DPMT- y tiene, pese a todo, un margen de apreciación para la toma de sus decisiones sobre la configuración y ocupación del DPMT, sea sensible a las evidencias científicas que deben estar en la base de las mismas y de acuerdo con su compromiso de defender tan importante patrimonio público⁹⁹.

Una última reflexión de carácter general. De acuerdo con una de las medidas propuestas para la adaptación por la referida “Estrategia para la adaptación al cambio climático de la costa española”, como es la “gestión integrada de las zonas costeras”¹⁰⁰, soy de la convicción que una protección integral del litoral sólo podrá llevarse a cabo con la colaboración de las Administraciones Públicas que concurren en la ordenación, planificación y gestión de la costa, con la visión y actuación integrada de todas las políticas públicas que inciden sobre el litoral y con la participación de todos los sectores sociales y económicos implicados en su desarrollo sostenible, social, económico y ambiental.

⁹⁹ Cfr. “La resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático...”, cit. y loc. cit. p. 178. También, a lo largo de su trabajo, el autor destaca la extensa y reiterada jurisprudencia que, en los temas costeros, “se ha mostrado, en general, favorable a una interpretación amplia de la ZMT, zonas húmedas, playas y dunas plasmada en los deslindes de infinidad tramos de la costa, en base a la necesidad de proteger los recursos naturales que conforman tales bienes de las múltiples amenazas que han puesto en riesgo su integridad física y jurídica de forma crónica” (Ibidem. p. 177).

¹⁰⁰ Sobre esta materia cfr. el estudio de MENENDEZ REXACH, A.: “La gestión integrada del litoral”, en *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*, (Coord. M. C. NÚÑEZ LOZANO): *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 135-185. También, PRIEUR, M. y SANZ LARRUGA, F. J.: “El Protocolo sobre gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo”, en *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña y Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2009, pp. 17-18; y SANZ LARRUGA, F. J.: “La Unión Europea y la Estrategia comunitaria sobre gestión integrada de las zonas costeras”, en *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña y Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2009, pp. 29 y ss.

7. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA¹⁰¹

- ARANA GARCÍA, E. La Ley 2/2013, de protección y usos sostenible del litoral: las “soluciones singulares” y las nuevas medidas relativas a los riesgos naturales de la costa. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 295, 2015, pp. 101-136.
- ARROYO YANES, L. M. El tratamiento del cambio climático en la legislación de costas. En: RODRÍGUEZ VIDAL, J.; NÚÑEZ LOZANO, M.C. (Eds.). *El litoral de Andalucía. Norma y naturaleza*. Huelva: Universidad de Huelva, 2015, pp. 227-253.
- La conformación de un marco normativo para hacer frente a los efectos adversos del cambio climático en el litoral. En: NÚÑEZ LOZANO, M. C. (Dir.). *Estudios Jurídicos sobre el Litoral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 409-450.
- GARCÍA PEREZ, M. y SANZ LARRUGA, F. J. Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. En: CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (Coord), et al. *La nueva regulación de las costas: Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, 2014.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. La protección civil ante la prevención y gestión de riesgo de inundaciones. En: MENÉNDEZ REXACH, A. (Dir.). *Protección Civil y emergencias: régimen jurídico*. Madrid: La Ley-El Consultor, 2011 pp. 249-315.
- El reglamento estatal de inundaciones y el avance en el enfoque holístico para la gestión de los riesgos naturales. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 275, 2012, pp. 41-88.
- LOSADA RODRÍGUEZ, M. A. (Informe) Análisis y Comentarios al Borrador de Anteproyecto de Ley de Protección y Uso Sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, Granada, 1 de octubre de 2012.
- MOLINA GIMENEZ, A. La disciplina territorial del riesgo de inundaciones en el ordenamiento jurídico español. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.18, 2010, pp. 39-72.

¹⁰¹ En esta relación bibliográfica se recogen sólo los trabajos –publicados como monografías o como capítulos de libros, o como artículos de revistas- que más decisivamente han inspirado e ilustrado la redacción de esta colaboración. A pie de nota se citan muchos más trabajos doctrinales sobre aspectos muy específicos o sectoriales al objeto del estudio.

- NAVARRO ORTEGA, A. La protección del medio ambiente marino y costero e la política ambiental comunitaria y la lucha contra el cambio climático. En: PÉREZ ALONSO, E. (Ed.), et al. *Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 219-247.
- NAVARRO RODRÍGUEZ, P. La protección del litoral español frente al cambio climático. Coordinación y colaboración para una gestión integrada de las zonas costeras. En: PÉREZ GÁLVEZ, J.F.; ALENZA GARCÍA, J. F. (Coords). *La protección del patrimonio litoral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, pp. 791-854.
- ; MONTES WORBY, F. Protección del litoral y lucha contra el cambio climático en Andalucía a la luz del proyecto de modificación de la Ley de Costas. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 84, 2012, pp. 135-176.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C. El dominio público marítimo-terrestre en situación de regresión grave. En: NÚÑEZ LOZANO, M. C (Dir.). *Estudios Jurídicos sobre el Litoral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 451-480.
- PONS CÁNOVAS, F. *El nuevo régimen jurídico de las costas ¿contribuirá de forma eficaz a la protección y al uso sostenible del litoral*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, Aranzadi, 2015.
- Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático después de la reforma de la normativa costera. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 312, 2019, pp. 125-182.
- SANZ LARRUGA, F.J. Cambio climático y zonas costeras: aproximación a su ordenación jurídica y el papel de las Administraciones locales. En: GALERA RODRIGO, S.; GÓMEZ ZAMOR, M. (Dirs.). *Políticas Locales de Clima y Energía: Teoría y Práctica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2018, pp. 614-637.

V. Las energías renovables (electricidad verde) en la jurisprudencia de la Unión Europea

Francisco Delgado Piqueras
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Esta ponencia estudia la jurisprudencia específica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la llamada “electricidad verde”, emanada en respuesta a las cuestiones prejudiciales que plantean dudas sobre la compatibilidad de la legislación de los Estados miembros respecto de diversos principios y reglas del Derecho europeo, como es la prohibición de las ayudas de estado y de las medidas restrictivas de la competencia, la imposición de tributos sobre estas fuentes, la territorialidad de las medidas nacionales de fomento y la seguridad jurídica que los cambios normativos deben ofrecer a los inversores.

Nos parece interesante repasar esta jurisprudencia para conocer las zonas donde se han producido roces y en qué sentido se han resuelto, lo que puede servir para hacer recomendaciones que mejoren la regulación de las energías renovables, pues son por ahora la única alternativa para sustituir a los combustibles fósiles y descarbonizar la economía sin que se resienta el empleo y el bienestar en general sino, al contrario, evitando la emisión de gases invernadero a la vez que se favorece el crecimiento económico y se asegura el abastecimiento energético.

ABSTRACT

This paper studies the specific jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the so-called “green electricity”, issued in response to the questions referred for a preliminary ruling on the compatibility of the legislation of the Member States regarding various principles and rules of Law European, such as the prohibition of state aid and

restrictive measures of competition, the imposition of taxes on these sources, the territoriality of national promotion measures and the legal certainty that regulatory changes must offer to the investors.

We find interesting to review this caselaw to know the areas where frictions have occurred and in what sense they have been resolved, which can serve to make recommendations that improve the regulation of renewable energy, as they are for now the only alternative to replace the fossil fuels and decarbonize the economy without hurting employment and welfare in general but, on the contrary, preventing the emission of greenhouse gases while promoting economic growth and ensuring energy supply.

PALABRAS CLAVE: Derecho europeo; Jurisprudencia; Energías renovables; Electricidad verde

KEYWORDS: European caselaw; Renewable energy; Green electricity

SUMARIO

1. Introducción	142
2. El marco jurídico europeo de las renovables.....	144
3. La compatibilidad de la obligación de compra de la energía renovable a un precio garantizado con la prohibición de las ayudas de estado	147
3.1 Tarifas retributivas garantizadas a cargo de los productores y proveedores de electricidad	148
3.2 La compensación de sobrecostes a través de cuotas de los consumidores gestionadas por un organismo público	151
4. La compatibilidad de los sistemas nacionales que limitan el apoyo únicamente a la electricidad verde producida en su territorio	153
4.1 La obligación de adquirir certificados verdes nacionales	153
4.2 La falta de proporcionalidad de la discriminación en el acceso gratuito a las redes de distribución.....	156
5. La compatibilidad con la prohibición de medidas equivalentes a las restricciones cuantitativas a la importación.....	158

6. La seguridad jurídica como límite a la modificación de las tarifas de incentivación.....	161
7. Los impuestos sobre las renovables.....	166
8. Reflexiones finales	170
9. Bibliografía.....	173

1. INTRODUCCIÓN

En esta ponencia nos proponemos dar cuenta de un ramillete de sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en respuesta casi siempre a cuestiones prejudiciales elevadas por tribunales nacionales, cuyo denominador común son litigios que tienen como centro la regulación de las energías renovables. O, por mejor decir, a la llamada “electricidad verde”¹. Estas consultas plantean problemas o dudas sobre la compatibilidad de la legislación de los Estados miembros respecto de diversos principios y reglas del Derecho europeo, como es la prohibición de las ayudas de estado y de las medidas restrictivas de la competencia, la imposición de tributos sobre estas fuentes, la territorialidad de las medidas nacionales de fomento y la seguridad jurídica que los cambios normativos deben ofrecer a los inversores.

Al realizar esta selección hemos tratado de escoger los casos que, más allá de resolver una cuestión puntual², podían tener una lectura de interés general, aunque admitimos que nuestro criterio pueda ser discutible e incluso que pueda haber omisiones involuntarias.

¹ Al acotar de este modo este trabajo, hemos tenido que dejar fuera otros interesantes litigios indirectamente relacionados con esta regulación, como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 4 mayo 2016 (asunto C-346/14) que desestima la demanda de la Comisión Europea contra Austria por supuesta vulneración de la Directiva 2000/60/CE, “marco comunitario de actuación en la política de aguas”, pues si bien la construcción de una central hidroeléctrica en el río Schwarze Sulm produce un deterioro de las aguas de dicho río, esto responde ciertamente a un interés público superior como es la producción de energías renovables, como la energía hidroeléctrica.

También hemos prescindido de otras cuestiones prejudiciales no específicamente relativas a la producción de electricidad con renovables, como la contestada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 10 septiembre 2009 (Asunto C-201/08) (Caso Plantanol) que no apreció vulneración de la Directiva 2003/30/CE, “relativa al fomento de biocarburantes en el transporte”, en la normativa nacional que excluyó del régimen de exención fiscal previsto a una mezcla de aceite vegetal, gasóleo fósil y aditivos específicos.

² Como botón de muestra, mencionamos la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 2 de marzo de

Creemos con esta ponencia responde al título de esta mesa plenaria dedicada al cambio climático, pues las renovables son, hoy por hoy, la mejor alternativa para sustituir a los combustibles fósiles y descarbonizar la economía sin que se resienta el empleo y el bienestar en general sino, al contrario, evitando la emisión de gases invernadero a la vez que se favorece el crecimiento económico y se asegura el abastecimiento energético; sin perjuicio de que más adelante puedan sumarse también el hidrógeno o la fusión nuclear a esta revolución tecnológica.

Nos parece interesante repasar esta jurisprudencia para conocer las zonas donde se han producido roces y en qué sentido se han resuelto, pues es una de las formas que los juristas tenemos para atisbar las escolleras y, en su caso, hacer recomendaciones que mantengan el buen rumbo. Hay que adelantar que a esta sede judicial no ha llegado la litigiosidad causada por el recorte de las renovables en España, resueltas por el Tribunal Supremo directamente y sin necesidad de elevar cuestión prejudicial alguna³. No deja de ser llamativa la resistencia del TS para elevar la cuestión prejudicial al TJUE, en comparación con la disponibilidad de los jueces extranjeros en los casos que vamos a ver a continuación, a pesar de que en ellos se dilucidan cuestiones de bastante menor enjundia jurídica, económica y social que el recorte

2017 (asunto C-4/16), en respuesta a una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal de Apelación de Varsovia, Sala de lo Civil, en un litigio planteado por una empresa a la que se le denegó la prórroga de una concesión para producir electricidad en una pequeña central hidroeléctrica. El núcleo del debate era si esta central debía ser considerada una instalación productora de energía renovable, lo que fue respondido afirmativamente por el TJUE a la luz del Derecho Europeo:

“El concepto de «energía procedente de fuentes renovables» que figura en el artículo 2, párrafo segundo, letra a), de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, debe interpretarse en el sentido de que comprende la energía generada por una pequeña central hidroeléctrica, que no es una central hidroeléctrica de acumulación por bombeo ni una central hidroeléctrica reversible, y que se encuentra en el lugar de vertido de las aguas residuales industriales procedentes de otra instalación que previamente ha extraído el agua para sus propios fines.”

³ Una jurisprudencia que ha obtenido la crítica unánime de la doctrina, por su falta de compromiso con los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima, irretroactividad y responsabilidad de los poderes públicos frente a la arbitrariedad del legislador. Véanse, entre otros, los trabajos de n C. ALONSO GARCIA, “La jurisprudencia española sobre los recortes a las renovables”, en el libro dirigido por F. Delgado Piqueras *El Derecho de las Energías Renovables y el Regadío*, Aranzadi, 2018, p. 117 y ss. También los capítulos de M.J. ALONSO MÁZ, C. CHENEQUI RODRIGO e I. REVUELTA PEREZ en el libro “La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea”, Aranzadi, 2017, y la bibliografía que en ellos se cita.

a las renovables realizado en España entre 2010 y 2014. Es probable, no obstante, que este tema llegue al TJUE por la vía gubernamental, para tratar de eludir las condenas contra España por parte de los tribunales arbitrales internacionales de protección de las inversiones extranjeras⁴, echando mando de la doctrina establecida en la STJUE de 6 de marzo de 2018 (asunto C-284/16) Caso Slowakische Republik contra Achmea BV. Esta Sentencia considera nula una cláusula arbitral incluida en el tratado firmado entre Holanda y Eslovaquia para fomentar las inversiones entre ambos países y, por ende, el laudo que obligó a Eslovaquia a indemnizar a una empresa holandesa de seguros que perdió su inversión al revocarse la liberalización de dicho mercado.

Para situarnos, empezaremos por echar un rápido vistazo al marco jurídico comunitario de la política energética y, más en concreto, de las energías renovables⁵.

2. EL MARCO JURÍDICO EUROPEO DE LAS RENOVABLES

En este breve recordatorio, destacaremos que la energía estuvo presente en el origen mismo de lo que hoy es la Unión Europea pues, en virtud del Tratado de París de 1951, se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, con el fin de integrar los mercados de estos productos, vitales para la reconstrucción económica de Europa y estratégicos para la defensa. Después, en 1957, la creación de la Comunidad Europea de la Energía Atómica impulsó la cooperación para el desarrollo de esta energía con fines pacíficos. Más adelante, el Tratado de Maastricht de 1992 reconoció la competencia para aplicar medidas en el ámbito de la energía para alcanzar los fines generales de la Comunidad (arts. 2 y 3 TUE).

⁴ Sobre el particular, remitimos al trabajo de E. FERNANDEZ MASIA, “Los laudos arbitrales internacionales sobre los recortes a las renovables”, en el libro *El Derecho de las Energías Renovables y el Regadío* rígado por Delgado Piqueras, Aranzadi, 2018, págs. 143 y ss.

⁵ Esta materia ha sido tratada por F. DELGADO PIQUERAS, “El marco jurídico de la política energética europea, con especial referencia a la electricidad verde”, en el libro dirigido por L. Ortega Alvarez y S. de la Sierra *Estudios de la Unión Europea, Centro de Estudios Europeos, Toledo, 2011, pág. 393 y ss.* Y más recientemente en el libro de I. REVUELTA PEREZ (dir), “La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea”, Aranzadi, 2017.

Sin embargo, la energía no alcanzó el rango de política común hasta la reforma del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea aprobada por el Tratado de Lisboa de 17 de diciembre de 2007, que introdujo el título XX y el art. 176 A. Esta política aparece enmarcada por el mercado interior, la protección ambiental y la solidaridad entre los Estados miembros. Y sus objetivos son el funcionamiento de un mercado de la energía, garantizar la seguridad del abastecimiento energético, fomentar la eficiencia, el ahorro y el desarrollo de energías nuevas y renovables, así como la interconexión de las redes energéticas. Las medidas para alcanzar dichos objetivos se tomarán por el procedimiento legislativo ordinario, es decir, por el Parlamento y el Consejo, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. El Tratado deja a salvo el derecho de cada Estado para determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, elegir entre las diferentes fuentes y su estructura general de abastecimiento. No obstante, el Consejo podrá tomar medidas que afecten a dicho derecho de los Estados –en particular cuando sean de carácter fiscal-, siempre que sea por unanimidad y previa consulta al Parlamento.

Esta carencia no ha sido obstáculo para que, sobre la base de la cláusula de poderes implícitos (art. 235 TCE) y la cláusula de armonización (art. 100 TCE), amén de invocaciones a otras políticas concomitantes, la política energética alcance un elevado desarrollo. Inicialmente, a raíz de la crisis del petróleo de 1973, la preocupación principal fue asegurar el suministro y reducir la dependencia exterior. Después han ido concurriendo otras inquietudes como la protección de los consumidores, la creación del mercado interior y, de manera determinante hoy día, la contaminación ambiental causada por los gases invernaderos que puede alterar el clima planetario.

En efecto, la actuación de la Unión Europea en el campo de la energía ha sido muy diversa, incluyendo estudios de análisis y diseño de políticas (libros blancos y verdes), programas aprobados por decisión de la Comisión, Directivas y Reglamentos sobre aspectos muy diversos: seguridad del abastecimiento, mercado interior, redes transeuropeas, cooperación con terceros países, eficiencia y sostenibilidad ambiental. Por razones de espacio, a continuación resumiremos los más significativos para las renovables, para que se vea la trayectoria seguida.

La situación de las energías renovables en Europa fue abordada de modo específico por vez primera en el “Libro Verde sobre las fuentes de energía renovable”, presentado por la Comisión en 1996. A continuación, en 1997, vendría el Libro Blanco por el que se establecen una estrategia y un plan de acción comunitarios. Uno de sus frutos tangibles serán los Programas Altener y, desde el punto de vista normativo, la Directiva 2001/77/CE, de 27 de septiembre, que establece un marco común para el fomento de la electricidad generada a partir de energías renovables. La llamada “electricidad verde”, por su origen respetuoso con el ambiente, puede ser obtenida con energía primaria eólica, solar, geotermia, mareomotriz, hidráulica, biomasa, biogás, gases de vertedero y de plantas de depuración. Esta Directiva fue sustituida luego por la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril, que incorpora además disposiciones sobre biocombustibles para el transporte. Y esta a su vez por la Directiva 2018/2001, de 11 de diciembre. Estas Directivas pretenden cumplir los compromisos derivados de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 y del Protocolo de Kioto de 1997, del cual la Unión es signataria en virtud de la Decisión 2002/358/CE del Consejo, de 25 de abril de 2002.

En esa línea, las Directivas fijan unos objetivos de penetración de esta electricidad para el conjunto de la Unión, que distribuyen luego entre los países atendiendo a sus circunstancias naturales, disponibilidades tecnológicas, grado de desarrollo económico, etc. Las Directivas animan a los países a establecer sistemas de apoyo para alcanzar esos objetivos, aunque no imponen ninguno en concreto, respetando las preferencias de cada uno. También impulsan la creación de sistemas públicos que garanticen el origen de la electricidad verde, favoreciendo la transparencia en la elección del consumidor. Los Estados deben revisar sus procedimientos administrativos para facilitar la autorización y puesta en marcha de estas plantas, así como asegurar su acceso prioritario a la red de transporte y distribución en condiciones jurídicas, técnicas y económicas objetivas, equitativas y transparentes. Además, la Directiva 2009/28/CE regula los proyectos conjuntos entre Estados miembros y con terceros países, amén de definir criterios de sostenibilidad para los biocarburantes y biolíquidos.

La vigente Directiva 2018/2001, que actualiza y sustituye a las dos anteriores, se propone especialmente cumplir el Acuerdo de París de 2015 sobre el Cambio Climático y, como novedad, añade una apuesta por el autoconsumo y las comunidades de energías renovables, así como la integración de las renovables en la calefacción, la refrigeración y el transporte.

Este diseño se ha reforzado jurídicamente merced al Reglamento 2018/1999, de 11 diciembre, “sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima” que, entre otras cosas, obliga a los Estados a elaborar planes nacionales integrados de energía y clima, sometidos a la aprobación y evaluación de cumplimiento por parte de la Comisión.

Pero, como dijimos al inicio, el objeto de este trabajo es conocer más a fondo la litigiosidad generada por esta política, a la luz de la jurisprudencia europea, que pasamos a ver seguidamente.

3. LA COMPATIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE COMPRA DE LA ENERGÍA RENOVABLE A UN PRECIO GARANTIZADO CON LA PROHIBICIÓN DE LAS AYUDAS DE ESTADO

Uno de los primeros frentes de conflicto han sido los sistemas públicos de apoyo a la electricidad verde. Las Directivas citadas recomiendan su establecimiento, a la vez que constatan que los diversos países vienen aplicando mecanismos diferentes, tales como certificados verdes, ayudas a la inversión, exenciones y desgravaciones fiscales o apoyo directo a los precios. Estas medidas nacionales difieren según persigan la seguridad del abastecimiento, el empleo local, la reducción de emisiones y la tecnología que apoyen, en función a su vez de su situación económica, estado de desarrollo y demás circunstancias propias.

Muchos países, entre ellos España, establecieron tarifas retributivas que garantizaban un precio especial para los productores de electricidad verde, obligando a los operadores de la red a comprarla durante un periodo de tiempo dilatado para incentivar las inversiones en nuevas centrales de producción.

Sin embargo, las ayudas directas o indirectas que reciben los productores de electricidad verde podrían ser ilícitas, de considerarse ayudas de Estado incompatibles con el mercado común (art. 87 y 88 TCE) o medidas restrictivas del comercio (art. 28 TCE), como podrá verse en los casos juzgados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En relación con lo primero, según la jurisprudencia comunitaria, varias circunstancias tienen que darse simultáneamente para que una medida constituya una «ayuda de Estado»: i) ha de tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; ii) que la intervención pueda afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros; iii) tiene que conferir una ventaja a su beneficiario y iv) tiene que falsear o amenazar con falsear la competencia.

3.1 Tarifas retributivas garantizadas a cargo de los productores y proveedores de electricidad

Un primer ejemplo es la STJCE (Pleno), de 13 marzo 2001, (Asunto C-379/1998), “caso PreussenElektra”⁶. En ella se dilucida la validez de una normativa alemana (Ley de 7-12-1990 sobre alimentación de la red pública con electricidad procedente de energías renovables, modificada por Ley de 24-4-1998) que establece un sistema de compra forzosa para las empresas suministradoras y distribuidoras de la electricidad generada por instalaciones de energías renovables en su ámbito geográfico y a un precio fijado normativamente. En el fallo de la Sentencia, el Tribunal declaró que:

⁶ El origen de este caso está en tres cuestiones prejudiciales que el Landgericht de Kiel planteó sobre la interpretación de los arts. 30, 92 y 93.3 de TCE (actuales arts. 28, 87 y 88), en el marco de un litigio entre PreussenElektra AG y Schleswig AG acerca del reembolso de cantidades pagadas por la primera a la segunda conforme a la Ley de 1990, en su versión de 1998, que regulaba la obligación de comprar por parte de las empresas suministradoras de la electricidad generada en su zona de suministro con energías renovables y su retribución a un precio político. Antes de este litigio, y a raíz de las quejas de las empresas suministradoras, la Comisión manifestó al Ministerio Federal de Economía sus dudas sobre si, habida cuenta del aumento de la producción de origen eólico, la citada Ley seguía siendo compatible con las disposiciones del Tratado en materia de ayudas. Lo que dio pie a una modificación en 1998, para adaptarla, con el visto bueno de la Comisión, a la Directiva 96/92/CE, sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad, que expresamente admite que el Estado pueda imponer al gestor de la red la obligación de dar preferencia a las instalaciones que utilicen energías renovables. En su virtud, las empresas suministradoras (en el caso, Schleswig AG), deberían ser reembolsadas por el gestor de red (en el caso, PreussenElektra AG) por los costes adicionales derivados de la energía que exceda al 5% del total de energía vendida. En abril de 1998, al alcanzar las compras de energía eólica por parte de Schleswig AG el 5% de las ventas del año anterior, facturó a PreussenElektra AG los costes adicionales. Esta última acudió al Tribunal de Kiel reclamando la devolución de las cantidades satisfechas, alegando que la Ley era contraria a las disposiciones comunitarias en materia de ayudas de Estado.

“una normativa de un Estado miembro que, por una parte, obliga a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energías renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y, por otra, reparte la carga financiera derivada de esta obligación entre dichas empresas suministradoras y los gestores privados de redes eléctricas situados en un nivel de distribución anterior no constituye una ayuda de Estado en el sentido del artículo 92.1 del TCE (actualmente art. 87.1)”.

La razón para estimarlo así fue que la obligación impuesta a las empresas privadas suministradoras de electricidad no supone ninguna transferencia directa o indirecta de recursos estatales a las empresas que producen mediante fuentes renovables. El hecho de que la obligación de compra esté impuesta por la ley y confiera una ventaja indiscutible a determinadas empresas no la convierte necesariamente en ayuda de Estado.

El mismo problema se volvió a suscitar años más tarde, en relación con la Ley alemana de 28-7-2011, que entró en vigor en 2012 y estableció una nueva regulación del fomento de la electricidad verde y de gas de minería. Esta Ley obligaba a todos los gestores de redes a conectar las instalaciones de renovables y distribuirla prioritariamente, pagándoles una remuneración calculada según tarifas fijadas en función de la naturaleza de instalación y su potencia. Alternativamente, los productores podían vender directamente a terceros y exigir al gestor de red una prima añadida al precio de mercado. Para financiar esta medida de apoyo, dicha Ley preveía un sistema de compensación entre gestores de redes a escala federal y un recargo sobre los comercializadores, que a su vez estos repercutían sobre los clientes consumidores finales. No obstante, las empresas ferroviarias y grandes consumidoras de electricidad podían beneficiarse de una limitación de este recargo, para preservar su competitividad.

Sin embargo, mediante Decisión de 25-11-2014, la Comisión consideró que esta Ley creaba ayudas de Estado, aunque en gran medida compatibles con el Derecho de la Unión, por lo que solo ordenó la recuperación para una parte limitada. Alemania interpuso un recurso contra esta Decisión ante el Tribunal General de la Unión Europea, que fue desestimado por Sentencia de 10 de mayo de 2016. Y contra esta sentencia presentó un recurso de casación.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 marzo 2019 (asunto C-405/16) (caso Alemania vs. Comisión Europea) estima el recurso de casación y anula tanto la sentencia de instancia como la Decisión de la Comisión, pues entiende que la Comisión no había acreditado que las ventajas previstas por la Ley alemana implicaran fondos estatales y constituyeran, por tanto, ayudas de Estado. Es más, considera que el Tribunal General incurrió en un error al concluir que los fondos generados por el recargo destinado a sufragar la electricidad verde constituían fondos estatales, por lo que faltaría un elemento necesario para calificar como «ayudas» las ventajas que se derivan de los mecanismos establecidos por la Ley.

La razón para que el recargo no pueda asimilarse a un tributo es que la Ley no obliga a los proveedores a repercutir la carga financiera derivada del coste de la electricidad verde a los clientes finales, aunque en la práctica así era. Por otra parte, tampoco se acreditó que el Estado tuviera la facultad de disponer de los fondos generados por el recargo ni que ejerciese un control público sobre los gestores de red encargados de gestionarlos. El Tribunal estima que el hecho de que los fondos que se derivan del recargo se adscriban exclusivamente a la financiación de los regímenes de apoyo y de compensación demuestra precisamente que el Estado no podía disponer de esos fondos para una adscripción distinta. Aun cuando las autoridades públicas ejercen un control de la buena ejecución de la Ley, no se puede decir que exista un control público sobre los fondos generados por el recargo.

Esta reciente sentencia reafirma los criterios de PreussenElektra, dando prioridad a la justificación ambiental de la medida frente a las dudas que suscitara la Sentencia Vent de Colère de 2013 que, como vamos a ver a continuación, peca de un exacerbado formalismo⁷.

Por otro lado, como apunta la profesora ALONSO MÁZ, las Directrices de la Comisión 2014-2020, sobre ayudas en materia de energía y medio ambiente, (aprobadas en virtud del art. 107-3 c) TFUE) regulan las condiciones generales de las ayudas a la inversión y funcionamiento de las plantas de renovables, bajo las cuales se presumen justificadas sin necesidad de la notificación a la Comisión; aunque las mismas no son vinculantes para los Estados ni para el Tribunal de Justicia, cuyas resoluciones en esta materia destacan por su casuismo, ya que están muy apegadas a las circunstancias de cada asunto.

⁷ Una opinión favorable a la misma en M.J. ALONSO MAS, “Los sistemas de apoyo a las energías renovables desde el prisma de las ayudas de estado”, en el libro “La regulación de las energías renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea”, dir. I. Revuelta Pérez, Aranzadi 2017, pág. 121 y ss.

3.2 La compensación de sobrecostes a través de cuotas de los consumidores gestionadas por un organismo público

Peor suerte corrió el mecanismo de compensación de los sobrecostes derivado de la obligación de compra de la electricidad generada por energía eólica establecido por la Ley francesa n° 108, de 10-2-2000, relativa a la modernización y desarrollo del servicio público de la electricidad. El litigio se suscitó por parte de la asociación Vent De Colère! Fédération nationale y otros once demandantes, que interpusieron un recurso ante el Conseil d'État, al considerar que dicho sistema –desarrollado por órdenes ministeriales de 2008- era una ayuda de Estado prohibida por el Derecho de la Unión⁸. Estimando el fundamento de la demanda, el Conseil d'État preguntó al Tribunal de Justicia si el nuevo mecanismo de financiación establecido por la normativa francesa debía considerarse como una intervención del Estado o mediante fondos estatales, dando por hecho que constituía una ventaja que puede afectar a los intercambios entre los Estados e incidir en la competencia.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de diciembre de 2013 (Asunto C-262/12) (caso Vent De Colère) al resolver la cuestión prejudicial respondió que, en efecto, “un mecanismo de compensación íntegra de los sobrecostes impuestos a las empresas en virtud de una obligación de compra de la electricidad de origen eólico a un precio superior a su precio de mercado cuya financiación recae en todos los consumidores finales de electricidad en el territorio nacional, como el que se deriva de la loi n° 2000-108, du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, en su versión modificada por la loi n° 2006-1537, du 7 décembre 2006, relative au secteur de l'énergie, constituye una intervención mediante fondos estatales.”

⁸ La Ley n° 2000-108, de 10 de febrero, de modernización y desarrollo del servicio público eléctrico, fue modificada por la Ley n° 2003-8 de 3 de enero de 2003 y por la Ley n° 2005-781 de 13 de julio de 2005 y desarrollada por Orden de 17 de noviembre de 2008 del Ministro de Ecología, Energía, Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio, completada por la Orden de 23 de diciembre de 2008 de la Ministra de Economía, Industria y Trabajo. Los recurrentes solicitaron la anulación de la normativa ministerial de 2008 por la que se establecen las condiciones de compra de electricidad procedente de la energía eólica. Y según el Conseil d'État, la compra de la electricidad generada por instalaciones que recurren a la energía eólica por un precio superior a su valor de mercado constituye una ventaja que puede afectar a los intercambios entre los Estados miembros e incidir en la competencia.

Según la normativa francesa, quienes produjeran en el territorio nacional electricidad procedente de energía eólica podrían beneficiarse de un precio superior al del mercado, merced a una obligación de compra que pesaba inicialmente sobre los productores, proveedores y distribuidores que explotan la red, es decir, *Électricité de France* («EDF») y los distribuidores no nacionalizados, y sin aportación directa o indirecta de fondos estatales. Pero al modificarse la Ley, los sobrecostos derivados de la obligación de compra eran compensados íntegramente por un fondo de servicio público de generación de electricidad, gestionado por la *Caisse des dépôts et des consignations* («CDC») y financiado mediante las contribuciones de los consumidores finales electricidad establecidos en territorio francés.

El Tribunal de Justicia observa que el nuevo mecanismo de compensación es imputable al Estado francés, al haber sido éste instituido por vía legislativa. En segundo lugar, constituye una ventaja otorgada mediante fondos estatales, aunque no implique una transferencia de fondos estatales, pues el concepto de «intervención mediante fondos estatales» incluye, además de las ventajas concedidas directamente por el Estado, las otorgadas también por medio de organismos públicos o privados, designados por el Estado para gestionar la ayuda.

En tercer lugar, el Tribunal señala que los fondos pasan por la CDC, ya que ésta centraliza las cantidades recaudadas en una cuenta específica antes de abonarlas a los operadores correspondientes, interviniendo de este modo como intermediaria en la gestión de dichos fondos. A este respecto, la CDC está expresamente comisionada por el Estado francés, como persona jurídica de Derecho público, para llevar a cabo servicios de gestión administrativa, financiera y contable por cuenta de la *Commission de régulation de l'énergie* (autoridad administrativa independiente encargada de velar por el buen funcionamiento del mercado de la electricidad y del gas en Francia).

Finalmente, el Tribunal desestima la solicitud de Francia de limitar retroactivamente en el tiempo y únicamente hacia el futuro los efectos de la sentencia.

Como vemos, el elemento determinante de esta sentencia -y distinto respecto de las que concernían a Alemania- es que las contribuciones abonadas por los consumidores finales de electricidad eran gestionadas por la *Caisse des dépôts et consignations*, una persona jurídica de Derecho Público y cuyos dirigentes son nombrados bajo control político, lo que permite al Tribunal tomar esta intervención por ayudas de Estado aunque no trasfieran fondos públicos. Será cuestión de tomar nota para futuras regulaciones, que eviten incurrir en

semejante error, puesto que los mismos mecanismos de apoyo a las renovables pueden establecerse por procedimientos que no exijan la intervención directa de organismos estatales.

4. LA COMPATIBILIDAD DE LOS SISTEMAS NACIONALES QUE LIMITAN EL APOYO ÚNICAMENTE A LA ELECTRICIDAD VERDE PRODUCIDA EN SU TERRITORIO

4.1 La obligación de adquirir certificados verdes nacionales

Como antes dijimos, la Directiva de 2001 relativa al fomento del uso de energía verde permite a los Estados miembros establecer diferentes sistemas de apoyo. En Suecia, este fue implantado por la Ley de 2003 “relativa los certificados eléctricos”, reemplazada por otra Ley de 2011, para garantizar la trasposición de la Directiva 2009/28. En su virtud, se concede a los productores situados en el territorio sueco un certificado por megavatio-hora de electricidad verde generada. Estos certificados pueden ser vendidos a continuación a los proveedores de electricidad o a determinados usuarios que están obligados a estar en posesión de un número de certificados que corresponde a una parte del total de sus suministros o de su consumo de electricidad anual, bajo pena de tener que abonar un “derecho específico”. La venta de estos certificados permite así a los productores de electricidad verde obtener unos ingresos adicionales que completan los derivados de la venta de electricidad. De este modo, el sobrecoste de electricidad verde es asumido por los proveedores y los consumidores.

Por otro lado, la Ley de 2011 dispone que los certificados concedidos por la producción de electricidad renovable en otro Estado podrán utilizarse para cumplir dicha obligación de cuota, siempre que se haya coordinado el sistema de certificados eléctricos sueco con el sistema de certificados eléctricos del otro Estado mediante un acuerdo internacional. En esa línea, en 2011 Suecia celebró un acuerdo con Noruega, pero no existe ningún acuerdo similar con Finlandia.

Así las cosas, Ålands Vindkraft AB solicitó a las autoridades suecas que le concediesen certificados eléctricos para su parque eólico situado en un archipiélago de Finlandia; que fue denegado con el argumento de que sólo pueden recibir dichos certificados quienes explotan instalaciones de producción situadas en Suecia. La sociedad impugnó esta decisión administrativa ante los tribunales alegando que ello era contrario al principio comunitario de libre circulación de mercancías, pues tiene como consecuencia que se reserve aproximadamente el 18% del mercado sueco a los productores de electricidad verde situados en Suecia, y ello en perjuicio de las importaciones de electricidad procedentes de otros Estados miembros.

El Tribunal de lo contencioso-administrativo de Linköping elevó entonces la cuestión prejudicial a la jurisdicción europea, que por Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2014 (Asunto C-673/12) (caso Alands Vindkraft) decidió que el sistema de apoyo sueco que favorece la producción de energía verde en el territorio nacional es compatible con el Derecho de la Unión. En otras palabras, la Directiva no obliga a los Estados miembros a apoyar la electricidad verde producida en otros países de la Unión.

Según el Tribunal, la Directiva comprobó que la mayoría de los países ejecuta sistemas de apoyo que favorecen únicamente la energía verde de su territorio e indicó que “para garantizar la efectividad de esos sistemas como medidas destinadas a contribuir al cumplimiento de los respectivos objetivos globales nacionales, es esencial que esos Estados puedan determinar si sus sistemas nacionales de apoyo se aplican, y en qué medida, a la energía verde producida en otros Estados miembros y que puedan convenir en hacerlo aplicando los mecanismos de cooperación contemplados en dicha Directiva.” Es más, el Tribunal constata que “el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2009/28 establece de modo expreso que, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, los Estados miembros tendrán derecho a decidir, con arreglo a los artículos 5 a 11 de dicha Directiva, el grado en que apoyarán la energía procedente de fuentes renovables que se produzca en otro Estado miembro”.

Por otro lado, la Sentencia dictamina que “las garantías de origen expedidas en los diferentes Estados miembros con arreglo a la mencionada Directiva deben distinguirse de los certificados verdes utilizados en el marco de los sistemas de apoyo nacionales y que aquellas no confieren de por sí el derecho a acogerse a tales sistemas”.

En efecto, a diferencia de los certificados utilizados por el sistema de apoyo sueco, la función de las garantías de origen es demostrar al consumidor final que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de fuentes renovables o, dicho de otro modo, indicarles la parte de energía verde que contiene la estructura de abastecimiento energético de un suministrador.

Como señala Inmaculada REVUELTA, esta Sentencia no trata directamente el problema de la modificación anticipada de las medidas de apoyo a las renovables, pero sí que resalta la voluntad del legislador europeo de que se garantice el buen funcionamiento de estos sistemas nacionales y se proteja la seguridad del inversor⁹.

La doctrina sentada en esta Sentencia va a ser aplicada de modo determinante por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2014 (asuntos acumulados C-204/12 y C-208/12) (caso Essent Belgium NV) para responder en términos semejantes a las cuestiones prejudiciales elevadas por el tribunal de primera instancia de Bruselas, en el seno de un recurso presentado por Essent, como proveedor de electricidad, contra las multas impuestas por la autoridad reguladora del mercado del gas y de la electricidad por falta de presentación de certificados acreditativos de energía renovable producida en Bélgica. Dicha empresa aportaba garantías de origen acreditativas de la producción de electricidad verde en Holanda y Noruega, que no fueron admitidos para considerar que había cumplido con la obligación de cuota establecida en el Decreto flamenco de 17-7-2000 sobre la electricidad.

El fallo del Tribunal reza así:

1) El artículo 5 de la Directiva 2001/77/CE ... debe interpretarse en el sentido de que no se opone a un sistema nacional de apoyo, como el controvertido en los litigios principales, que prevé la concesión, por parte de la autoridad reguladora regional competente, de certificados negociables en razón de la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables en el territorio de la región en cuestión y que impone a los proveedores de electricidad la obligación de presentar cada año a dicha autoridad, bajo pena de multa administrativa, una determinada cantidad de tales certificados correspondientes a una

⁹ I. REVUELTA PEREZ, “¿Riesgo o fallo regulatorio?: Los recortes a las renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea” en el libro *La Regulación de las Energías Renovables a la luz del Derecho de la Unión Europea*, dirigido por esta profesora, Aranzadi, 2017, p. 424.

parte del total de sus suministros de electricidad en esta región, sin que estos proveedores puedan cumplir dicha obligación utilizando garantías de origen procedentes de otros Estados miembros de la Unión Europea o de Estados terceros parte del Acuerdo EEE.

2) Los artículos 28 CE y 30 CE [Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Roma de 1957) y los artículos 11 y 13 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1999, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a un sistema nacional de apoyo, como el descrito en el punto 1 del presente fallo, siempre que:

— se establezcan mecanismos que garanticen la puesta en práctica de un verdadero mercado de certificados en el que la oferta y la demanda puedan encontrarse y tender al equilibrio, de modo que sea posible que los proveedores interesados consigan en él certificados de manera efectiva y en condiciones equitativas;

— los criterios de cálculo y el importe de la multa administrativa que se imponga a los proveedores que no cumplan la obligación mencionada en el punto 1 del presente fallo se determinen de manera que no vayan más allá de lo necesario para incitar a los productores a incrementar efectivamente su producción de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables y a los proveedores sometidos a dicha obligación a proceder a la adquisición efectiva de los certificados requeridos, evitando, en particular, penalizar a dichos proveedores de un modo que resulte excesivo.

3) Las normas de no discriminación contempladas en el artículo 18 TFUE, en el artículo 4 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, y en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, respectivamente, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen”

Sin embargo, los anteriores argumentos no van a ser suficientes en otro pleito suscitado por la misma empresa, esta vez contra la normativa flamenca que discriminaba la gratuidad del acceso a las redes de distribución en favor únicamente de la electricidad verde producida en Bélgica.

4.2 La falta de proporcionalidad de la discriminación en el acceso gratuito a las redes de distribución

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2016 (asunto C-429/14) (caso Essent Belgium) declara que es contraria al Derecho europeo (artículos 28 y 30 del Tratado de la Comunidad Europea y otros de las Directiva 2003/54/CE y 96/92/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad,

y de la Directiva 2001/77/CE, sobre fomento de las energías renovables) la normativa del Gobierno flamenco que impone un sistema de distribución gratuita de la electricidad verde en las redes de esa región en cuestión, pero únicamente si es inyectada por instalaciones de generación situadas en Bélgica.

El litigio principal consistió en una reclamación de responsabilidad patrimonial de la empresa Essent Belgium NV contra la Región Flamenca derivada de las sucesivas regulaciones que limitaban la gratuidad de la distribución en las redes a la electricidad verde inyectada directamente en el territorio regional, ampliado después a todo el país. Lo cual excluía de la gratuidad a la energía importada de Holanda por dicha empresa para suministrar a empresas y clientes privados residentes en Flandes. La cuestión prejudicial fue presentada por el Tribunal de primera instancia de lengua neerlandesa de Bruselas.

La sentencia mantiene todas las consideraciones que hemos recogido antes para justificar que las medidas nacionales de apoyo no se apliquen a la electricidad verde generada en otros países. Pero aquí, en cambio, da un paso más y aprecia que se vulnera el principio de proporcionalidad:

112 Como se señala de hecho en el apartado 61 de la presente sentencia, la gratuidad de la distribución de la electricidad verde constituye una ventaja económica concedida, en primer término, a sus suministradores, que en su caso, en función especialmente del precio de venta al que el suministrador facture la electricidad al consumidor, podrá beneficiar también en cierta medida y de manera indirecta a este último.

113 Sin embargo, este mecanismo de apoyo no garantiza de modo alguno que la ventaja económica que proporciona a los suministradores vaya a redundar esencial y efectivamente en beneficio de los productores de electricidad verde, ni, más concretamente, de las instalaciones de generación locales de menor tamaño a las que, según afirma la Región Flamenca, se dirigía el apoyo, que no reúnen a un tiempo la condición de productor y la de suministrador.

114 El beneficio que eventualmente obtengan los productores de electricidad verde de esa ventaja económica dependerá, en efecto, de los diversos factores que afectan a los mercados, como el precio de la electricidad en estos mercados, la oferta y la demanda o, incluso, la relación de fuerza que exista entre los operadores implicados y la disposición de los suministradores a hacer partícipes de dicha ventaja a los productores.

115 Ahora bien, dado que el eventual apoyo que puede procurar al productor de electricidad verde el sistema de gratuidad controvertido en el litigio principal no deja de ser indirecto, incierto y aleatorio,

procede considerar que no se ha demostrado la aptitud de este sistema para alcanzar el objetivo legítimo planteado en el presente caso, que consiste en incitar a los operadores de forma efectiva a que produzcan más electricidad verde, pese a los sobrecostos de producción que conlleva, contribuyendo así a la consecución por parte de los Estados miembros de los objetivos indicativos de producción que les impone a este respecto el artículo 3 de la Directiva 2001/77.

116 Habida cuenta del carácter indirecto, incierto y aleatorio a que se ha aludido anteriormente y de la circunstancia de que existen otros medios, como la concesión de certificados verdes, que contribuyen de manera cierta y efectiva a la consecución del objetivo de incrementar la producción de electricidad verde, sin menoscabar el reconocimiento del libre acceso de los terceros a las redes de distribución en condiciones no discriminatorias, previsto por el artículo 20, apartado 1, de la Directiva 2003/54, como una de las medidas esenciales para la realización del mercado interior de la electricidad, procede considerar que las normativas regionales del tipo de las controvertidas en el litigio principal no cumplen las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad y que, en consecuencia, ese objetivo no puede justificar la limitación del libre acceso antes referido y de la libre circulación de mercancías.”

En este caso, compartimos la opinión del Tribunal, pues resulta una restricción desproporcionada de los principios de libre circulación de mercancías y libre acceso al mercado eléctrico ya que discrimina poniendo un precio por el acceso a las redes eléctricas a la electricidad verde producida en otros países europeo. No resulta convincente que ello redunde en alcanzar los objetivos de renovables en la Región Flamenca.

5. LA COMPATIBILIDAD CON LA PROHIBICION DE MEDIDAS EQUIVALENTES A LAS RESTRICCIONES CUANTITATIVAS A LA IMPORTACION

Otro argumento contra los sistemas nacionales de apoyo a las renovables ha sido que constituyeran medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación contrarias al art. 34 TFUE. Esto se ha planteado, sin éxito hasta ahora, en dos sentencias que entendieron que, a pesar de tener ese efecto, estaban amparadas por el Derecho europeo.

En la antedicha Sentencia de 13 de marzo de 2001 (caso “PreussenElektra”) el Tribunal rechazó que, a tenor del estado del Derecho comunitario relativo al mercado de la electricidad, pudiera tacharse de ser una medida de efecto equivalente el sistema de apoyo implantado por la Ley alemana, que obligaba a las distribuidoras y comercializadores a comprar la electricidad verde generada en su zona por un precio superior al de mercado.

En sus consideraciones, el Tribunal tuvo muy presente el objetivo de la norma controvertida, que pretendía fomentar la utilización de energías renovables y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, causa del cambio climático que la Unión y los Estados miembros se han propuesto combatir. Conforme a los Tratados, esta política ambiental debe integrarse en la definición y realización de las demás políticas comunitarias y es la propia Directiva 96/92/CE la que, atendiendo a dichas razones, autoriza a dar prioridad a dicha energía. De modo que permite que sigan existiendo este tipo de obstáculos al mercado interior de la energía, aunque ello pudiera afectar a los intercambios de electricidad entre los Estados miembros.

La acusación tampoco prosperó en la Sentencia de 1 de julio de 2014 (caso *Alands Windkraft*). El Tribunal acepta que el sistema de apoyo articulado por la Ley sueca mediante los certificados de producción de electricidad verde de apoyo puede obstaculizar las importaciones de electricidad procedentes de otros Estados miembros, en particular de electricidad verde. Por un lado, los proveedores y usuarios están obligados a comprar certificados que correspondan a la cantidad de electricidad que importan si quieren evitar pagar un derecho específico. Por otro lado, la posibilidad que tienen los productores suecos de electricidad verde de vender los certificados junto con la electricidad que producen puede favorecerles igualmente de cara a los proveedores o a los usuarios de electricidad. De esto se deriva que dicho sistema constituye una restricción a la libre circulación de mercancías.

No obstante, el Tribunal de Justicia estima que esta restricción está justificada por varios motivos. En primer lugar, atendiendo al objetivo de interés general que consiste en promover el uso de fuentes de energía renovables para proteger el medio ambiente y combatir el cambio climático.; es decir, para cumplir el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas. En este contexto, el Tribunal de Justicia reconoce que, para lograr el objetivo perseguido, está justificado que las medidas que favorecen la transición hacia la energía verde tengan por objeto la fase de la producción más que la de consumo.

Por otro lado, entiende que la Directiva 2009/28 no ha llevado a cabo una armonización exhaustiva de los sistemas nacionales de apoyo que permita excluir el examen de compatibilidad con el art. 34 TFUE de la norma controvertida. Al contrario, aprecia que se limita a permitir y fomentarlos sin indicar las características particulares de cada uno, incluyendo el derecho a decidir en qué medida apoya la energía verde producida en otro Estado miembro. En ese sentido,

“dado que, en particular, el Derecho de la Unión no ha llevado a cabo una armonización de los sistemas nacionales de apoyo a la electricidad verde, en principio está permitido que los Estados miembros establezcan que sólo pueda acogerse a tales sistemas la producción de electricidad verde localizada en su territorio.”

El Tribunal de Justicia entiende que, para que los sistemas nacionales de apoyo funcionen adecuadamente, es imprescindible que los Estados puedan controlar los efectos y los costes de dichos sistemas. Algo que a su vez es esencial para ofrecer seguridad y favorecer, en una perspectiva a largo plazo, las inversiones en nuevas instalaciones energía verde:

“En efecto, a este respecto basta con señalar que dicho sistema de apoyo a la energía verde cuyo coste de producción es, como han recordado concretamente el Gobierno sueco y la Comisión, todavía bastante elevado en comparación con el de la electricidad producida a partir de fuentes de energía no renovables, tiene por objeto, en esencia, favorecer, en una perspectiva a largo plazo, inversiones en nuevas instalaciones, dando a los productores determinadas garantías en cuanto al desarrollo futuro de su producción de electricidad verde. De este modo, la efectividad de tal sistema requiere, por definición, una cierta permanencia que permita concretamente garantizar el respeto de la confianza legítima de los inversores que se han comprometido en esta vía y asegurar la continuidad de la explotación de estas instalaciones.”

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de crear sistemas de apoyo comunes, como de hecho han convenido Suecia y Noruega en un acuerdo bilateral. En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia estima que el sistema de apoyo sueco también es conforme con el principio de libre circulación de mercancías.

Por último, el Tribunal sueco también preguntaba si, para el caso de que el Derecho europeo no se oponga a tales medidas de apoyo, esta limitación del ámbito de aplicación territorial no sería contraria al principio de seguridad jurídica. Pues bien, la Sentencia del TJUE recuerda que, en efecto, cuando los países deben respetar el principio general del Derecho que es la seguridad jurídica adopten medidas por las que apliquen el Derecho de la Unión. Empero, considera que incumbe al órgano consultante examinar si la norma nacional controvertida en el litigio principal es conforme o no con dicho principio.

La relevancia de este principio general la vamos a ver más detenidamente en el epígrafe siguiente, en una Sentencia que juzga si se ha respetado la seguridad jurídica y la confianza legítima al llevar a cabo una modificación normativa que afecta a las tarifas de apoyo a las renovables.

6. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO LÍMITE A LA MODIFICACIÓN DE LAS TARIFAS DE INCENTIVACIÓN

La Sentencia del Tribunal de Justicia (sala Décima) de 1 de julio de 2019 (asuntos acumulados C-180/18, C-286/18 y C-287/18) (caso Agrenergy Srl) tiene por objeto tres cuestiones prejudiciales planteadas por el Consiglio di Stato italiano a propósito de la interpretación de la Directiva 2009/28/CE, en el marco de sendos litigios entre Agrenergy Srl y otra sociedad que reclamaban su derecho a beneficiarse de las tarifas de incentivación establecidas por un decreto anterior al impugnado, que las redujo considerablemente ¹⁰.

Más en concreto, las empresas habían construido grandes instalaciones de producción de energía fotovoltaica en terrenos agrícolas durante 2011, que entraron en funcionamiento en 2012, e impugnaron el quinto plan de energía, que redujo considerablemente los incentivos para la producción de estas nuevas instalaciones, solicitando que se les aplicase la tarifa de incentivación del cuarto plan, que era más ventajosa.

¹⁰ El Decreto Legislativo 28/2011, de trasposición de la Directiva 2009/28/CE aplica los principios de gradualidad de la intervención para salvaguardar las inversiones realizadas, de proporcionalidad respecto a los objetivos y de flexibilidad de los sistemas de apoyo, para tener en cuenta los mecanismos del mercado y la evolución de las tecnologías. Con respecto a la fotovoltaica, establece que las instalaciones puestas en funcionamiento con posterioridad al 31-5-2011 se regularán mediante normativa ministerial que fijará un límite anual de potencia acumulada de las instalaciones que pueden acogerse a las tarifas de incentivación. Estas se fijarán atendiendo a la reducción de costes de las instalaciones y tecnologías y de los emplazamientos. En virtud de lo anterior, se aprobó el cuarto plan de energía por Decreto ministerial 109, de 12-5-2011, cuyo sistema de apoyo era aplicable en función de objetivos indicativos de potencia instalada compatibles con las previsiones anuales de gastos, de modo que la superación de esos costes no limitaba la aplicación de las tarifas de incentivación, sino una reducción de estas durante el periodo sucesivo, así como la posibilidad de revisar esas modalidades de incentivos. El quinto plan de energía, aprobado por Decreto ministerial de 5-7-2012 rebajó los incentivos a la vista de la reducción de los costes de las instalaciones, su rápido crecimiento y el consiguiente incremento de las cargas del sistema de apoyo, con el fin de favorecer la competencia entre tecnologías, proteger los consumidores y limitar la ocupación de terreno agrícola; fijándose también en lo que estaban haciendo otros países europeos.

Este recurso fue desestimado por el Tribunal Regional de los Contencioso-Administrativo del Lazio, por considerar que la falta de apertura del registro para el segundo semestre de 2012 era legal y conforme con el cuarto plan de energía, en la medida en que el total de los costes generados por los incentivos a favor de las grandes instalaciones y el número de beneficiarios inscritos superaba el límite del coste fijado para ese periodo, por lo que el Gestore dei Servizi Energetici SpA había anunciado la reducción a cero de la asignación para el segundo semestre de 2012. A juicio de este Tribunal, la revisión del sistema de incentivos para las nuevas instalaciones fue acorde con los principios legales y de la Directiva.

El Consiglio di Stato, ante el que apelaron las empresas, comparte sustancialmente los argumentos del tribunal de instancia, considerando justificado que no se abriera el registro para el periodo sucesivo por el hecho de que se hubiera alcanzado el límite de gastos fijado anticipadamente por la normativa. Teniendo en cuenta además que el país estaba cumpliendo los objetivos de producción de energía renovable. Entiende, en suma, que la normativa italiana es compatible con la Directiva citada, ya que esta no impone a los Estados que establezcan un sistema inmutable, sino adaptable a las circunstancias y exigencias presupuestarias. No obstante lo cual, el Consiglio di Stato decidió suspender el procedimiento y elevar al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial en el sentido impetrado por los recurrentes, es decir, para aclarar si la normativa italiana que permite al Gobierno, mediante sucesivos decretos, reducir o incluso suprimir las tarifas de incentivación es incompatible con la Directiva y el Derecho de la Unión, a la luz de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

Como en la Sentencia del caso *Alands Windkraft*, en esta reciente Sentencia también entiende el Tribunal que la normativa nacional es compatible con la Directiva y que compete al juez nacional apreciar si, en el caso concreto, se han respetado los referidos principios generales del Derecho, como corresponde hacer cuando los Estados adoptan medidas que implementan el Derecho de la Unión¹¹.

¹¹ La Sentencia resume así el significado de dichos principios:

*“29. Conforme a una jurisprudencia igualmente reiterada, el principio de seguridad jurídica, cuyo corolario es el principio de protección de la confianza legítima, exige, por una parte, que las reglas jurídicas sean claras y precisas y, por otra parte, que su aplicación sea previsible para los justiciables, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables para los particulares y las empresas (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de junio de 2015, *Berlington Hungary* y otros, C-98/14, EU:C:2015:386,*

No obstante, con el fin de ofrecer al Consiglio di Stato una respuesta útil, el Tribunal pone de relieve los argumentos por los que no aprecia que dichos principios se hayan vulnerado. En primer lugar, el Decreto Legislativo 28/2011, que transpuso la Directiva 2009/28, ya establecía que el fomento de la producción de energía fotovoltaica se debía regular mediante decreto, sobre la base de la fijación de un límite anual de potencia eléctrica acumulada de las instalaciones que pudieran acogerse a las tarifas de incentivación, las cuales tendrían en cuenta la reducción de los costes de las tecnologías y de la instalación, los incentivos aplicados en los demás Estados miembros y la naturaleza de los emplazamientos. Por otro lado, las instalaciones litigantes no entraron en funcionamiento en el plazo marcado por el cuarto plan de energía para acogerse directamente a las tarifas, sino después. Y además el Gestor dei Servizi Energetici, que publicaba en su sitio de internet un “contador fotovoltaico” que indicaba el número de instalaciones que disfrutaban de incentivos y el coste anual, había avisado de que, al haberse alcanzado el límite máximo de costes en marzo de 2012, no se abriría de nuevo el registro para el segundo semestre, lo cual debía ser conocido por los recurrentes.

Como conclusión:

“41 De ello se deduce que, sin perjuicio de las comprobaciones que haga el órgano jurisdiccional remitente, la posibilidad de beneficiarse de las tarifas de incentivación establecidas en el cuarto plan de incentivos dependía, por una parte, de la inscripción en una posición habilitante de una instalación solar fotovoltaica en un registro abierto por GSE y, por otra parte, de que no se hubiera superado el límite de los costes de incentivos indicativos durante el período anterior. En consecuencia, no se ofrecía tal

apartado 77).

30 En particular, dicho principio exige que una normativa permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone y que estos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia (véase, en particular, la sentencia de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft, C-573/12, EU:C:2014:2037, apartado 128 y jurisprudencia citada).

31 En lo que atañe al principio de protección de la confianza legítima, de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la posibilidad de invocar dicho principio está abierta a todo operador económico en relación con el cual una autoridad nacional haya infundido fundadas esperanzas. No obstante, cuando un operador económico prudente y diligente puede prever la adopción de una medida que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si se adopta esa medida. Además, los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales (sentencia de 10 de septiembre de 2009, Plantanol, C-201/08, EU:C:2009:539, apartado 53 y jurisprudencia citada).

incentivo a todos los operadores de instalaciones solares fotovoltaicas y tampoco estaba garantizada durante un período específico, sino que dependía de los requisitos y de las circunstancias antes mencionados.

42 Todas estas condiciones parecen resultar con claridad de la normativa nacional controvertida en el litigio principal, de manera que, en principio, su aplicación debería haber resultado previsible para los operadores económicos afectados, extremo que también corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

43 En efecto, de los autos obrantes en poder del Tribunal de Justicia se desprende que las disposiciones normativas objeto de controversia en el litigio principal fueron debidamente publicadas, que eran suficientemente precisas y que las demandantes en el litigio principal habían tenido conocimiento de su contenido.

44 Asimismo, tales disposiciones eran adecuadas para indicar desde un primer momento a los operadores económicos prudentes y diligentes que el sistema de incentivos aplicable a las instalaciones solares fotovoltaicas podía ser adaptado, o incluso suprimido, por las autoridades nacionales a fin de tener en cuenta la evolución de ciertas circunstancias y que, por tanto, sobre la base de dicha normativa no podía existir la certeza de que dicho sistema se mantuviera durante determinado período.

45 Mediante la adopción del quinto plan de energía, el legislador italiano parece haber previsto precisamente, habida cuenta de la evolución de determinadas circunstancias, la adaptación de dicho sistema de incentivos en las condiciones fijadas por ese mismo plan.

46 A la vista de lo expuesto anteriormente y sin perjuicio de las apreciaciones que son de exclusiva competencia del órgano jurisdiccional nacional, no resulta que la normativa controvertida en el litigio principal vulnere los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima ni que sea incompatible con la Directiva 2009/28.”

Como señala la profesora Inmaculada REVUELTA, esta sentencia es importante por ser la primera que trata de la modificación de un sistema nacional de apoyo a la generación de electricidad verde; aunque no realiza aportaciones novedosas, pues confirma que los Estados tienen un margen amplio para elegir las medidas de apoyo, sin estar obligados a apoyar económicamente a las renovables¹². En el presente caso, no se vulneró la confianza legítima ya que las autoridades no crearon expectativas de mantenimiento de las tarifas más allá del cuarto plan de energía, por lo que los productores sabían que podían modificarse o

¹² REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio 2019 \(cuestión prejudicial de interpretación\) sobre la Directiva 2009/28, de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables \(art. 3.3.a – sistemas de apoyo-, a la luz de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima\)](#). *Actualidad Jurídica Ambiental*, 19 de septiembre de 2019.

suprimirse. Además, en virtud del régimen transitorio del quinto plan, la reducción de incentivos no afectaba a los productores que ya estaban en funcionamiento, sino solo a los nuevos.

Estamos de acuerdo con la autora en que esto marca una neta diferencia respecto de lo ocurrido en España ya que el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, y posteriores que eliminaron el sistema de tarifas retributivas garantizadas implantado por la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico” sí que afectaron retroactivamente a las instalaciones inscritas en el Registro de Productores de Energía Eléctrica en Régimen Especial. En ese sentido, compartimos las opiniones doctrinales críticas con la jurisprudencia española que ha avalado sin reparos los recortes a las renovables¹³.

Como es sabido, esta supresión del régimen especial afectó a miles de inversores que, animados por las campañas y la normativa gubernamental en pos de las energías renovables, habían sido autorizados (licencia industrial, evaluación ambiental, licencia urbanística, registros, entre otros) para construir y poner en marcha unas costosas instalaciones de generación de electricidad verde conforme a unas tarifas retributivas que garantizaban una rentabilidad razonable. En el caso español, sin embargo, la reforma no fue una mera modificación prospectiva que afectase a las expectativas de los nuevos inversores, sobre la base de unas mejoras tecnológica en coste y eficiencia de las instalaciones futuras, sino que la derogación del sistema de apoyo se proyectó sobre las instalaciones ya construidas y quiso justificarse en la crisis económica, el déficit del sistema eléctrico y la caída del consumo. Bajo el nuevo régimen, la retribución de estas plantas se ha articulado siguiendo artificiosas fórmulas jeroglíficas que, en la práctica, reducen a la mitad aproximadamente la retribución, que era el fin perseguido por el Gobierno. De modo que la mayoría de los productores no solo se han visto privados de cualquier rentabilidad, sino incluso de la recuperación de los ahorros o capitales invertidos, cuando no conducidos directamente a la quiebra. Estos ingredientes tan distantes del caso italiano permiten, a nuestro juicio, extrapolar la Sentencia que estamos analizando a sensu contrario, para incrementar las dudas sobre el respeto a los

¹³ Por todos, véase José Francisco ALENZA GARCÍA, “[Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de \(in\)seguridad jurídica y de \(des\)confianza legítima \[A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables\]](#)”, Actualidad Jurídica Ambiental, ISSN-e 1989-5666, n. 55 (marzo), 2016, págs. 3-22.

principios de seguridad jurídica y confianza legítima por parte de la regulación española. El requisito proceder del Consiglio di Stato para con los derechos de los recurrentes, al elevar las cuestiones prejudiciales a pesar de tener una opinión desfavorable bastante formada, también marca una notable diferencia en comparación con algunos tribunales españoles, que no todos, como vamos a ver a continuación.

7. LOS IMPUESTOS SOBRE LAS RENOVABLES

Un caso que sí atañe a España es el resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de septiembre de 2017 (Asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16) (caso Elecdey Carcelen SA y otros), al contestar a las cuestiones prejudiciales elevadas por el TSJ de Castilla-La Mancha en el seno de los litigios emprendidos por los sujetos pasivos del llamado “canon eólico” creado por la Ley de Castilla-La Mancha 9/2011, de 21 de marzo¹⁴.

El hecho imponible del canon eólico se define como la generación de afecciones e impactos adversos sobre el medio natural y sobre el territorio, como consecuencia de la instalación en parque eólicos de aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica y situados en Castilla-La Mancha. Los sujetos pasivos del canon son los explotadores de los parques eólicos. La base imponible es la suma de unidades de aerogeneradores existentes en un parque. Y la cuota tributaria crece en función del número de aerogeneradores, hasta un máximo de 5.100 €/año por aerogenerador.

Al Tribunal castellano-mancheño se le plantea la duda de si el nuevo tributo es conforme con la Directiva 2009/28, “de fomento de las energías renovables”, pues se añade a otros impuestos generales y específicos que gravan la producción de energía, lo que podría vulnerar los objetivos nacionales de electricidad verde y, de otra, la limitación de la posibilidad de imponer tasas administrativas. También cuestiona si este canon, que no tiene otra finalidad específica que la de generar ingresos presupuestarios adicionales, no sería contrario a la

¹⁴ Sobre la profusión de impuestos “ecológicos” sobre las energías renovables, véase nuestro trabajo “El canon hidráulico y el paradójico aumento de la carga tributaria de las energías renovables en el contexto del cambio climático”, con Viviane PASSOS GOMES, en Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso, pagas. 2649 a 2679, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

Directiva 2008/118(CE, de 16 diciembre de 2008, relativa al régimen general de impuestos especiales. Y, por último, pregunta si el canon es compatible con la Directiva 2003/96/CE, de 27 octubre 2003, “que estructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, al incrementar la carga fiscal resultante los impuestos indirectos que deben pagarse en España, lo que puede superar el nivel prescrito en la Directiva y provocar distorsiones de competencia entre los Estados miembros.

La Sentencia del Tribunal de Justicia interpreta que el canon eólico de Castilla-La Mancha no vulnera ninguna de las Directivas invocadas. Vamos a ver más despacio cada una de las respuestas.

En primer lugar, estima que la Directiva E-FER no se opone a la normativa nacional controvertida que grava los aerogeneradores pues no obliga a aplicar sistemas de apoyo ni impide gravar a las empresas y a los aerogeneradores que producen esta electricidad. Ello a pesar de que la Sentencia admite que el incremento del uso de las energías renovables es una parte importante de las medidas para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y, consiguientemente, el cumplimiento de los compromisos del Protocolo de Kioto, amén de la protección de la salud y la vida de personas, animales y plantas. Admite incluso que el desarrollo de las renovables es uno de los objetivos que deben guiar la política energética de la Unión en virtud del art. 194.a.c TFUE:

“39 Pues bien, no cabe excluir que un canon como el controvertido en los litigios principales pueda hacer menos atractiva la producción y la utilización de la energía eólica, y poner en riesgo su desarrollo.

40 Sin embargo, aun admitiendo que este canon, a pesar de su alcance regional y del hecho de que afecta a una sola fuente de energía renovable, pueda hacer que el Estado miembro en cuestión no respete el objetivo global nacional obligatorio fijado en el anexo I, parte A, de la Directiva 2009/28, de ello resultaría, como mucho, un incumplimiento por parte de ese Estado de las obligaciones previstas en esa Directiva, sin que la creación de dicho canon pueda considerarse en sí misma contraria a la citada Directiva, ya que los Estados miembros disponen, como se ha mencionado en el apartado 32 de la presente sentencia, de un margen de apreciación para alcanzar dicho objetivo, siempre que respeten las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE.

41 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera, segunda, quinta y sexta que la Directiva 2009/28, en particular sus artículos 2, párrafo segundo, letra k), y 13, apartado 1, párrafo segundo, letra e), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que establece la percepción de un canon que grava los aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica.”

En segundo lugar, el Tribunal aprecia que el canon eólico castellano-manchego lo que grava son los aerogeneradores, que no utilizan productos energéticos y ni electricidad, que es a lo que se limita el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/96/CE. Aunque no discute que los aerogeneradores producen electricidad, aprecia que el canon no se liquida en función de la electricidad producida sino del tamaño del parque o número de aerogeneradores y su potencia. La Sentencia tampoco aprecia un problema en que el canon se traslade a la factura de la luz:

“50 Por otra parte, dado que el canon controvertido en los litigios principales no se percibe de los consumidores de electricidad, no depende en absoluto del consumo de electricidad. Además, y en cualquier caso, si bien es cierto que no cabe excluir que el importe del canon se incluya en el precio de la electricidad vendida a los consumidores, no parece posible, dada la naturaleza particular de este producto, determinar su origen y, en consecuencia, identificar la parte de ésta que ha sido producida por los aerogeneradores sujetos al canon, de manera que no podrá ser facturado al consumidor de forma transparente como un componente añadido al precio.”

Por lo que, en suma, considera que el canon no grava la electricidad en el sentido de la Directiva 2003/96.

Y finalmente, por no gravar el consumo de productos energéticos ni de la electricidad, la Sentencia considera que tampoco vulnera el régimen de los impuestos especiales comprendido en el ámbito de la Directiva 2008/118.

Los demandantes esgrimían que la Directiva solo permite que esos productos puedan ser sujetos a un gravamen indirecto si tienen una finalidad específica; mientras que el canon supone un perjuicio ambiental al disuadir las inversiones en esta fuente renovable, sin que lo recaudado se utilice para compensar las supuestas repercusiones negativas de los parques eólicos. En contra, el Gobierno español y el de Castilla-la Mancha sostenían que era un tributo directo que grava la capacidad económica de los productores, destinado a internalizar los costes derivados de los daños ambientales generados por estos parques y a promover la innovación tecnológica que reduzca su número o su tamaño.

Empero, como decimos, la Sentencia soslaya ese debate, pues aprecia que el canon grava los aerogeneradores y no los productos energéticos ni la electricidad. Tras la Sentencia del TJ, los recursos contencioso-administrativos fueron desestimados¹⁵. Y la recaudación por este tributo se acercó en 2018 a los 14 millones de euros.

A nuestro modo de ver, la Sentencia hace gala de un exacerbado formalismo para salvar cosas que a ojos vista son contradictorias. Por encima de la literalidad de la norma, es claro si se fomentaban los parques eólicos es porque en aquel momento necesitaban apoyos públicos para construirse, y someterlos a posteriori a un gravamen solo viene a alterar las condiciones de partida, para lastrar económicamente unas instalaciones que no tienen posibilidad de incorporar este “input” en los precios de la energía. No discutimos que los costes de construcción y operación, así como la eficiencia de los nuevos aerogeneradores han mejorado mucho, hasta el punto de competir en precio en el mercado libre de electricidad. Pero ese no es el caso de las instalaciones construidas al amparo de una legislación y de unas circunstancias de mercado radicalmente distintas de las actuales, de las que siguen cautivas. Aparte, los parques eólicos solo han podido ser autorizados tras obtener una calificación favorable en la preceptiva evaluación de impacto ambiental, entre otras muchas licencias y autorizaciones administrativas. Los aerogeneradores no son otra cosa que una fuente de electricidad verde, no tienen otro objeto ni producen otra cosa, por lo que ambas cosas resultan inescindibles. Por otro lado, causa sonrojo a cualquiera que conozca la realidad del sector el argumento ecológico de los demandados, que durante años apadrinaron la implantación de la energía eólica defendiendo a ultranza sus bondades ambientales y presumieron de ser los campeones de las renovables en España.

Formalismo jurídico e impostura política se combinan en este caso para hacer posible que el Gobierno de Castilla-La Mancha pueda soplar y sorber a la vez, si se nos permite la expresión coloquial.

¹⁵ V. gr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso (Sección 2) nº 518 de 20/11/2018 (Nº de Recurso: 317/2017; ECLI: ES:TSJCLM:2018:2822)

8. REFLEXIONES FINALES

La causa última de los litigios examinados está, a nuestro modo de ver, en una política de fomento de las energías renovables ciertamente plausible, pero insuficiente jurídicamente, al quedarse en un marco normativo común que no llega a alcanzar el grado de armonización indispensable de las normativas nacionales. La falta de base jurídica en los tratados, la diversidad de los países en cuanto a sus aptitudes para unas u otras tecnologías, todavía inmaduras, puede explicar que las Directivas de 2001 y 2009, bajo las que se han resuelto los litigios examinados, no pudieran ir más lejos en aquellos momentos.

De haber dispuesto de esa regulación a nivel europeo no se habría dado lugar a que se cuestionara si los sistemas de apoyo conculcaban la prohibición de ayudas de Estado, creaban medidas discriminatorias para la libertad de circulación y acceso o restricciones cuantitativas a la importación. A juzgar por la jurisprudencia analizada, tampoco ha sido así, aunque se han suscitado dudas en algunos casos. Una mayor armonización también podría haber evitado los bandazos de las políticas de algunos países –como España, sin ir más lejos- que, con recortes drásticos retroactivos y nuevos tributos sobre las renovables, han generado una tremenda inseguridad jurídica en el sector que todavía lastra la recuperación de los niveles de liderazgo en estas tecnologías de los que antaño presumíamos. Estamos seguros que, a pesar de ello, la recuperación del pulso es imparable si se mantiene el nuevo rumbo a nivel político.

Es lo cierto que el Tribunal de Justicia, en las ocasiones que se le ha preguntado, ha mostrado una actitud favorable a la legislación nacional, entendiendo que las medidas de apoyo, aunque supusieran ayudas de Estado o medidas restrictivas de la competencia, obedecían a una política europea que justificaba la excepción. Salvo en los casos en se gestionaban como públicos los fondos recaudados de los consumidores o cuando la discriminación por el origen geográfico de la electricidad verde resultaba desproporcionada para la libertad de circulación al carecer la medida de una eficacia contrastada. El Tribunal también ha sido coherente al exigir el respeto a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima por parte de las reformas nacionales, dando por buena la supresión prospectiva de incentivos retributivos sin afectar a las instalaciones ya en funcionamiento. La previsión de un régimen transitorio que evite la eficacia retroactiva de las medidas de apoyo, en la medida que la deseable evolución tecnológica lo permite, salvaguarda la confianza de los inversores y la sostenibilidad financiera del sistema.

A nuestro entender, la armonización a nivel europeo del régimen de fomento a las energías renovables sigue siendo una asignatura pendiente que la Directiva 2018/2001/CE no termina de cubrir, aunque son notables los avances¹⁶. Es claro que sigue faltando el consenso suficiente entre los Estados miembros, puesto que el Tratado de Lisboa de 2007 ha reforzado las competencias de las instituciones comunitarias en esta política, si bien deben ejercerse respetando las preferencias nacionales en cuanto a la explotación de sus recursos y su estructura de abastecimiento energético.

El objetivo central de esta armonización sería establecer un marco de compatibilidad con el mercado interior de las actuaciones que todavía se requieren para una completa integración de las energías renovables, sustituyendo a los combustibles fósiles en todos los sectores hasta la completa descarbonización de la economía sobre la base de una electrificación verde. Gracias al éxito de las políticas europeas y nacionales de fomento, que consiguieron movilizar una ingente inversión privada, en apenas 20 años las nuevas tecnologías han adquirido una madurez en términos de eficiencia y reducción de costes que les permiten competir sin primas ni ayudas directas. Es por ello que la armonización no consistiría en imponer un modelo de primas o apoyo a precios, que ya no son indispensables. Más bien lo que sería deseable es que se eliminen las ayudas a los combustibles fósiles y que estos asuman las externalidades que provocan. Amén, claro está, de evitar que algunos Gobiernos de ideología populista o negacionista del cambio climático puedan desmarcarse de la política europea jugando a contracorriente del cumplimiento de los objetivos comprometidos internacionalmente, como sucedió en España con el Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, que penalizaba el

¹⁶ Como decimos, la actual Directiva 2018/2001/CE avanza en esa dirección y deberá ser traspuesta antes del 1-7-2021. Parte de que las ayudas públicas directas ya no son tan necesarias y útiles como en el pasado, por lo que deben tender a suplementar los ingresos del mercado (art. 4). Pero sí hace hincapié en la estabilidad que deben ofrecer las normativas nacionales de apoyo a los proyectos de renovables, para que los cambios no tengan un efecto negativo en los derechos conferidos ni se perjudique la viabilidad económica de los que ya se benefician de ellos (art. 6). La regulación del autoconsumo, amén de reconocer el derecho de los usuarios, a nivel individual y colectivo, tanto a producir como consumir y obtener una compensación justa por la energía vertida a la red, trata de impedir la creación de artificios regulatorios que obstaculicen su desarrollo, abriendo la puerta a la incorporación de los instrumentos informáticos que permiten sacar su máximo potencial (art 21 y 22).

Otro punto destacable de la Directiva, a pesar de reconocer la territorialidad de los sistemas nacionales de apoyo, es que los anima a abrirse (art. 5), posibilita las transferencias estadísticas de energía renovable procedente de otros Estados miembros (art. 8) y alienta la cooperación transfronteriza, especialmente mediante las redes de interconexión, los acuerdos bilaterales y los proyectos conjuntos (arts. 9 y ss).

autoconsumo de electricidad. O que cambios normativos sistémicos, especialmente si implican recortes retroactivos sobre las inversiones ya realizadas, pongan en jaque la seguridad jurídica indispensable para atraer el ahorro y el capital privados al sector, como sucedió igualmente en nuestro país (Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, Ley 24/2013, de 26 de diciembre, Real Decreto 413/2014, de 6 de junio).

Afortunadamente, tales normas anti-renovables han sido desactivadas en parte por el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, y el Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, que regula las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica. Este nuevo marco regulatorio elimina los lastres económicos y barreras legales que dificultaban las nuevas inversiones (v. gr. impuesto al sol) a la vez que abre las alternativas técnicamente viables que lo hacen más atractivo (v. gr. autoconsumo colectivo y compensación de excedentes). Aunque todavía persiste una comprensible desconfianza en los inversores a la hora de exponerse en un entorno sin garantías jurídicas reales frente a las veleidades del poder, es lo cierto que el sector parece haber renacido con fuerza merced a las esperanzas suscitadas por la firmeza demostrada por el Ministerio para la Transición Ecológica.

La creación de tejido empresarial, de riqueza y empleo era uno de los objetivos que perseguían las políticas públicas de la UE -y de España en particular- que apostaron por fomentar las energías renovables, que ahora se comprueba que han resultado exitosas. Hace veinte años el reto era poner en marcha un círculo virtuoso que permitiera a las nuevas tecnologías renovables -de probado funcionamiento a nivel experimental- superar de manera empírica las barreras de un mercado oligopolístico dominado por las energías fósiles, con el fin de que pudieran remontar la llamada “curva de aprendizaje” hasta adquirir la suficiente madurez como para ser competitivas por sí solas. Es decir, reducir costes de fabricación, construcción y operación, mejorar los rendimientos y la calidad de la producción, en suma, ser más eficientes en los diferentes factores que hoy les permiten competir en precio con la energía nuclear o de los hidrocarburos sin necesidad de primas ni otros estímulos económicos. Esto es algo que también se ha logrado y que explica el renacimiento del sector en nuestro país, ya sin ayudas públicas, una vez que se han eliminado las trabas legales que impedían recoger la cosecha de cuanto se había invertido previamente. Cada vez estamos más cerca de que estas nuevas fuentes energéticas cubran el 100% de la demanda (objetivo

del actual Gobierno para 2050), pues su crecimiento puede resultar imparabable si se mantiene un marco regulatorio como el actual, que ofrece facilidades y derriba falsos impedimentos. Además de atender los usos domésticos e innumerables actividades económicas, sean industriales, agropecuarias, desalación y depuración de aguas, etc., la producción de más electricidad verde resulta también indispensable para reemplazar a los combustibles fósiles en el transporte, empezando por el coche eléctrico. En particular, la tecnología fotovoltaica ofrece la posibilidad de una generación distribuida al alcance de los consumidores mismos, con costes de inversión y de mantenimiento decrecientes que permiten una rápida amortización y llegar así a disfrutar de electricidad a muy bajo precio, puesto que aprovecha una fuente primaria gratuita como es la luz solar. De este modo, se habrá cerrado el círculo virtuoso que asegure el abastecimiento aliviando la balanza de pagos, estimule el desarrollo económico y el empleo, con costes energéticos asequibles, que mejore por tanto nuestra calidad de vida de manera ecológicamente sostenible.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J.F. Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 55, marzo 2016, pp. 3-22. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2012/01/2016_03_Recopilatorio_AJA_Marzo.pdf#page=5 (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- DELGADO PIQUERAS, F. El marco jurídico de la política energética europea, con especial referencia a la electricidad verde. En: ORTEGA ÁLVAREZ, L. I. ; SIERRA MORÓN, S. de la (Coords). *Estudios de la Unión Europea*. Toledo: Centro de Estudios Europeos, 2011, pp. 393-456.
- (Cord.). *El Derecho de las Energías Renovables y el Regadío*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.
- PASSOS GOMES, V. El canon hidráulico y el paradójico aumento de la carga tributaria de las energías renovables en el contexto del cambio climático. En: VAQUER CABALLERÍA, M.; MORENO MOLINA, A. M.; DESCALZO GONZÁLEZ, A.

(Coords). *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. Pp. 2649-2679.

REVUELTA PEREZ, I. (Dir.). *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*. Pamplona: Aranzadi, 2017.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio 2019 (cuestión prejudicial de interpretación) sobre la Directiva 2009/28, de fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (art. 3.3.a – sistemas de apoyo-, a la luz de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima). *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 93, septiembre 2019, pp. 94-98. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2012/01/2019_09_Recopilatorio_93_AJA_Septiembre.pdf#page=96 (Fecha de último acceso 30-04-2020)

MESA PLENARIA 2:
SOCIEDAD RECICLADA,
RESIDUOS Y ECONOMÍA
CIRCULAR

MODERADORA: ALBA NOGUEIRA LÓPEZ

VI. La incorporación de la economía circular en la legislación estatal de residuos a raíz de la Directiva (UE) 2018/851

Aitana De la Varga Pastor

Profesora Agregada de Derecho Administrativo en la URV

RESUMEN:

Este texto recoge la ponencia impartida en el marco de la mesa plenaria del congreso “sociedad reciclada, residuos y economía circular” en la que se analizó la incorporación de la Economía Circular en la legislación estatal de residuos a raíz de la Directiva (UE) 2018/851, en relación con los residuos municipales. El trabajo parte de la definición de Economía circular y de los objetivos que plantea a largo plazo y cuestiona el encaje en el sistema actual. A continuación, se analiza el contenido de la Directiva (UE) 2018/851 que modifica la Directiva marco de residuos (DMR), ciñéndose a los residuos municipales, así como los distintos informes de la UE en relación con la evaluación del cumplimiento por parte de los EEMM de los objetivos inmediatos para 2020 en relación con la “sociedad del reciclado”. El trabajo se detiene en aquellas sugerencias y recomendaciones que la UE plantea, en especial a España, para lograr los objetivos fijados, y que la normativa debería incorporar. Posteriormente, se estudia la normativa actual básica estatal en relación con los aspectos analizados desde un punto de vista crítico viendo cual es la situación actual y dando unas pinceladas a la situación de las CCAA. Finalmente, se plantean unas breves recomendaciones y conclusiones en relación con la futura LRSC, que debe incorporar la nueva DMR. Para ello se ha tenido en cuenta la situación de riesgo por parte del estado español de incumplir con los objetivos planteados, tanto para 2020 como para los años venideros a largo plazo.

ABSTRACT:

This text contains the presentation given in the framework of the plenary table of the congress “Recycled society, waste and circular economy”, where was analyzed the incorporation of the circular economy in the state waste legislation following the Directive (EU) 2018/ 851 in relation to municipal waste. The work is based on the definition of circular economy and the long-term objectives and questions the fit in the current system. Next, it analyzes the content of Directive (EU) 2018/851 amending the Waste Framework Directive (WFD), with regard to municipal waste, as well as the different reports from the EU in relation to the evaluation of compliance by the SSMM of the immediate objectives for 2020 in relation to the "recycling society". The work is based on those suggestions and recommendations that the EU proposes, especially to Spain, to achieve the objectives set and which the regulations should incorporate. Subsequently, it studies the basic state current legislation in relation to the analyzed aspects from a critical point of view, seeing what the current situation is and giving a few touches to the situation of the Autonomous communities. Finally, we present brief recommendations and conclusions regarding the future Spanish waste law that have to incorporate the new WFD. This takes into account the risk situation of the Spanish state of not meeting the objectives set, both for 2020 and for the coming long term.

PALABRAS CLAVE: Medio ambiente; Gestión de residuos; Economía circular

KEYWORDS: Environment; Waste management; Circular economy;

SUMARIO

1. Introducción	178
2. ¿Qué es la economía circular y cómo influye en el ámbito de los residuos?	178
3. ¿Debe comportar la economía circular un cambio de modelo o de sistema?	180
4. ¿Cuáles son las políticas de residuos de la UE para lograr la transición hacia la economía circular?	183
4.1. Los objetivos y las medidas que plantea la nueva redacción de la DMR	183

4.2. ¿En qué situación se encuentra el estado español respecto al cumplimiento de los objetivos de la UE?.....	190
5. La economía circular en el ordenamiento jurídico español.....	195
5.1. La situación actual del Estado español.....	195
5.2 Las estrategias y el pacto por la economía circular.....	196
5.3. La economía circular en la legislación estatal básica de residuos.....	198
5.4. Recomendaciones para la nueva normativa básica de residuos.....	200
6. Conclusiones.....	203
7. Bibliografía.....	203

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se plantea en el marco de la mesa plenaria “sociedad reciclada, residuos y economía circular”. Se pretende aproximarse a los cambios que van a comportar o que deberían comportar la modificación de la Directiva 2008/98/CE, marco de residuos a raíz de la modificación llevada a cabo por la Directiva 851/2018 en la prevención y gestión de los residuos municipales en el estado español, especialmente en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. En este trabajo se va a intentar dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Qué es la economía circular y cómo influye en el ámbito de los residuos?; ¿Cuántos residuos generamos y cómo los tratamos?; ¿Qué cambios y objetivos se promueven des de la UE en el ámbito de los residuos?; ¿En qué situación está el estado español respecto a estos objetivos?; ¿Cómo acoge el ordenamiento jurídico español la DMR y los objetivos que se propugnan?; ¿Qué retos se le plantean al ordenamiento jurídico español?

2. ¿QUÉ ES LA ECONOMÍA CIRCULAR Y CÓMO INFLUYE EN EL ÁMBITO DE LOS RESIDUOS?

La primera cuestión que nos planteamos es ¿qué se entiende por economía circular?, también conocida como “economía de la cuna a la cuna” o “economía de bucle cerrado”. Para dar respuesta a esta pregunta podríamos acudir a infinidad de definiciones. Des del año 2005 se

habla de economía circular y como manifiesta SANTAMARÍA ARIÑAS existen “infinitas” definiciones del término.¹ Sin embargo, ni la Directiva ni la LRSC definen el concepto de economía circular en sus textos jurídicos. Por este motivo, para conocer y aproximarnos a este concepto desde el punto de vista jurídico y desde su uso en el estado español es necesario acudir a la normativa autonómica, que sí que lo incluye en el sí de su normativa. Es imprescindible referirnos a la ley catalana de cambio climático (Ley 16/2017, de 1 de agosto, de cambio climático), ya que es la primera norma que incluye este concepto en un texto jurídico en el estado español. También incluyen este concepto la ley andaluza de cambio climático (ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía) que acoge la definición de la ley catalana en los mismos términos y las leyes de las Islas baleares de residuos y suelos contaminados (Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados) y de cambio climático (10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética) que incorporan este concepto², así como la Ley foral de Navarra (Ley Foral 14/2018, de 18 de junio, de Residuos y su Fiscalidad). En estas normas, en especial en la ley balear y la ley navarra que regulan los residuos y suelos contaminados, a pesar de no encontrar la definición expresamente, la referencia a la economía circular es recurrente como principio.

La definición catalana, recogida en el artículo 2 de la ley 16/2017 lo define así: “d) Economía circular: Economía que promueve la eficiencia en el uso de los recursos para alcanzar un alto nivel de sostenibilidad, mediante el ecodiseño, la prevención y minimización de la generación de residuos, la reutilización, la reparación, la remanufacturación y el reciclaje de los materiales y productos, frente a la utilización de materias primas vírgenes”. Mientras que la ley balear de cambio climático la considera “una economía en que el valor de los productos y de los materiales se mantiene durante el mayor tiempo posible y la producción de residuos y el uso de los recursos naturales se minimizan, de forma que, cuando un producto o material llega al final de su vida útil, se puede volver a usar y seguir creando valor para la economía y la sociedad, evitando la generación de residuos y el consumo de recursos naturales vírgenes.”

¹ SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, “Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción”, RCDA Vol. 10 Núm. 1 (2019): 1 – 37.

² La primera norma no lo define pero sí que se refiere a ella en muchas ocasiones. Sin embargo, la segunda norma relativa al cambio climático sí que la define en su artículo. 3.2.d

La definición establecida en la ley balear se centra más en la minimización de los residuos, pero sin embargo la ley catalana va más allá y se desprende que la economía circular no debe centrarse solo en los residuos sino exigir, a su vez, cambios en el ámbito de los procesos productivos - por ejemplo con el ecodiseño - en el ámbito de la producción y también del consumo sostenible, así como promover la compra pública verde, entre otras cuestiones. Sin embargo, y en atención al título de la mesa, vamos a ceñirnos al ámbito de los residuos que, a su vez, es el que más se ha desarrollado, en concreto nos vamos a centrar en el ámbito de los residuos municipales, los cuales siguen siendo un reto e incluso una cuestión pendiente.

Este reto también contribuye, por un lado, a lograr algunos de los Objetivos del Milenio, entre los que se encuentran el poner fin a los vertederos incontrolados y lograr una gestión respetuosa con el medio ambiente de los residuos, así como reducir su generación a través de la prevención y, por otro lado, lograr los Acuerdos de París, en relación con la mitigación y la adaptación del cambio climático, ya que la economía circular contribuye a la descarbonización del planeta, entre otros.

En última instancia, si lleváramos la economía circular a su máxima expresión, en caso de lograrse con plenitud, los residuos deberían desaparecer, puesto que nada acabaría convirtiéndose en un residuo y todo sería reaprovechable, devolviéndolo de nuevo al ciclo de vida y al ciclo económico. Este es el objetivo último de la economía circular, llegar al residuo 0. Sin embargo, ¿estamos preparados para ello? Ya avanzamos que desde nuestro punto de vista solamente incidir en el ámbito de los residuos será insuficiente.

3. ¿DEBE COMPORTAR LA ECONOMÍA CIRCULAR UN CAMBIO DE MODELO O DE SISTEMA?

La economía circular, como se ha puesto de manifiesto en esta mesa, en los textos jurídicos y por la doctrina, debe comportar un cambio de sistema y de modelo, un cambio sistémico completo. Debe suponer un cambio con una perspectiva holística y, por lo tanto, un cambio social y global que no debe ceñirse a un solo ámbito (como es el de los residuos), con una función heurística, de innovación. Se trata de dar un “giro copernicano”, al fin y al cabo, un reto de gran envergadura que a día de hoy genera numerosas dudas de si estamos a la altura

de ponernos realmente manos a la obra para lograrlo. Como manifiesta NOGUEIRA LÓPEZ “la economía circular requiere una fuerte planificación y apoyo público”³. ¿Será así? En la práctica, vemos que de momento se actúa poco y si se hace, normativamente, es en el ámbito principalmente de los residuos dándole un menor protagonismo a las cuestiones relacionadas con el diseño, la producción y el consumo. Existen a su vez otros “enemigos” del cambio, por ejemplo, la liberalización del mercado.

Esta ficción, el cambio que propugna la economía circular, dista mucho de la realidad en la que nos encontramos actualmente. Los números hablan por sí solos.⁴ La sociedad cada vez es más consumista y el comprar usar tirar está al orden del día, junto con la obsolescencia programada y otros. Durante los años de crisis económica los datos registrados indican que la generación de los residuos disminuyó durante un periodo de años. Sin embargo, de un tiempo hacia aquí, con la recuperación económica la generación de residuos vuelve a ir en aumento.

Así pues, la economía circular se encuentra que debe competir con un enemigo potente, “el consumismo”, el mercado, el libre mercado o como manifiesta NOGUEIRA LÓPEZ debe competir con la “termita bolkestein”. Esta tensión es evidente. Además es observable y criticable y temido que a pesar de que se pretenda un cambio este cambio se quede nada. Es decir, que el modelo siga siendo el mismo pero con un tímido giro, es decir, un “capitalismo verde”. Lo que es seguro y podemos afirmar es que estamos en una situación de emergencia climática y es necesario actuar con urgencia. La prioridad no deberían ser los mercados sino la supervivencia de la propia especie humana además del resto de seres vivos y del ecosistema. La economía circular contribuye de forma exponencial a afrontar esta emergencia climática ya que permite lograr la hipocarbonización. Por ello es necesario un cambio sistémico real. ¿Cómo debe llevarse a cabo? Las distintas iniciativas legislativas abogan por los objetivos de querer lograr una reducción de los residuos pero siempre parece sometido al mercado.

³ NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, “Cuadrar el círculo. El complejo equilibrio entre el impulso de la economía circular y unas reglas de mercado expansivas”, InDret, Revista para el análisis del derecho 3/2019, pp. 1-29.

⁴ Véase [los datos recogidos por Eurostat](#).

Por otro lado, hace años que existen varias iniciativas en relación con el decrecimiento pero en ningún caso se ha incorporado a ningún texto legal. Pero, ¿realmente se pretende cambiar el sistema y superar el capitalismo?

Si acudimos a los datos de Eurostat podemos comprobar cómo, a pesar de que durante unos años la cifra de residuos generados había disminuido – puede que debido a la crisis económica –, en la actualidad la inercia es en aumento. En la UE hace tiempo que se muestra esta línea ascendente y en el estado español los años 2014 y 2016 así lo manifiestan. Si nos fijamos en los residuos domésticos no peligrosos la tendencia es aumentar de nuevo.⁵ Si prestamos atención al tratamiento de residuos las cifras también demuestran unos datos diferentes entre la UE y el estado español. Mientras que en el conjunto de la UE el tratamiento ha ido en aumento y los últimos años se ha mantenido o disminuido brevemente, en España fue en descenso hasta 2012-2014 y parece que tímidamente empieza a remontar. Si miramos los distintos tratamientos a los que se someten los residuos vemos como la eliminación en vertedero va disminuyendo en el conjunto de la UE, pero sin embargo, en España va en aumento, la cual cosa es preocupante. La eliminación por incineración parece que, por su parte, va disminuyendo, así como otros modos de eliminación de residuos, lo cual es positivo, siempre que no se considere que toda incineración es valorización energética. El siguiente peldaño, la valorización energética, tanto en la UE como en España van en aumento, lo cual es también positivo, ya que se le extrae un rendimiento al residuo. Los datos de reciclado y relleno, sin embargo no son tan buenos. Por lo tanto, a España se le plantean dos retos fundamentales en general. Por un lado, reducir la tasa de residuos que acaban en vertedero y, por el otro, mejorar las tasas de reciclado y sobretodo de relleno. Si atendemos a los residuos domésticos y similares, que viene a ser los residuos municipales, vemos que el total de residuos gestionados ha disminuido y que la tasa de reciclado en el conjunto de la UE va en aumento y en España fluctúa encontrándose actualmente al 33% aproximadamente.

⁵ Las memorias de los últimos años del actual Ministerio de Transición Energética muestran que en España cada vez se generan más residuos. La cifra de 2016 asciende a 21,5 Millones de Toneladas de residuos (2015: 21,2 MT; 2014: 20,8 MT; 2013: 21,9 MT), de los cuales el 84% son residuos mezclados y el 16% se recoge selectivamente. En lo que concierne a los residuos de envases hemos pasado de generar 6,7 Millones de toneladas de residuos de envases en el año 2012 a 7,5 Millones de toneladas en el año 2017. Los datos son bastante preocupantes.

En definitiva, los datos de las memorias siguen indicando un elevado número de vertederos lo que constata que la jerarquía de residuos sigue siendo una tarea pendiente. Como veremos posteriormente aunque se trata de un “viejo” principio está totalmente vigente y es útil y necesario para lograr el fin de la economía circular, sobre todo si nos centramos en la prioridad primordial de la pirámide de la jerarquía de residuos, que pretende basarse en la prevención de residuos en detrimento de su generación.

4. ¿CUÁLES SON LAS POLÍTICAS DE RESIDUOS DE LA UE PARA LOGRAR LA TRANSICIÓN HACIA LA ECONOMÍA CIRCULAR?

4.1. Los objetivos y las medidas que plantea la nueva redacción de la DMR

La Unión Europea se ha erigido como la primera potencia mundial en plantearse lograr esta transición hacia la economía circular. Cabe preguntarse si es por convicción o por necesidad. Los recursos naturales son limitados y por ello hay que repensar el sistema económico, porque la escasez de materia primas es evidente y los datos indican que en 2050 vamos a vivir en un planeta con alrededor de nueve mil millones de personas.⁶ Es necesario, entonces, encontrar una solución. Sin embargo, hemos observado que este cambio siempre se guía por cuestiones de mercado y de economía - sin ir más lejos se mide por el PIB - , sin tener en cuenta otros factores, motivo por el cual se reclama que se tengan en cuenta estos otros factores, como son los sociales.

Desde 1975 la UE afronta la problemática de la gestión de los residuos y de su prevención. Tras varias modificaciones, actualmente está en vigor la Directiva Marco de Residuos, 2008/98/CE⁷. En 2018 esta Directiva marco fue modificada por la Directiva 2018/851, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la

⁶ GUDIN R-MAGARIÑOS, Faustino “La economía circular: reexaminando los residuos, en relación al objetivo más importante de la UE para el año 2050”, Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental, N.º. 33, 2018 p. 1.

⁷Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas.

Directiva 2008/98/CE sobre los residuos. Esta modificación no vino sola, ya que forma parte de un paquete normativo, derivado de las distintas comunicaciones⁸ que desarrollan el VII Programa de Acción en medio ambiente de la UE⁹ (aprobado por la Decisión 1386/2013), junto con un Reglamento¹⁰, otras tres Directivas¹¹ y una Decisión¹² que modificaron a su vez otras normas, con el fin de lograr un mejor uso de los recursos en pro de lograr una economía circular. Estas modificaciones provienen del llamado “paquete Juncker” que tras retirar el anterior, conocido como Barroso¹³, llevó a cabo en 2015. La nueva comisión liderada por Von der Leyen pretende aprobar el llamado New Green Deal, un nuevo marco de sostenibilidad general de economía circular y cambio climático que se propugna como un buque insignia de la nueva Comisión europea.

El paquete normativo de 2 de diciembre de 2015 establece varios objetivos y medidas para lograrlos que resumimos en esta lista:

- Para 2025, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 55 % en peso;
- Para 2030, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 60 % en peso;
- Para 2035, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 65 % en peso.
- Se prevé un objetivo vinculante de vertedero para reducir el vertido hasta un máximo de un 10% de los residuos municipales para 2030.
- La recolección separada de Biorresiduos y textiles obligatoria para 2023 y 2025.
- La prohibición de vertido de residuo recogido por separado;

⁸ COM (2010) 2020 final, COM (2011) 21 final, COM (2011) 571 final, COM (2014) 398 final, COM (2015) 614 final, COM (2017) 33 final, COM (2018) 29 final, COM (2019) 190 final.

⁹ Sobre este programa y las acciones que contempla véase SANTAMARÍA ARINAS, René Javier “Aproximación jurídica a las medidas de la Unión Europea para la economía circular” *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, ISSN 1577-9491, N.º. 117, 2016 pp. 36-45.

¹⁰ Reglamento (UE) 2018/848

¹¹ Directiva (UE) 2018/850; Directiva (UE) 2018/851; Directiva (UE) 2018/852

¹² Decisión (UE) 2018/853.

¹³ El paquete de 2014 “hacia una economía circular: un programa de desperdicios para Europa” en febrero de 2015 fue retirado el paquete de residuos (waste package) a pesar de las duras críticas de una mayoría del PE.

- La promoción de instrumentos económicos para desalentar el vertido de residuos;
- Las definiciones simplificadas y mejoradas y métodos de cálculo armonizados para las tasas de reciclado de toda la UE;
- Medidas concretas para promover la reutilización y estimular la simbiosis industrial, convirtiendo el subproducto de una industria en materia prima de otra industria;
- Incentivos económicos para que los productores pongan sus productos más ecológicos en el mercado y apoyen los esquemas de recuperación y reciclaje (por ejemplo, para envases, baterías, equipos eléctricos y electrónicos, vehículos).

Uno de los objetivos finales consiste en reciclar el 65% de los residuos municipales para 2035 y el 75% de los residuos de envases.

Esos objetivos ambiciosos plantean un gran desafío a la UE en su conjunto y a los EEMM que la conforman, por lo que para lograrlos se requiere de una serie de infraestructuras y acciones nada fáciles. Europa además avanza a distintas velocidades. Varios países y regiones de la UE tienen a día de hoy estrategias claras dedicadas a desarrollar la economía circular de forma global. Se trata de Países Bajos; Francia y Flandes; Bélgica y Alemania; Irlanda y Hungría; Reino Unido. Sin embargo otros países aún ni se lo han planteado.

A priori el marco temporal para lograrlos es suficientemente amplio, pero ello no debe llevar a los EEMM a relajarse. Como afirma GUDIN “las nuevas directivas tienen el potencial de producir cambios sustanciales y contener los elementos relevantes para avanzar hacia una economía circular cero de residuos, como la recolección separada de biorresiduos y textiles que se vuelve obligatoria para 2023 y 2025, respectivamente, y el llamamiento a la Comisión para que se proponga objetivos sobre prevención de residuos y reducción de residuos alimentarios.”¹⁴. Sin embargo, y como apuntan SANTAMARÍA ARINAS y NOGUERÍA LÓPEZ la Directiva “en realidad no responde a nuevos compromisos en materia de economía circular sino a previsiones de revisión contenidas en las Directivas de Residuos y de residuos de envases”¹⁵, lo que a priori no parece que permita hablar de un cambio de paradigma, lo cual denota una falta de ambición y conlleva un efecto desincentivador de la innovación, cuando además solo se centra en los residuos. Esto incumbe que los principios

¹⁴ GUDIN R-MAGARIÑOS, Faustino “La economía ..., Cit. pp. 11 y 12

¹⁵ Cit.

que ya erigían el espíritu de la Directiva marco anterior sigan en vigor, como es la ya mencionada jerarquía de residuos - junto con la protección de la salud humana y el medio ambiente (art. 13 DMR), el principio de responsabilidad de la gestión de residuos (art. 15.1 DMR) y los principios de autosuficiencia y proximidad.

A mi modo de ver el reto principal que se plantea en el ámbito de los residuos es lograr la efectiva aplicación de la jerarquía de residuos y lograr que la pirámide se invierta y que, efectivamente, el último eslabón acabe desapareciendo o, por lo menos se vea reducido a la máxima expresión, esto es el vertido e incluso la incineración. Recordemos también que la DMR en 2008 se plantea como objetivo conseguir que la UE se convierta en una “sociedad del reciclaje”. Esto significa que se debe potenciar la reutilización y el reciclaje de productos (por eso el objetivo de a partir de 2020 lograr reutilizar o reciclar el 50% del peso global de los residuos domésticos y asimilados y el 70% de los residuos de demolición). El reciclaje, por lo tanto, debía y debe ser la punta de lanza, como manifiesta DE SADELEER, de la economía circular.¹⁶ Para el mismo autor “el principal desafío en el futuro será adoptar unas medidas de armonización que obliguen a los Estados miembros a alcanzar unos índices de reciclaje más elevados que los índices actualmente vigentes. El concepto de reciclaje, de hecho, es más preciso que el de valorización, que se interpreta desde la perspectiva de la “función útil”.¹⁷ Parece que la reforma de la directiva de 2018 pretende esa armonización en algunos ámbitos.

En definitiva, la Directiva marco de residuos sigue girando en torno a la jerarquía de residuos (prevención, preparación para la reutilización, reciclaje, valorización energética, eliminación). Sin embargo, sigue siendo insuficiente su aplicación. Esta jerarquía no es novedosa y por supuesto su cumplimiento favorece la economía circular. Sin embargo, la flexibilidad en su aplicación comporta que la pirámide no se esté invirtiendo y que el último peldaño de la jerarquía siga siendo el más numeroso. Siguen existiendo numerosos vertederos y, en consecuencia, la eliminación sigue en marcha. Mientras se siga permitiendo y siga la flexibilización será difícil invertir la pirámide.

¹⁶ DE SADELEER, Nicolas, “La economía circular, entre la valorización y la eliminación de residuos”, RDAM, 38/2017, p. 237.

¹⁷ Idem. p. 246.

Otra modificación destacable es que la Directiva incluye, múltiples definiciones. Este cambio se debe a la intención de armonizar en esta materia para poder lograr los objetivos por parte de todos los EEMM, ya que estamos ante una Europa con países a varias velocidades a la hora de lograr los objetivos. A pesar de no detenernos en detallar todas las definiciones que incorpora sí que es oportuno destacar la definición de residuo municipal que incluye: “los residuos mezclados y los residuos recogidos de forma separada de origen doméstico, incluidos papel y cartón, vidrio, metales, plásticos, biorresiduos, madera, textiles, envases, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, residuos de pilas y acumuladores, y residuos voluminosos, incluidos los colchones y los muebles; los residuos mezclados y los residuos recogidos de forma separada procedentes de otras fuentes, cuando esos residuos sean similares en naturaleza y composición a los residuos de origen doméstico. Los residuos municipales no comprenden los residuos procedentes de la producción, la agricultura, la silvicultura, la pesca, las fosas sépticas y la red de alcantarillado y plantas de tratamiento de aguas residuales, incluidos los lodos de depuradora, los vehículos al final de su vida útil ni los residuos de construcción y demolición. La presente definición se entiende sin perjuicio de la distribución de responsabilidades para la gestión de residuos entre los agentes públicos y los privados.”¹⁸

Añade que “los EEMM harán uso de instrumentos económicos y otras medidas a fin de proporcionar incentivos para la aplicación de la jerarquía de residuos, como los que se indican en el anexo IV bis u otros instrumentos y medidas adecuados” (art. 4.3).¹⁹ Los EEMM

¹⁸ Esta definición supone una armonización del término, por lo que las normativas de cada Estado miembro deberá adaptarse a esta nueva definición.

¹⁹ 1. Tasas y restricciones aplicables a las operaciones de depósito en vertederos e incineración de residuos que incentiven la prevención y el reciclado de residuos, manteniendo el depósito en vertederos como la opción de gestión de residuos menos deseable.

2. Sistemas de pago por generación de residuos («pay-as-you-throw») que impongan tasas a los productores de residuos según la cantidad real de residuos generados y proporcionen incentivos para la separación en origen de los residuos reciclables y para la reducción de los residuos mezclados.

3. Incentivos fiscales a la donación de productos, en particular alimentos.

4. Regímenes de responsabilidad ampliada del productor para diferentes tipos de residuos y medidas para aumentar su eficacia, su rentabilidad y su gestión.

5. Sistemas de depósito y devolución y otras medidas para incentivar la recogida eficiente de productos y materiales usados.

6. Correcta planificación de las inversiones en infraestructura de gestión de residuos, en particular a través de fondos de la Unión.

deberán tener en cuenta estos instrumentos y medidas e incorporarlos en sus respectivos ordenamientos jurídicos para lograr los objetivos marcados.

Los objetivos que se plantean en el ámbito de los residuos para la transición hacia la economía circular en el ámbito de los residuos municipales se concretan en el ámbito de la preparación para la reutilización y el reciclado en que:

- antes del 2020 deberá aumentarse como mínimo hasta un 50% global de su peso la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos de materiales tales como, al menos, el papel, los metales, el plástico y el vidrio de los residuos domésticos y posiblemente de otros orígenes en la medida en que estos flujos sean similares a los residuos domésticos. (Cabe apuntar que este objetivo ya existía previamente).
- para 2025, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 55 % en peso;
- para 2030, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 60 % en peso;
- para 2035, se aumentará la preparación para la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 65 % en peso.

7. Contratación pública sostenible para incentivar una mejor gestión de los residuos y el uso de productos y materiales reciclados.

8. Supresión progresiva de las subvenciones que no son compatibles con la jerarquía de residuos.

9. Uso de medidas fiscales o de otros medios para promover la utilización de productos y materiales preparados para su reutilización o reciclado.

10. Apoyo a la investigación y la innovación en tecnologías de reciclado avanzadas y refabricación.

11. Uso de las mejores técnicas disponibles para el tratamiento de residuos.

12. Incentivos económicos para las autoridades regionales y locales, en particular para fomentar la prevención de residuos e intensificar los sistemas de recogida separada, evitando apoyar el depósito en vertederos y la incineración.

13. Campañas de concienciación pública, en particular sobre la recogida separada, la prevención de residuos y la reducción de los vertidos de basura, e inclusión de estas cuestiones en la educación y la formación.

14. Sistemas de coordinación, incluso por medios digitales, de todas las autoridades públicas competentes que participan en la gestión de residuos.

15. Promoción continua del diálogo y la cooperación entre todos los interesados en la gestión de los residuos y fomento de los acuerdos voluntarios y la presentación de informes sobre residuos por parte de las empresas.

Cabe tener en cuenta que se trata de objetivos inmediatos. No obstante lo dicho, la directiva se plantea la opción de aplazamiento de las fechas en determinados casos, pero no entraremos en ello.

Por otra parte, la Directiva recoge, por primera vez la regulación de los residuos peligrosos y deroga las otras Directivas específicas e incluye los “residuos peligrosos de origen doméstico” (art. 20), para los que prevé el plazo del 1 de enero de 2025 para que los EEMM establezcan la recogida separada de las fracciones de residuos peligrosos de origen doméstico para garantizar su tratamiento de conformidad con los arts. 4 y 13 y que no contaminen otros flujos de residuos municipales. También prevé el mismo plazo para los residuos textiles que deberán recogerse de forma separada. Se encomienda a la Comisión la elaboración, antes del 5 de enero de 2020, directrices para ayudar a los EEMM en la recogida separada de fracciones de residuos peligrosos de origen doméstico y facilitarles la labor. En relación con la fracción de “biorresiduos” se prescribe que los “EEMM garanticen a más tardar el 31 de diciembre de 2023 y siempre que se cumpla el artículo 10, apartados 2 y 3, bien se separen y reciclen en origen, o bien se recojan de forma separada y no mezclen con otros tipos de residuos. (...)”²⁰

En definitiva, y a modo de resumen de las modificaciones más destacadas de la Directiva a efectos de nuestro trabajo encontramos que se prevén nuevas tasas de reciclado, y se propone como fin reciclar un 65% de los residuos municipales en 2035, con objetivos intermedios; se establece una simplificación y armonización de las definiciones y los métodos de cálculo, en lo que concierne a los residuos municipales y a los Biorresiduos; se refuerzan las normas y se incorporan nuevas obligaciones con respecto a la recogida selectiva. Se obliga a la recogida de las fracciones de residuos que se suman a las ya existentes: en primer lugar, de los biorresiduos, a más tardar el 31 de diciembre de 2023, en segundo lugar, de la fracción textil, como máximo el 1 de enero de 2025 y, en tercer lugar los residuos peligrosos de origen doméstico para el que se fija la misma fecha máxima, el 1 de enero de 2025.

Todas las cuestiones que plantea esta nueva versión de la DMR deben transponerse antes del 5 de junio de 2020 por parte de los EEMM a sus ordenamientos jurídicos internos. Veremos en qué posición se encuentra el estado español, tanto en lo relativo a la consecución de los objetivos planteados por la DMR para 2020 así como en relación con las novedades que plantea la nueva redacción de la DMR y su incorporación al ordenamiento jurídico interno, como la ambición de transitar hacia la economía circular.

²⁰ Artículo 22.1 de la nueva redacción de la DMR.

En marzo de este año 2019 la comisión redactó un “informe al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones sobre la aplicación del Plan de acción para la economía circular (COM (2019) 190 final) de 4 de marzo de 2019” que evalúa la implantación del plan y de las 54 acciones que recogía el plan de acción, que se han concluido o que se están implantando, así como las acciones de futuro. Este informe no se ciñe a la cuestión de los residuos sino que va más allá y aborda aquellas acciones realizadas y pendientes de realizar en el ámbito de la mejora del diseño de los productos, de la adaptación de los procesos industriales y de la capacitación de los consumidores para cambiar sus hábitos de consumo. Por ejemplo, se habla de la huella ambiental de los productos (que incorpora la ley de cambio climático de Catalunya), o la información sobre la durabilidad y reparabilidad de los productos, o potenciar la contratación pública ecológica, así como los materiales recuperados y el fomento del uso de materias primas secundarias (con la regulación a través de Reglamento de los productos fertilizantes). Otro aspecto analizado es la conversión de los residuos en recursos. Es aquí donde se analiza el cambio legislativo en materia de residuos en el ámbito de la UE. Se habla de “modernizar los sistemas de gestión de residuos en la Unión y consolidar el modelo europeo como uno de los más eficaces del mundo.” Podemos afirmar que se instaura un sistema objetivo muy ambicioso que va a suponer un reto para todos los EEMM y sobre todo para aquellos que están a la cola de lograr los objetivos inmediatos que se fijan.

4.2. ¿En qué situación se encuentra el estado español respecto al cumplimiento de los objetivos de la UE?

El informe de alerta temprana COM (2018) 656 Final de 24 de septiembre de 2018²¹ sitúa a España entre los 14 países que “corren riesgo de incumplir el objetivo para 2020 del 50%”, en cuanto a los residuos urbanos, que incluye los residuos domésticos y similares, junto con Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Grecia, Hungría, Letonia Malta, Polonia, Portugal y Rumanía. A pesar de esta clasificación, el informe tiende a ser positivo en cuanto que advierte que “si se aplica con rapidez por parte de las autoridades nacionales

²¹ Informe de la Comisión al parlamento europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones sobre la aplicación de la legislación de la UE en materia de residuos, incluido el informe de alerta temprana para los Estados miembros que corren el riesgo de incumplir con el objetivo para 2020 en relación con la preparación de residuos municipales para la reutilización y el reciclado.

y locales, estas acciones sugeridas reducirán de forma significativa el riesgo de no cumplir los objetivos.” El informe no se ciñe, por lo tanto, a hacer esta evaluación sino que es propositivo e indica una serie de sugerencias a los EEMM que, de ser aplicadas, considera que se lograría este objetivo, el cual ya estaba marcado por la Directiva de 2008, y “nada tiene que ver con el paquete normativo nuevo que incluye la Economía Circular”.

En definitiva, España se encuentra entre los países en riesgo de no cumplir el objetivo “básico” inmediato planteado para el 2020, por lo que si quiere cumplirlo y encaminarse hacia el cumplimiento del resto de objetivos que incorpora la nueva redacción de la DMR debería tener en cuenta las sugerencias y recomendaciones planteados por la UE. Las acciones que plantea la UE se refieren básicamente a la “gestión de los residuos” y se concretan en las siguientes que hemos listado a continuación:

- Repercutir los objetivos nacionales de reciclado hasta el nivel local responsable de los sistemas de recogida de residuos, y garantizar que haya consecuencias para los municipios que no cumplen los objetivos.
- Introducir medidas (impuestos incluidos) para la supresión gradual del depósito en vertederos y otras formas de tratamiento de desechos residuales (por ejemplo, el tratamiento mecánico biológico y la incineración) con objeto de proporcionar incentivos económicos para fomentar la jerarquía de residuos.
- Elaborar orientaciones con las autoridades locales y regionales para los municipios en forma de una norma de servicio mínimo de recogida por separado. Organizar programas de apoyo técnico y de desarrollo de capacidades para los municipios a nivel nacional.
- Introducir requisitos obligatorios para separar los biorresiduos y garantizar que las infraestructuras de tratamiento programadas o existentes son adecuadas para los sistemas de recogida.
- Fomentar la cooperación entre municipios en la programación de infraestructuras y/o la contratación de servicios para garantizar eficiencias de escala y el reparto de la carga financiera.
- Mejorar el régimen de responsabilidad ampliada del productor, al menos en consonancia con los requisitos mínimos generales establecidos en la Directiva marco revisada sobre los residuos.

- Introducir medidas para alentar a los hogares a clasificar los residuos, en particular, promover una mayor frecuencia de recogida para flujos separados en comparación con los de residuos mezclados.
- Mejorar el seguimiento y la notificación, en particular, garantizando que los datos se recogen a nivel municipal.
- Utilizar con más efectividad los fondos de la UE para desarrollar una infraestructura de gestión de residuos garantizando que la cofinanciación fomenta los resultados en materia de prevención, reutilización y reciclado.

La UE no solo ha elaborado un informe genérico sino que también se ha entretenido en acompañarlo de informes específicos para cada país que se encuentra en riesgo de no lograr los objetivos planteados para el 2020 en relación con la tasa de reciclado y relleno del 50% de los residuos municipales. El informe de alerta temprana para España SWD (2018) 425 Final que acompaña el informe anteriormente citado detecta cuáles son, a su criterio, las cuestiones que pueden cambiar y mejorarse en el estado español, con el fin de lograr el objetivo marcado para 2020, ya mencionado. En primer lugar y segundo lugar, considera que “el lento progreso de los porcentajes de reciclado se debe a la falta de armonización entre Comunidades Autónomas respecto de la obligación de recogida separada (por ejemplo, de los biorresiduos), así como a la falta de instrumentos económicos (por ejemplo, impuestos sobre el vertido o la incineración de residuos) creados a escala nacional.” Añade que “a nivel municipal no se dispone de instrumentos para velar por su aplicación. En muchos municipios todavía no se lleva a cabo de forma eficaz una recogida separada. En general, no hay suficiente coordinación entre los niveles nacional, regional y local, incluido por lo que se refiere a la planificación y el uso de infraestructuras de tratamiento de residuos”.

Una vez detectadas estas deficiencias enumera las posibles acciones dirigidas a respaldar los esfuerzos de España para mejorar sus resultados en lo que se refiere a la gestión de residuos. En relación con la recogida separada aboga por la “introducción de la obligación de recogida separada de residuos de alimentos y de jardín en la legislación nacional, acompañada de una serie de criterios cualitativos, como porcentajes de recogida mínimos y normas mínimas de calidad de la recogida (por ejemplo, frecuencia mínima de la recogida o porcentaje máximo de contaminación por plásticos)” y la “introducción de objetivos vinculantes de recogida separada a nivel municipal, junto con multas por no hacer que estos se cumplan”. En relación

con los instrumentos económicos propone la “introducción de impuestos sobre los residuos municipales obligatorios para los hogares, acompañados de una indicación sobre el nivel de valorización con unos costes mínimos para la gestión de residuos. Estos recursos financieros deben respaldar los cambios suficientes en la gestión y el tratamiento de residuos”, y la “introducción de un sistema fiscal armonizado para la eliminación de los residuos (es decir, el vertido y la incineración) que sea operativo en todas las Comunidades Autónomas”. En relación con la supervisión propone la “publicación por el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente de un resumen anual de la gestión de residuos municipales en cada Comunidad Autónoma que incluya: los resultados de la comunidad autónoma en términos de porcentajes de reciclado y distancia respecto al objetivo; las medidas operativas introducidas en el sector de los residuos; las inversiones en el sector de los residuos; los instrumentos económicos y jurídicos establecidos en las Comunidades Autónomas”, y la “recogida de información, llevada a cabo por el Ministerio, sobre residuos comerciales gestionados de forma privada que podrían contribuir al porcentaje global de reciclado de residuos municipales”.

Por otra parte, la hoja de ruta establecida para España ya apuntaba un listado de recomendaciones que debía llevar a cabo el Estado español para cumplir con la Directiva. Esta misma hoja de ruta establece unas medidas que recomienda aplicar y un calendario, así como el grado de cumplimiento. Destacamos a continuación los instrumentos legales que se recomienda incorporar al ordenamiento jurídico español de forma más concreta.

1. Como instrumento legal y económico se recomienda introducir una tasa a nivel estatal que se aplicaría a la fracción resto de residuos destinada a vertedero y las rechazadas por las plantas de MBT, cuyos ingresos serían transferidos a las CCAA. Se recomienda que se fije una tasa mínima por parte de la legislación estatal. También debería incluir la incineración y los desechos de las plantas de tratamiento mecánico biológico (Mechanical-Biological Treatment: MBT). Se propone que si se ve imposible fijar una tasa estatal como último recurso se proponga una tipo impositivo mínimo obligatorio.
2. En relación con la coordinación de los planes de gestión residuos autonómicos se recomienda su actualización y que incluyan unos mínimos comunes, como es la actualización de objetivos, plazo de cumplimiento y frecuencia de revisión (donde

sea necesario); alineamiento de periodos cubiertos por los planes de gestión de residuos; definición de los contenidos mínimos comunes de los planes de gestión de residuos. La actualización de los planes de gestión de residuos deberían cubrir lo siguiente: actualización de la inversión en infraestructuras a corto plazo (donde sea necesario); programas de prevención de residuos, incluyendo objetivos (targets) que deberían incluir objetivos para expandir la existencia de redes de reutilización y centros de reparación. Esto debería tener lugar después de un ejercicio de mapeo en el que se identifiquen las infraestructuras de reutilización y reparación existentes.

3. Otra medida legal y administrativa, con el fin de lograr una recogida selectiva más efectiva, es la introducción de diversos planes específicos para la gestión de los biorresiduos por parte de las CCAA. Se propone tener en consideración la implementación de normas vinculantes que requiera a los municipios a implementar un sistema de recogida selectiva de biorresiduos en las ciudades, así como normas que obliguen a las organizaciones comerciales que generen más de una cantidad fija de residuos alimentarios por año a separar y contratar de forma separada los residuos orgánicos recogidos de forma separada.
4. La siguiente medida legal y económica que se recomienda va dirigida a los municipios y consiste en reformar los impuestos de la gestión de los residuos municipales, vinculándolos de forma progresiva al pago por generación de residuos (conocido en inglés como PAYT) así como la implementación de sistemas de recolección que sean más eficientes y que permitan su aplicación. Esto permitirá incrementar la prevención de residuos y la separación en origen. Como más eficiente sea el sistema de recogida de residuos implementado (como la recogida puerta a puerta) el sistema de pago por generación de residuos tendrá más garantía de éxito, con repercusión en la prevención de residuos y en una mejor tasa de reciclado.
5. En definitiva, se recomiendan medidas para aumentar la recogida selectiva, introduciendo planes especiales para la gestión de los biorresiduos introduciendo los planes (RWMPs) e identificando y aumentando la vigilancia de la recolección exitosa de residuos. Se establecen como modelos el puerta a puerta y el sistema PAYT (door-to-door SC + PAYT schemes).
6. Se plantean también medidas para asegurar las mejores técnicas disponibles en el tratamiento de residuos mecánico biológico (MBT): recopilación de capacidades y eficiencias (basados en análisis de flujo de masas) en cuanto al tratamiento de los

residuos remanentes; recopilación de la capacidad de los MBT para el tratamiento de los biorresiduos recogidos de forma selectiva, así como de la calidad de los resultados; identificación y caracterización de las mejores plantas de MBT y asegurar la transferencia de tecnología.

7. Instrumentos económicos y reforma de tasas para una mejor gestión ambiental: reforma de los cargos sobre residuos municipales para cubrir la totalidad de los costes; mejorar y crear sistemas de responsabilidad ampliada del productor (EPR).
8. Medidas dirigidas a la fiabilidad de los datos sobre gestión de residuos: recopilando, comparando y armonizando los métodos actuales de cálculo de residuos (BMW) que va a vertedero a nivel regional; atacando las fuentes de inconsistencia, en particular de las plantas MBT.
9. Medidas dirigidas a la coordinación y cooperación en el traslado interregional de residuos: monitorizando el flujo interregional de residuos; fomentando eficiencia y economías de escala a través de un plan para compartir instalaciones de tratamiento.

5. LA ECONOMÍA CIRCULAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

5.1. La situación actual del Estado español

En la actualidad la ley básica de residuos vigente es la Ley 22/2011, de 21 de abril, de residuos y suelos contaminados, junto con los reglamentos que la desarrollan, en determinados aspectos, a través de Reales Decretos. Esta norma deberá adaptarse a los propósitos de la Directiva mencionada (UE) 2018/851. Sin embargo, y a pesar de no estar adaptada las políticas y los planes que desarrollan la ley están encaminadas a la economía circular y cuanto menos a lograr la llamada “sociedad del reciclado”. Por una parte, destacamos el Programa Estatal de Prevención de Residuos y, por otra, el PEMAR 2016-2022. Sin embargo debemos lamentar que aún esté pendiente la aprobación de la Estrategia Española de Economía Circular 2030.

En el ámbito autonómico, diversas comunidades autónomas tienen normativa propia sobre residuos e instrumentos jurídicos que se plantean la economía circular, a través de estrategias propias de economía circular, planes y otros. Destaca, en primer lugar, Castilla la Mancha que tiene aprobado un Proyecto de Ley de Economía Circular. En segundo lugar, Catalunya, en el marco del *Decret legislatiu 1/2009* de residuos tiene aprobado el llamado *Precat20* y la estrategia “*Impuls a l’economia verda i a l’economia circular competitivitat – eficiència – innovació*”. Navarra, incluye en su ley Foral 14/2018, de residuos, impuestos sobre vertidos e incineración y el SDDR. Andalucía, por su parte tiene aprobada la Estrategia de Economía Biocircular (que no trata los residuos) y el Acuerdo de formulación del Plan Integral de Residuos de Andalucía “*Hacia una economía circular en el Horizonte 2030*”, pendiente aún de aprobación. Por otra parte, dispone también del Plan Director Territorial de Residuos No Peligrosos de Andalucía (2010-2019), revisado en 2016. A estos instrumentos sumamos la Estrategia Economía Circular de Extremadura 2030 y la Estrategia Economía Circular de la Comunidad de Madrid 2030.

En el ámbito local la LRBRL otorga competencias en materia de gestión de residuos domésticos a los municipios, por ello, algunos, como el Ayuntamiento de Madrid se han planteado la economía circular en sus estrategias, como la Estrategia de residuos 2018-2022.

5.2 Las estrategias y el pacto por la economía circular

La Estrategia España 2030 (EEEC), que aún se encuentra pendiente de aprobación, ha sido tildada de “decepcionante” por la doctrina²². Con el añadido de que aún no está aprobada, lo que denota dejadez, falta de rigurosidad, creencia y ambición de realmente encaminarse hacia la economía circular. La estrategia se entretiene en el presente y le falta ambición en las acciones que plantea. Plantea muchos estudios pero pocas políticas. Se limita a recoger las obligaciones de transposición de la normativa europea sobre residuos y hace menciones genéricas del resto de sectores. No coge el testigo en relación con la introducción de instrumentos financieros, la contratación pública verde o la eliminación de la obsolescencia programada. Adopta así una “perspectiva reduccionista”. Todo ello denota la dejadez, falta de rigurosidad, creencia y ambición de realmente encaminarse hacia la economía circular.

²² PUENTES POCINA, Beltran, “¿España Circular 2030? Comentario al borrador de la estrategia española de economía circular”, RCDA, Vol. 9, Núm 2, 2018.

En el ámbito autonómico, sin embargo, encontramos varias estrategias propias de economía circular, en Catalunya, Extremadura, la Comunidad de Madrid y Andalucía. En el ámbito estatal se ha firmado un pacto por la economía circular por 55 agentes. Este pacto implica las administraciones públicas y agentes sociales. Los Ministerios de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente (hoy llamado de transición ecológica) y de Economía, Industria y Competitividad fueron los impulsores, con objeto de implicar a los principales agentes económicos y sociales de España en la transición hacia lo que llama “este nuevo modelo económico”.²³

Aunque la EEEEC no esté aprobada sí que existen planes de residuos aprobados que también contemplan objetivos en cuanto a la reducción de los residuos y que son vigentes: El Programa Estatal de prevención de Residuos, de 27 de noviembre de 2013 – que incluye entre sus líneas estratégicas la reducción de la cantidad de residuos²⁴ –, el Plan Estatal Marco

²³ Los firmantes se comprometen a impulsar la transición hacia una economía circular mediante las siguientes acciones: 1. Avanzar en la reducción del uso de recursos naturales no renovables, reutilizando en el ciclo de producción los materiales contenidos en los residuos como materias primas secundarias siempre y cuando quede garantizada la salud de las personas y la protección del medio ambiente; 2. Impulsar el análisis del ciclo de vida de los productos y la incorporación de criterios de ecodiseño, reduciendo la introducción de sustancias nocivas en su fabricación, facilitando la reparabilidad de los bienes producidos, prolongando su vida útil y posibilitando su valorización al final de ésta; 3. Favorecer la aplicación efectiva del principio de jerarquía de los residuos, promoviendo la prevención de su generación, fomentando la reutilización, fortaleciendo el reciclado y favoreciendo su trazabilidad; 4. Promover pautas que incrementen la innovación y la eficiencia global de los procesos productivos, mediante la adopción de medidas como la implantación de sistemas de gestión ambiental; 5. Promover formas innovadoras de consumo sostenible, que incluyan productos y servicios sostenibles, así como el uso de infraestructuras y servicios digitales; 6. Promover un modelo de consumo responsable, basado en la transparencia de la información sobre las características de los bienes y servicios, su duración y eficiencia energética, mediante el empleo de medidas como el uso de la ecoetiqueta; 7. Facilitar y promover la creación de los cauces adecuados para facilitar el intercambio de información y la coordinación con las administraciones, la comunidad científica y tecnológica y los agentes económicos y sociales, de manera que se creen sinergias que favorezcan la transición; 8. Difundir la importancia de avanzar desde la economía lineal hacia una economía circular, fomentando la transparencia de los procesos, la concienciación y sensibilización de la ciudadanía; 9. Fomentar el uso de indicadores comunes, transparentes y accesibles que permitan conocer el grado de implantación de la economía circular; 10. Promover la incorporación de indicadores del impacto social y ambiental derivados del funcionamiento de las empresas, para poder evaluar más allá de los beneficios económicos que se generen en las mismas, como consecuencia de su compromiso con la economía circular.

²⁴ En los siguientes términos: esta línea estratégica establece que “con carácter general la reducción de la cantidad

de Gestión de Residuos (PEMAR) 2016-2022 y el Plan Estatal de Inspección de traslados transfronterizos de residuos 2017-2019.

5.3. La economía circular en la legislación estatal básica de residuos

Actualmente no encontramos ninguna referencia expresa a la economía circular en el texto normativo básico. Sí que se establecen los objetivos, instrumentos y otras cuestiones para lograr llegar a ese fin. El texto de la LRSC vigente en cuanto a los objetivos y a lo que nos interesa para este trabajo establece en el artículo 22 establece que “1. Con objeto de cumplir los objetivos de esta Ley y de avanzar hacia una sociedad del reciclado con un alto nivel de eficiencia de los recursos, el Gobierno y las autoridades competentes deberán adoptar las medidas necesarias a través de los planes y programas de gestión de residuos para garantizar que se logran los siguientes objetivos y, en su caso, los que se establezcan: Antes de 2020, la cantidad de residuos domésticos y comerciales destinados a la preparación para la reutilización y el reciclado para las fracciones de papel, metales, vidrio, plástico, biorresiduos u otras fracciones reciclables deberá alcanzar, en conjunto, como mínimo el 50% en peso.”. Por otra parte también se establece el objetivo al que atenderán los planes y programas de residuos de que “estas medidas se encaminarán a lograr la reducción del peso de los residuos producidos en 2020 en un 10% respecto a los generados en 2010. La finalidad de dichos objetivos y medidas será romper el vínculo entre el crecimiento económico y los impactos sobre la salud humana y el medio ambiente asociados a la generación de residuos.”(Art. 15). Por su parte, el texto actual de la ley prevé la promoción de la recogida separada del biorresiduo²⁵, pero no lo incluye como obligatorio. Asimismo, nada se menciona respecto a la fracción del textil.

de residuos generada es un objetivo común para los diferentes tipos de residuos que se generan en todos los ámbitos (agrarios, domésticos, comerciales e industriales). Sin embargo, se considera de especial relevancia focalizar los esfuerzos de reducción en las siguientes áreas: desperdicio alimentario; construcción y demolición; envases; productos de “usar y tirar”. La reutilización de los productos o el alargamiento de su vida útil, juegan un papel esencial en la reducción efectiva de la cantidad de residuos generados. Sin embargo, debido a las ventajas económicas y sociales que éstas comportan, serán objeto de una línea estratégica diferenciada en este programa.”

²⁵ Artículo 24. Biorresiduos. Las autoridades ambientales promoverán, sin perjuicio de las medidas que se deriven de las actuaciones que a nivel comunitario se emprendan en cumplimiento del último párrafo del artículo 22 de la Directiva 2008/98/CE, medidas que podrán incluir en los planes y programas de gestión de

Es preciso referirnos brevemente al PEMAR 2016-2022, que no tiene carácter normativo, para confirmar que se pretende promover más activamente las opciones de gestión prioritarias de la jerarquía y que debe focalizarse en la aplicación del principio de jerarquía en todos los flujos de recursos, pero sigue siendo una cuestión pendiente, según los datos consultados.

El borrador de anteproyecto de ley de modificación de la LRSC, que se puso a información pública del 19/05/2018 al 19/06/2018, modifica esta norma para lograr los objetivos marcados por la Directiva (UE) 2018/851 en relación con los biorresiduos, los residuos textiles y los residuos peligrosos de origen doméstico, de acuerdo también con el PEMAR 2016-2022. Para ello pretende “establecer la recogida separada obligatoria de los residuos textiles y de los residuos peligrosos de origen doméstico a más tardar el 31 de diciembre de 2024, así como la recogida separada obligatoria de los biorresiduos antes del 31 de diciembre de 2020, para los municipios de más de cinco mil habitantes y antes del 31 de diciembre de 2023, para el resto de municipios.” El texto de la exposición de motivos añade lo siguiente “Con esta regulación, se pretende sentar la base legal, para que las autoridades ambientales competentes establezcan los cambios oportunos en los modelos de recogida y gestión de residuos, que permitan a España cumplir con los nuevos objetivos de recogida separada de residuos, establecidos en la nueva directiva”. El texto recuerda que la ley se dicta de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia e incluye esta ley en el Plan Anual Normativo de 2019.

La modificación de la ley incluye añadir un artículo 21.2 bis en relación con la obligación de estar establecida una recogida separada para residuos textiles y residuos peligrosos de origen doméstico para antes del 31 de diciembre de 2024, un artículo 24 dedicado a los biorresiduos

residuos previstos en el artículo 14, para impulsar: a) La recogida separada de biorresiduos para destinarlos al compostaje o a la digestión anaerobia en particular de la fracción vegetal, los biorresiduos de grandes generadores y los biorresiduos generados en los hogares. b) El compostaje doméstico y comunitario. c) El tratamiento de biorresiduos recogidos separadamente de forma que se logre un alto grado de protección del medio ambiente llevado a cabo en instalaciones específicas sin que se produzca la mezcla con residuos mezclados a lo largo del proceso. En su caso, la autorización de este tipo de instalaciones deberá incluir las prescripciones técnicas para el correcto tratamiento de los biorresiduos y la calidad de los materiales obtenidos. d) El uso del compost producido a partir de biorresiduos y ambientalmente seguro en el sector agrícola, la jardinería o la regeneración de áreas degradadas, en sustitución de otras enmiendas orgánicas y fertilizantes minerales.

donde se establecen las medidas apropiadas para las autoridades ambientales en su respectivo ámbito competencial²⁶, una Disposición adicional única en la que se señala que “las medidas incluidas en la norma no podrán suponer un incremento de dotaciones ni de retribuciones ni otros gastos de personal”. Finalmente se incluye un artículo de entrada en vigor, siendo esta la del día siguiente a la publicación en el BOE de la ley. Sin embargo, no aprovecha la ocasión para modificar otros aspectos o introducir medidas en el sentido que le invita la UE a través de sus informes, citados en apartados anteriores. Tampoco aprovecha para adaptar la definición de “residuo doméstico” a la establecida por la Directiva 2018/851 como “residuo municipal”. Este borrador tampoco se plantea adaptar la definición de biorresiduo en el mismo sentido.

5.4. Recomendaciones para la nueva normativa básica de residuos

Es una lástima que la modificación de la LRSC se ciña tan solo a establecer las obligaciones y los plazos para cumplirlas sin aprovechar la ocasión para incorporar las medidas que la UE le recomienda y que debería incorporar la legislación básica. Pensemos que España se encuentra ya entre los EEMM con riesgo a no cumplir los objetivos planteados para 2020. Estas medidas ayudarían a lograr que se cumplan los objetivos que se pretenden para los distintos años. Por ejemplo, el establecimiento de un impuesto por vertido, entre otros.

²⁶ que consta de tres apartados desarrollados: establecer con carácter obligatorio su recogida separada para destinarlos al compostaje o la digestión anaerobia, en particular de la fracción vegetal, los biorresiduos de grandes generadores y los biorresiduos generados en los hogares. Los municipios de más de cinco mil habitantes de derecho instaurarán la recogida separada de los biorresiduos en el servicio de gestión de los residuos municipales antes del 31 de diciembre de 2020. El resto de municipios deberá establecerse antes del 31 de diciembre de 2023; Garantizar que el tratamiento de biorresiduos recogidos separadamente ser realice a través de compostaje doméstico y comunitario, o en instalaciones específicas sin que se produzca la mezcla con residuos mezclados a lo largo del proceso. La autorización de dichas instalaciones deberá incluir las prescripciones técnicas para el correcto tratamiento de los biorresiduos y la calidad de los materiales obtenidos; Promover el uso del compost producido a partir de biorresiduos y ambientalmente seguro en el sector agrícola, la jardinería o la regeneración de áreas degradadas, en sustitución de otras enmiendas orgánicas y fertilizantes minerales.

Puede que esta modificación se revise ya que aún no se ha aprobado, aunque cabe recordar que antes del 5 junio de 2020 se tiene que haber transpuesto la Directiva si no queremos incumplir los plazos. A nuestro entender esta norma debería incorporar lo siguiente:

En primer lugar debería revisar las definiciones para adecuarlas a la Directiva y en especial debería incorporar el término y los objetivos de la economía circular en el texto de la ley. En cuanto a las definiciones, cabe apreciar que la nomenclatura para referirse a los residuos generados en los hogares es dispar - residuos domésticos, residuos municipales, residuos urbanos – lo cual puede llevar a confusión. Nos preguntamos si sería necesario una homogeneidad en este sentido, por seguridad jurídica. Además la definición estatal de residuo doméstico difiere en algunos términos de la de residuo municipal introducida por la Directiva (UE) 2018/851.

En relación con todo el elenco de recomendaciones que se desprenden del informe de la UE vemos que la redacción propuesta en el borrador podría haber sido más ambiciosa. A pesar de que los cambios propuestos van a incentivar la recogida selectiva de fracciones que hasta ahora la normativa no planteaba (como la fracción textil y la de residuos peligrosos de origen domésticos) o planteaba de forma no obligatoria, la fracción biorresiduos (haciendo la distinción entre municipios de más y de menos de 5000 habitantes – 2020-2013), lo cual va a conllevar que aumente el porcentaje de preparado para la reutilización y el reciclaje, se podría haber aprovechado para introducir más modificaciones en otros ámbitos. Por ejemplo, en lo que atañe a los instrumentos económicos, la redacción actual de la LRSC establece la posibilidad de aplicar medidas económicas, financieras y fiscales, pero más allá de exponer esta posibilidad no exige nada.²⁷ En cambio la UE propugna una exigencia en

²⁷ Artículo 16. Medidas e instrumentos económicos.

1. Las autoridades competentes podrán establecer medidas económicas, financieras y fiscales para fomentar la prevención de la generación de residuos, implantar la recogida separada, mejorar la gestión de los residuos, impulsar y fortalecer los mercados del reciclado, así como para que el sector de los residuos contribuya a la mitigación de las emisiones de gases de efecto invernadero. Con estas finalidades podrán establecerse cánones aplicables al vertido y a la incineración de residuos domésticos.
2. Las administraciones públicas promoverán en el marco de contratación de las compras públicas el uso de productos reutilizables y de materiales fácilmente reciclables, así como de productos fabricados con materiales procedentes de residuos, cuya calidad cumpla con las especificaciones técnicas requeridas.
3. Respecto a los residuos susceptibles de ser reciclados, las administraciones públicas podrán articular con

cuanto a impuestos sobre residuos municipales e incluso una armonización en el sistema fiscal para la eliminación de los residuos (vertedero e incineración) para todas las CCAA. El redactado actual tan solo indica que “con estas finalidades podrán establecerse cánones aplicables al vertido y a la incineración de residuos domésticos”, pero no opta por ninguna armonización ni exigencia a las CCAA. Algunas CCAA sí que han optado por gravar la gestión de los residuos que acuden el último peldaño de la pirámide de la jerarquía de residuos, pero el Estado no se muestra firme en exigir que efectivamente se grave esta opción en todas las CCAA.²⁸

En cuanto a los entes locales la LRSC en su artículo 21 dedicado a regular la recogida, preparación para la reutilización, reciclado y valorización de residuos prevé que: “3. Las Entidades Locales habilitarán espacios, establecerán instrumentos o medidas para la recogida separada de residuos domésticos y en su caso, comerciales a los que es preciso dar una gestión diferenciada bien por su peligrosidad, para facilitar su reciclado o para preparar los residuos para su reutilización”. Vemos que es una referencia muy genérica la que se le encomienda a los entes locales y puede que no tenga que ser esta norma la que lo establezca pero se pide desde la UE, por ejemplo, que se introduzcan objetivos vinculantes de recogida separada a nivel municipal, junto con multas por no hacer que estos se cumplan. Si se exige a todos los municipios ser podrían integrar los objetivos aquí o sino en las distintas normas autonómicas y por supuesto en los programas municipales y ordenanzas.

carácter temporal, mecanismos que prioricen su reciclado dentro de la Unión Europea, cuando esté justificado por razones medioambientales.

²⁸ Catalunya, por ejemplo, incluye un canon de residuos (des de la Ley 16/2003 y la ley 8/2018) que grava la deposición del rechazo (rebuig) de los residuos municipales (la fracción resto)- Los sujetos pasivos serían los entes locales y/o los titulares de las instalaciones-. Este canon nutre el Fons de Gestió de Residus el cual destina el 50% al tratamiento de la fracción orgánica recogida selectivamente, incluidos los tratamientos que reduzcan la cantidad o mejoren la calidad del “rebuig” de los residuos destinados a disposición del rechazo. El resto se destinan a recogida selectiva en origen de la fracción orgánica, a la recogida selectiva y la valorización de otras fracciones de residuos y también a promover campañas de sensibilización, educación ambiental y divulgación. Los beneficiarios del fondo son los entes locales municipales y supramunicipales, otras entidades competentes, mancomunidades y consorcios para la prestación de los servicios y para inversiones destinadas a la gestión de los residuos municipales.

6. CONCLUSIONES

Por último, cabe pensar sobre la necesidad de hacer un giro de verdad, también en la prevención gestión de los residuos para encaminarnos efectivamente hacia la llamada economía circular, desde todas las instancias, también la normativa, no solamente la política. Sin embargo, el planeta hace años que está enfermo y así sigue y somos incapaces de propiciar un cambio real. ¿Hasta cuándo? ¿Seremos capaces de lograr los objetivos y de revertir la situación? ¿Cómo?

7. BIBLIOGRAFÍA

- GUDIN R-MAGARIÑOS, Faustino. La economía circular: reexaminando los residuos, en relación al objetivo más importante de la UE para el año 2050. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, n. 33, 2018.
- NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. Cuadrar el círculo. El complejo equilibrio entre el impulso de la economía circular y unas reglas de mercado expansivas. *InDret, Revista para el análisis del derecho*, n. 3, 2019, pp. 1-29.
- PUNTES POCIÑA, Beltran. ¿España Circular 2030? Comentario al borrador de la estrategia española de economía circular. *RCDA*, vol. 9, n. 2, 2018.
- SADELEER, Nicolas de. La economía circular, entre la valorización y la eliminación de residuos. *RDAM*, n. 38, 2017.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier. Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción. *RCDA*, vol. 10 n. 1, 2019, pp. 1-37.
- Aproximación jurídica a las medidas de la Unión Europea para la economía circular. *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, n. 117, 2016, pp. 36-45.

VII. Subproductos y fin de condición de residuos: elementos clave para una economía circular

Noemí Blázquez Alonso

Abogada en Uría Menéndez Abogados

RESUMEN:

El modelo de economía lineal basado en el carácter ilimitado de los recursos naturales ha tocado a su fin y ha sido remplazado por el de la economía circular que exige un consumo responsable protector con el medio ambiente y con la prolongación de la vida útil de sus recursos. Los Estados miembros están obligados a adoptar unas políticas que favorezcan la reutilización de los residuos, debiendo para ello aumentar la producción de subproductos y de materias primas secundarias procedentes de procesos industriales. Para ello resulta fundamental determinar con precisión y de forma homogénea las figuras de subproducto y fin de condición de residuo. De lo contrario, el esfuerzo realizado por el legislador habrá sido en vano. Ahora el principal desafío será adoptar unas políticas armonizadas que obliguen a los Estados miembros a que los índices de reutilización de residuos industriales alcancen cuotas más elevadas.

ABSTRACT:

The linear economic model based on unlimited natural resources has come to an end and been replaced by a circular economy that requires responsible consumption that protects the environment, and seeks to prolong the lifespan of resources. Member States are obliged to adopt policies favouring waste re-use and to do so must increase the production of by-products and secondary raw materials from industrial processes. To that end, it is essential to determine accurately and according to homogeneous standards the concepts of by-product and end-of-waste. The failure to do so will mean all the EU legislator's efforts will have been in vain. Now, the main challenge will be to adopt harmonised waste-related policies that oblige the Member States to achieve higher industrial waste re-use rates.

PALABRAS CLAVE: Residuos; Economía circular; Subproducto; Fin de condición de residuo.

KEYWORDS: Waste; Circular economy; By-product; End-of-waste.

SUMARIO

1. De la economía lineal a la economía circular.....	205
2. La estrategia europea para la economía circular en materia de residuos	207
2.1. La producción.....	208
2.2. Consumo.....	208
2.3. Gestión de residuos.....	209
2.4. El impulso al mercado de materias primas secundarias.....	209
2.5. Innovación, inversión y otras medidas horizontales	210
2.6. ¿Cómo se está implementando la Estrategia Europea para la economía circular? ..	210
3. Estrategia española de economía circular.....	211
3.1. Estrategia española de economía circular	211
3.2. Adaptación del paquete de Directivas sobre economía circular	212
3.3. Mecanismos de seguimiento y evaluación	214
3.4. Instrumentos financieros.....	214
4. La gestión de residuos.....	215
4.1. Obligaciones y restricciones asociadas al concepto de residuo	215
4.2. Concepto de subproducto.....	217
4.3. Fin de condición de residuo / valorización.....	220
5. Conclusiones.....	223
6. Bibliografía.....	224

1. DE LA ECONOMÍA LINEAL A LA ECONOMÍA CIRCULAR

Es de sobras conocido que desde la revolución industrial, las economías han desarrollado un patrón de crecimiento sustentado en la secuencia tomar-fabricar-consumir-eliminar (*take-make-dispose*). Este modelo lineal parte del carácter ilimitado de los recursos (la mayoría no renovables) y su facilidad de obtención y eliminación a costes asequibles.

Sin embargo, esta visión del crecimiento económico ligada al consumo desmedido nos ha situado en un escenario, no solo de degradación del medio ambiente, sino también de fragilidad económica.

Y es evidente que el crecimiento de la población mundial —es previsible que la población alcance los 9.500 millones de personas en el año 2050— intensificará todavía más la competencia por los recursos naturales y la destrucción de los ecosistemas.

Ya en la década de los 90 la patente insostenibilidad de este modelo de economía lineal fue lo que produjo la aparición de un nuevo modelo de economía acuñada con el término de economía circular, concebida como una nueva forma de producir y de consumir.

Como demuestra el siguiente gráfico, la economía circular propugna que el valor de los recursos y productos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y que la generación de residuos se reduzca, valorizando aquellos residuos cuya producción no se haya podido evitar.

Gráfico 1: Materias primas y economía Circular.



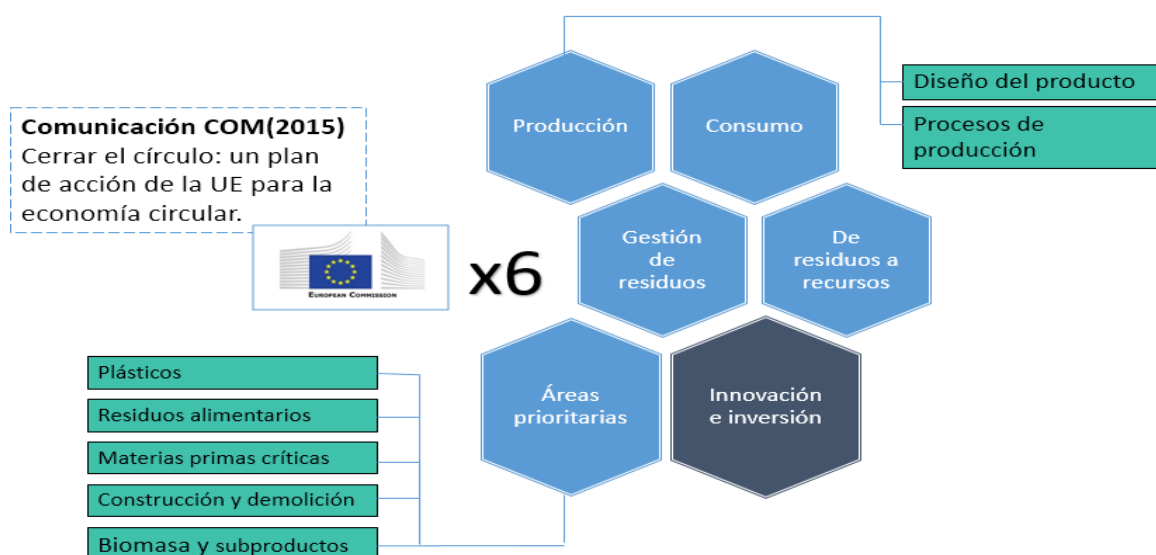
En coherencia con lo anterior debe quedar atrás la sociedad del “despilfarro”, de la tiranía de la obsolescencia programada de los productos y —ya ligado al objeto de mi ponencia— debe por fin tomar un rol protagonista la adecuada gestión de los residuos que vele por una transición de la eliminación a la valorización de los residuos.

2. LA ESTRATEGIA EUROPEA PARA LA ECONOMÍA CIRCULAR EN MATERIA DE RESIDUOS

La Directiva Marco de Residuos de 2008 sentó las bases para transformar la UE en una sociedad del reciclado que evitase la generación de residuos y que de no ser evitados los utilizase como un recurso.

A esta directiva le han seguido varios instrumentos claves posteriores, como la comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo de 25 de septiembre de 2014 titulada “Hacia una economía circular: un programa de cero residuos para Europa”

Gráfico 2: Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular



En esta comunicación se expone con claridad la necesidad de introducir cambios en todas las cadenas de valor, poniendo el acento en los nuevos modelos de gestión y de conversión de los residuos en activos.

Para ello la Comisión proponía objetivos muy ambiciosos en la reutilización y reciclado de los residuos municipales: en el año 2030 se llegase al 70% y a aumentar las tasas de reciclado de los residuos de envases hasta el 80% o incluso prohibir para el 2025 el depósito en vertederos de los plásticos, metales, papel y cartón y de los residuos biodegradables así como continuar fomentando el desarrollo de mercados de materias primas secundarias de alta calidad, entre otros objetivos.

A esta comunicación, le siguió el Plan de acción de la economía circular aprobado en diciembre 2015 por la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones en el que se da un mayor énfasis al impulso que supondrá la economía circular para la competitividad de la UE. El Plan concluye que esta economía es la única capaz de proteger a las empresas no solo de la escasez de recursos y volatilidad de los precios, sino también contribuir a crear nuevas oportunidades empresariales y puestos de trabajo a escala local adecuados a todos los niveles de capacidades.

Este Plan de Acción de la UE se centra en cinco ámbitos y determina un serie de áreas de actuación prioritarias que analizamos a continuación.

2.1. La producción

Partiendo de que la economía circular comienza desde el principio mismo de la vida de un producto, el plan concreta una serie de medidas a implantar tanto en el diseño del producto como en los procesos de producción.

En cuanto al diseño del producto la Comisión enfatiza en la necesidad de cumplir con los requisitos sobre diseño ecológico de la Directiva de 2009/125 relativos a la eficiencia energética, y se compromete a que en el marco de esa Directiva se promueva la reparabilidad, posibilidad de actualización, durabilidad y reciclabilidad de los productos.

Por lo que se refiere a los procesos de producción el plan de acción pretende dar un impulso de la revisión de los documentos de referencia sobre las mejores técnicas disponibles (BREF) para cada sector y potenciar la figura del subproducto que trataremos en detalle más adelante.

2.2. Consumo

En materia de consumo, el plan nos recuerda la importancia de las decisiones que tomen los millones de consumidores para hacer viable este tipo de economía y que estas decisiones están marcadas por la información a la que tiene acceso. De ahí que el plan proponga la concienciación y sensibilización del consumidor y el fomento de la economía colaborativa, entre otras medidas, destacando la preparación de un programa de ensayos independientes para contribuir a identificar las cuestiones relacionadas con la posible obsolescencia programada de los productos.

2.3. Gestión de residuos

Ya adentrándonos en la gestión de los residuos, el plan fija nuevos objetivos a largo plazo para el reciclado de residuos municipales y de envases y de limitación de residuos con destino a vertedero. Sin embargo, a diferencia de la Comunicación de 2014, el Plan no fija objetivos cifrados sino que se compromete a adoptarlos en las futuras propuestas legislativas, en las que también se tratarán los requisitos para la correcta aplicación de los sistemas de responsabilidad ampliada del productor y el impulso de la jerarquía de residuos que recordemos propugna como prioritaria la prevención, seguida de la preparación para la reutilización, el reciclado, otro tipo de valorización (incluida la energética) y la eliminación.

Aunque el plan lo trata en apartado distinto, las medidas que se prevén para los llamados sectores prioritarios como son los plásticos, residuos alimentarios, materias primas críticas, construcción y demolición y la biomasa y bioproductos tienen casi en su totalidad que ver con la gestión de sus residuos.

2.4. El impulso al mercado de materias primas secundarias

Partiendo de que en una economía circular, los materiales que pueden reciclarse se reinvierten en la economía como nuevas materias primas, el plan incentiva comerciar con las materias primas secundarias y transportarlas exactamente igual que si se tratara de materias primas primarias procedentes de recursos extractivos tradicionales.

Para ello se propone que estas materias cumplan con normas técnicas de calidad que contribuyan a aumentar la confianza en las materias primas secundarias y sobre todo la elaboración de más normas armonizadas para determinar si una materia prima secundaria ya no debe ser considerada legalmente como residuo sino como “final de residuo”. El plan también se ocupa de la circulación transfronteriza poniendo de relieve la necesidad de régimen armonizado de materias primas secundarias.

2.5. Innovación, inversión y otras medidas horizontales

El último sector tratado en el plan es el de la innovación y la inversión. En él se menciona el Programa Horizonte 2020 que contaba con una dotación de más 650 millones de euros para proyectos innovadores de apoyo de la economía circular y la competitividad industrial en la UE en el período 2016-2017 y un proyecto piloto sobre acuerdos de innovación con las autoridades públicas para identificar y abordar los potenciales obstáculos normativos para los innovadores.

2.6. ¿Cómo se está implementando la Estrategia Europea para la economía circular?

El Plan aprobado en 2015 establece un mandato tanto a la UE como a los Estados miembros para apoyar la transición hacia una economía circular. Ello exige la aprobación de nuevas Directivas y normas internas de transposición todo ello al margen de políticas de sensibilización social.

En esa dirección, el 30 de mayo del año pasado se aprobó un paquete de cuatro Directivas en materia de residuos cuya finalidad es mejorar la gestión de los residuos en la UE, continuar avanzando hacia una economía circular, reforzar la idea de prevención de la generación de residuos y mantener el objetivo de prevenir y reducir los impactos de los residuos.

Se trata de las siguientes Directivas:

- Directiva (UE) 2018/851 por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos
- Directiva (UE) 2018/850 por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos
- Directiva (UE) 2018/852 por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases
- Directiva (UE) 2018/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifican varias Directivas 2000/53/CE relativa a los vehículos al final de su vida útil, la Directiva 2006/66/CE relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y la Directiva 2012/19/UE sobre los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos

La revisión de este marco normativo a nivel europeo obliga a España a adaptar su legislación para cumplir con los nuevos objetivos e incorporar las nuevas directrices normativas aprobadas por el legislador europeo. La fecha límite de transposición de este elenco normativo es el 5 de julio de 2020.

Como dato más reciente, conviene reseñar que el Consejo adoptó el pasado viernes 4 de octubre unas Conclusiones tituladas “*Mayor circularidad: transición a una sociedad sostenible*” en las que el Consejo hace hincapié en que se precisan nuevas medidas más ambiciosas para estimular la transición hacia una sociedad sostenible y pide a la Comisión que presente un nuevo plan de acción para la economía circular con iniciativas más específicas.

3. ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE ECONOMÍA CIRCULAR

A la vista de los avances normativos a nivel europeo, es evidente que los residuos han dejado de percibirse como un problema de escala local y coyuntural para convertirse en un desafío de escala global y estructural.

3.1. Estrategia española de economía circular

Por lo que se refiere al borrador de estrategia española de economía circular elaborado en febrero de 2018 en desarrollo del Plan Europeo de 2015, éste todavía no ha sido aprobado.

Este borrador de plan recoge las mismas políticas que el plan europeo aunque prevé que estas serán ejecutadas mediante sucesivos planes de acción. El primer plan de acción (2018-2020) debería haber empezado y consta de 70 actuaciones potenciales que, de entrada, difícilmente podrán acometerse.

Centrándonos en las medidas de gestión de residuos y el mercado de materias primas secundarias, el borrador de este primer plan pone el acento (i) en la particular relevancia que merece la correcta y eficaz gestión de residuos y el respeto del “principio de jerarquía” (encabezado, como hemos visto, por la prevención y preparación para la reutilización), (ii) en la vital importancia de controlar e identificar los residuos que se generan actualmente (iii)

aplicar una fiscalidad armonizada con las Comunidades Autónomas que permita garantizar su trazabilidad y así evitar el “turismo de residuos” que se produce en España en la actualidad y, por último, (iii) la necesidad de dar un fuerte impulso a la declaración de subproductos y determinar los criterios de fin de condición de residuo.

En todo caso el borrador de la Estrategia Española de Economía Circular reconoce que para que la libre circulación de materias primas secundarias sea una realidad en España se debe garantizar la protección del medio ambiente y la salud de las personas cuando se introducen estas materias en los procesos productivos.

Fruto del trabajo de la Comisión de Coordinación en Materia de Residuos, recientemente se han aprobado una serie de Órdenes Ministeriales que tienen por objeto avanzar en el mercado de determinadas materias primas secundarias mediante el reconocimiento de la condición de subproducto y la pérdida de la condición de residuos, siempre que se cumplan con determinados requisitos, que estudiaremos más adelante.

3.2. Adaptación del paquete de Directivas sobre economía circular

En cumplimiento de la estrategia marcada, el Estado español ha iniciado los procesos legislativos para adaptarse a las Directivas de residuos de 2018 que analizamos a continuación:

- Directiva 2018/851, de 30 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos:

En el momento de aprobarse la Directiva de residuos estaba en tramitación el Borrador de anteproyecto de ley por la que se modifica la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

Este borrador ya recogía algunos de los objetivos cifrados para la reutilización y reciclado de residuos municipales, como era el aumento en la reutilización y el reciclado de residuos municipales hasta un mínimo del 55% del peso total de los residuos generados en 2025, del 60% en 2030, y del 65% en 2035.

El pasado abril se inició una consulta pública sobre cómo trasponer esta directiva que finalizó el pasado 13 de mayo de 2019, así que es probable que se modifique ese anteproyecto y se recojan las demás medidas como que: en 2035, como máximo, el 10% de los residuos municipales acaben depositados en vertederos; que los residuos aptos para el reciclado u otro tipo de valorización no deban ser admitidos en vertedero en 2030; o que en 2025, se recicle un mínimo del 65% en peso de todos los residuos de envases, y, en 2030, llegue al 70%.

- Directiva 2018/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos

Se encuentra en tramitación el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, de 3 de septiembre de 2019. El plazo de información pública finalizó el pasado domingo 6 de octubre.

Por lo que ahora importa las modificaciones introducidas en este Proyecto de Real Decreto son tendentes a (i) reforzar la obligación de tratamiento previo de los residuos, especificando el alcance de lo que debe entenderse por tratamiento previo para el caso de los residuos municipales (ii) establecer criterios que permitan valorar la eficiencia del tratamiento previo de los mismos, emplazándose a un posterior desarrollo mediante orden ministerial y (iii) prever la elaboración de una relación de residuos que no se aceptarán en vertedero por tratarse de residuos aptos para el reciclado u otro tipo de valorización, compromiso que se plasmará en una orden ministerial antes del año 2023.

- Directiva 2018/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases:

En estos momentos está en proceso de aprobación el Proyecto de Real Decreto por el que se modifican la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases y el Real Decreto 782/1998, de 30 de abril por el que se aprueba el reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases.

Uno de los objetivos principales es que los sistemas integrados de gestión financien a las entidades locales el coste total de la gestión de los envases recogidos selectivamente en el marco de la responsabilidad ampliada del productor.

Por lo que se refiere a la Directiva 2018/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifican la Directiva 2000/53/CE relativa a los vehículos al final de su vida útil, la Directiva 2006/66/CE relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y la Directiva 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, todavía no existe ningún trámite publicado sobre su transposición.

3.3. Mecanismos de seguimiento y evaluación

El borrador de la Estrategia Española de Economía Circular contempla una serie de indicadores principales para realizar el seguimiento y evaluación de sus resultados, obtenidos en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística y conforme al marco de seguimiento que propone Eurostat.

Dichos indicadores son muy básicos y es previsible que adolezcan de la misma incertidumbre asociada a las estadísticas que cada año publica Eurostat, al menos en lo que a generación y gestión de residuos se refiere.

Como se ha visto, es una constante la falta de armonización entre los Estados miembros a la hora de definir con precisión los residuos, los materiales, los sistemas de tratamiento, los conceptos utilizados y los métodos de contabilidad empleados.

3.4. Instrumentos financieros

En lo que se refiere a los instrumentos financieros, no aparecen muchas iniciativas en España —en comparación, por ejemplo, con Francia—, que vayan más allá de la simple transposición de las nuevas Directivas europeas.

Sobre todo, el borrador de la Estrategia Española se queda pobre en incentivos económicos. Se limita a un estudio global de la fiscalidad medioambiental y de la posible armonización de los distintos impuestos autonómicos en materia de residuos.

4. LA GESTIÓN DE RESIDUOS

4.1. Obligaciones y restricciones asociadas al concepto de residuo

Como es sabido la calificación de un material como residuo conlleva necesariamente que o bien deba ser gestionado por el propio productor o bien sea entregado a un transportista, gestor o agente autorizado para su ulterior gestión.

Adicionalmente, el productor de ese material debe asumir determinadas obligaciones, entre muchas otras: el especial deber de cuidado y correcto almacenamiento, envasado y etiquetado del material en cuestión y obligaciones documentales asociadas a la trazabilidad de su gestión.

Pero es que además, la consideración de un material como residuo entraña por definición que existan limitaciones para su comercialización y, por ende, se reduzca el número de potenciales consumidores del material. Todo ello conduce a la pérdida de su valor en el mercado.

Esta concepción tradicional de la gestión de los residuos eleva, a la postre, los costes de producción que acaba asumiendo el consumidor final en el precio, de ahí la importancia de delimitar con claridad qué debe considerarse residuos.

Tanto la normativa y jurisprudencia europea como la nacional define como residuos “*cualquier sustancia u objeto que su poseedor deseche o tenga la intención o la obligación de desechar*”.

Según la Guía interpretativa de la Directiva Marco de Residuos, el término desechar citado en la definición de residuo se contempla como un hecho o como una intención pero también como una obligación del productor o del poseedor de los residuos. Esta laxitud en la interpretación hace que las Administraciones tiendan a englobar determinados materiales en la categoría de residuos, vetando de este modo la posibilidad de que puedan ser aprovechados como recursos e insertados de nuevo en los procesos productivos.

La jurisprudencia comunitaria se ha esforzado en aportar ciertas pautas a los efectos de acotar el alcance del concepto desechar, aunque dichas pautas no han llegado a aclarar en qué situaciones nos encontramos ante un residuo ni los requisitos que se deben cumplir para dejar de serlo y convertirse en material apto para reintroducirse en un proceso productivo.

La nueva Directiva de 2018 no arroja más luz al concepto y se limita a decir que procede desarrollar y revisar periódicamente las directrices relativas a dichos requisitos y garantizar el intercambio de información y la puesta en común de las mejores prácticas entre los Estados miembros sobre la aplicación práctica y el cumplimiento de dichos requisitos. para facilitar una comprensión común y la aplicación práctica de la definición de “residuo”, incluido el concepto de “desprenderse”.

A mi juicio se ha perdido la oportunidad de introducir con la modificación un cambio directamente en el concepto de residuo, por uno que fuese más acorde con la teoría del nuevo modelo de economía circular p

Por tanto existe una imperiosa necesidad de adaptar el marco legal a residuos reciclables no destinados al “abandono”

¿Pero cómo, y bajo qué condiciones, se puede reconocer un nuevo estatuto jurídico del residuo para comercializar aquellos materiales o sustancias que son susceptibles de ser reutilizados, reciclados o valorizados?

Pues pasando por alguna de la dos figuras que analizaremos a continuación que permitirán dar una salida comercial a todos estos materiales y de reintegrarlos en el circuito económico:

- Subproducto
- Fin de condición de residuo

Antes de adentrarnos en el estatuto jurídico de estas dos figuras, cabe precisar que al marco legal aplicable a estas sustancias aún le queda camino por recorrer y desgraciadamente existen profundas diferencias en su aplicación entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea. Esta situación genera en la actualidad una gran inseguridad jurídica para los operadores industriales y pone en situaciones de menoscabo competitivo a aquellos países con una regulación menos madura en materia de residuos.

4.2. Concepto de subproducto

De acuerdo con la nueva Directiva de residuos:

“Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que una sustancia u objeto resultante de un proceso de producción cuya finalidad primaria no sea la producción de esa sustancia u objeto no se considere un residuo, sino un subproducto, si se cumplen las condiciones siguientes: a) es seguro que la sustancia u objeto va a ser utilizado ulteriormente; b) la sustancia u objeto puede utilizarse directamente sin tener que someterse a una transformación ulterior distinta de la práctica industrial normal; c) la sustancia u objeto se produce como parte integrante de un proceso de producción; y d) el uso ulterior es legal, es decir la sustancia u objeto cumple todos los requisitos pertinentes para la aplicación específica relativos a los productos y a la protección del medio ambiente y de la salud, y no producirá impactos generales adversos para el medio ambiente o la salud humana.”

La jurisprudencia comunitaria y española, ha venido a desarrollar el concepto de subproducto y considera que un residuo de producción es apto para abandonar la consideración de residuo y convertirse en un subproducto cuando cumplan los siguientes requisitos:

1. Su utilización ulterior, no solo es posible sino segura.

Este requisito tiene como propósito evitar el riesgo de que aquel material sea almacenado por un período indefinido de tiempo y finalmente depositado como residuo. No se indica, no obstante, qué período de tiempo sería el máximo que puede tenerse almacenado un residuo a la espera de que el material sea reintroducido en el circuito económico.

La Guía interpretativa ha venido a recoger qué presupuestos permiten entender que el material será ulteriormente utilizado. A título de ejemplo entiende que la suscripción de contratos entre el productor del material y el ulterior usuario, la existencia de una ventaja financiera para el productor del material y de un mercado sólido existente para ese uso o la evidencia de que ese material cumple con las mismas especificaciones técnicas aplicables a los productos finales.

2. Se trata de una utilización sin transformación previa y sin solución de continuidad del proceso de producción.

La exigibilidad de este requisito pretende evitar las operaciones de tratamiento o procesado del material que se desea calificar como subproducto, ya que, dichas operaciones podrían introducir riesgos para el medio ambiente o la salud de las personas.

La Guía interpretativa se encarga de precisar que, en ningún caso, esta limitación impide que sobre ese material puedan llevarse a cabo por parte del productor o de terceros operaciones similares a las que podría recibir cualquier materia prima antes de su incorporación en determinado proceso productivo.

3. La sustancia se produce como parte integrante de un proceso productivo.

A priori, esta condición no impediría que el residuo se procesara fuera de las instalaciones donde se genera el residuo, siempre que se tratasen de operaciones propias de la práctica industrial. No obstante, esta interpretación no siempre ha sido seguida por las administraciones ambientales que ha venido a considerar que esta condición exige que los subproductos se procesen dentro de las instalaciones productivas y que esas operaciones se lleven a cabo por el propio productor del material.

4. El uso del material debe ser legal.

Es decir el uso ulterior debe cumplir con todos los requisitos pertinentes relativos a los productos así como a la protección de la salud humana y del medio ambiente, sin que produzca impactos generales adversos para la salud humana o el medio ambiente.

Por tanto necesariamente el material deberá cumplir con las especificaciones técnicas correspondientes a su ulterior uso como si fuera un producto final.

Según la última redacción dada por la Directiva de residuos de 2018, la Comisión podría adoptar actos de ejecución a fin de fijar criterios detallados sobre la aplicación uniforme de las condiciones que acaban de ser citadas a sustancias u objetos específicos.

Y a este respecto el legislador europeo refuerza la obligación del uso legal de los subproductos al exigir que estos criterios garanticen un elevado nivel de protección del medio ambiente y de la salud humana.

Por su parte la actual Ley de residuos española exige que el grupo de trabajo de la Comisión de coordinación en materia de residuos del Ministerio para la Transición Ecológica evalúe si las sustancias deben declararse subproductos. Una evaluación debe plasmarse en un informe en el que debe indicarse la procedencia de calificar la sustancia como subproducto para el uso solicitado. Si el informe es favorable, el Ministerio debe elaborar una propuesta de orden ministerial que debe recoger los requisitos y condiciones para que el residuo pueda ser considerado subproducto para un uso determinado.

A continuación podemos encontrar ejemplos recientes de órdenes de declaración de subproducto:

- Orden APM/189/2018 por la que se determina cuándo los residuos de producción procedentes de la industria agroalimentaria destinados a alimentación animal, son subproductos.
- Orden APM/397/2018 por la que se determina cuándo los recortes de espuma de poliuretano utilizados en la fabricación de espuma compuesta, se consideran subproductos.

Y en la actualidad está en fase de proyecto

- Proyecto de orden por la que se establecen los criterios para determinar cuándo los residuos de material polimérico que puedan utilizarse directamente para la producción de film agrícola para ensilaje, se consideran subproductos.

Sin embargo, no debemos olvidar que la aprobación de estas Órdenes Ministeriales no ponen el punto y final a la declaración de un material como subproducto para un uso determinado, sino que será necesario que el productor del material susceptible de considerarse subproducto realice una notificación a la Comunidad Autónoma correspondiente de su intención de utilizar el residuo como subproducto.

4.3. Fin de condición de residuo / valorización

El concepto de materia prima secundaria no es un concepto novedoso, ya la Directiva 75/442/CEE, hacía referencia a él. Y de hecho la Directiva 2006/12/CE relativa a los residuos ya señalaba la importancia de favorecer las operaciones de valorización de residuos mediante reciclado, nuevo uso, recuperación o cualquier otra acción destinada a obtener materias primas secundarias.

Tanto en la normativa europea como nacional, se define una materia prima secundaria como aquella que ha sido sometida a un proceso completo de valorización que la habilita para ser utilizada como si de una materia prima se tratase, siempre y cuando (i) se cumplan determinadas condiciones y (ii) que su utilización no entrañe riesgos para el medio ambiente ni para la salud de las personas.

En concreto, de conformidad con la Ley de residuos española, mediante orden ministerial se deben

“establecer los criterios específicos que determinados tipos de residuos, que hayan sido sometidos a una operación de valorización, incluido el reciclado, deberán cumplir para que puedan dejar de ser considerados como tales, a los efectos de lo dispuesto en esta Ley y siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que las sustancias u objetos resultantes se usen habitualmente para finalidades específicas;*
- b) que exista un mercado o una demanda para dichas sustancias u objetos;*
- c) que las sustancias u objetos resultantes cumplan los requisitos técnicos para finalidades específicas, la legislación existente y las normas aplicables a los productos; y*
- d) que el uso de la sustancia u objeto resultante no genere impactos adversos para el medio ambiente o la salud.”*

Así para que determinados materiales puedan dejar de ser considerados residuos y pasen a la consideración de materia prima secundaria será necesaria la existencia de un mercado firmemente establecido con su correspondiente oferta y demanda. Claros indicios del cumplimiento de esta condición son el pago verificable de un precio de mercado por el material o la existencia de especificaciones o estándares de comercialización.

Además deberán cumplirse los estándares y especificaciones que serían de aplicación para el uso de materiales no valorizados. Dichos materiales deberían estar preparados para su uso final sin necesidad de que se llevaran a cabo actuaciones adicionales de tratamiento.

Y, finalmente, el uso de la sustancia u objeto resultante no genere impactos adversos para el medio ambiente o la salud, como consecuencia del uso de la sustancia. Es importante recalcar que la evaluación de la existencia o inexistencia de impactos no solo se refiere al uso final de la sustancia o material en cumplimiento de la regulación en materia de productos, sino que también tiene que ver con el cumplimiento de las prescripciones normativas en materia de manipulación y transporte de sustancias.

En el caso de fin de condición de residuo, no existe un procedimiento a seguir claro para determinar qué residuos son aptos para perder la condición de residuos de producción tras una operación de valorización. Únicamente existe una serie de órdenes ministeriales que establecen las normas y criterios para qué determinados residuos de producción dejen de serlo como son:

- La Orden APM/1007/2017, de 10 de octubre, sobre normas generales de valorización de materiales naturales excavados para su utilización en operaciones de relleno y obras distintas a aquéllas en las que se generaron.
- La Orden APM/206/2018, de 22 de febrero, por la que se establecen los criterios para determinar cuándo el fuel recuperado procedente del tratamiento de residuos MARPOL tipo c para su uso como combustible en buques deja de ser residuo con arreglo a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

Asimismo, se encuentra en fase de tramitación los siguientes dos proyectos:

- Proyecto de orden por la que se establecen los criterios para determinar cuándo los ésteres metílicos de ácidos grasos (biodiesel), producidos a partir de aceites de cocina usados o de grasas animales para su uso como biocombustible en automoción o como biocombustible en equipos de calefacción, dejan de ser residuos con arreglo a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

- Proyecto de orden por la que se establecen los criterios para determinar cuándo el papel y cartón para reciclar deja de ser residuo con arreglo a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.

La Directiva Marco de Residuos de 2008 preveía que se aprobasen reglamentos europeos relativos a la adopción de los criterios analizados para alcanzar el fin de condición de residuo y que especificaran el tipo de residuo al que se aplicarían dichos criterios, haciendo un llamamiento especial al establecimiento de criterios de fin de la condición de residuo a los áridos, el papel, el vidrio, el metal, los neumáticos y los textiles.

Hasta la fecha se han aprobado los siguientes reglamentos:

- Reglamento (UE) 333/2011 del Consejo, de 31 de marzo de 2011, por el que se establecen criterios para determinar cuándo determinados tipos de chatarra (hierro y aluminio) dejan de ser residuos con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo
- Reglamento (UE) 715/2013 de la Comisión, de 25 de julio de 2013, por el que se establecen criterios para determinar cuándo la chatarra de cobre deja de ser residuo con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo
- Reglamento (UE) 1179/2012 de la Comisión, de 10 de diciembre de 2012, por el que se establecen criterios para determinar cuándo el vidrio recuperado deja de ser residuo con arreglo a la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

Sin embargo se ha rechazado por el Parlamento y el Consejo la propuesta de reglamento para el papel y siguen pendientes de aprobación los criterios para los plásticos, combustibles fósiles y áridos.

Por último, debe tenerse presente que con la nueva Directiva de 2018 los Estados miembros deberán adoptar medidas para asegurar que los residuos sometidos a operaciones de valorización o reciclaje y cumplan con las condiciones para ser considerados materias primas secundarias, pero la Comisión seguirá los desarrollos de los Estados y evaluará si es necesario desarrollar un reglamento a nivel comunitario.

5. CONCLUSIONES

El modelo de economía lineal basado en el carácter ilimitado de los recursos naturales ha tocado a su fin, estamos ante un nuevo escenario que exige un consumo responsable que proteja el medio ambiente y alargue la vida de sus recursos.

La consolidación de una economía circular exige necesariamente avances en nuestra regulación en materia de residuos, en la que todavía la noción de residuo está demasiado arraigada en detrimento de su potencial consideración como recurso.

La utilización de los residuos como recursos, siempre que se realice sin menoscabo al medio ambiente o a la salud, se hace acuciante, por lo que los subproductos y las materias primas secundarias deben verse como una poderosa herramienta para la consecución de la economía circular en lugar de constituir un obstáculo.

Por ello, una aplicación real de estas dos figuras requiere unos criterios claros y armonizados en el ámbito de la Unión Europea que permitan una transición de la consideración de residuo a la obtención del estatuto de producto.

El legislador europeo consciente de la vaguedad de los criterios que condicionaban el abandono del estatuto jurídico de residuo exige en la actual Directiva de residuos que los Estados miembros tomen las medidas adecuadas para facilitar el reconocimiento, como subproducto y el fin de condición de residuo, de una sustancia o un objeto resultante de un proceso de producción y, además, faculta a la Comisión a adoptar actos de ejecución a fin de establecer criterios detallados sobre su aplicación, priorizando las prácticas de simbiosis industrial reproducibles.

Ahora bien, sin un impulso político decidido, no se alcanzarán los objetivos marcados por la normativa europea. Sigue siendo necesaria una nueva política industrial que incentive el mercado de materiales reciclados y para ello deben crearse procedimientos más ágiles y homogéneos de declaración de subproducto y materias primas secundarias.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CERANTOLA, N.; ORTIZ PINILLA, M.T. *La economía circular en el sector agroalimentario*. [Zaragoza]: Adicae, Asociación de Usuarios de Cajas, Bancos y Seguros; Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición; Ministerio de Sanidad Consumo y Bienestar Social, 2018. Disponible en: <https://www.otroconsumoposible.es/publicacion/economia-circular.pdf> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- MIGUEL PERALES, C. de; SEDANO LORENZO, J. Dos cuestiones ambientales relevantes a corto plazo: economía circular y cambio climático. En: RECUERDA GIRELA, M. Á. (Dir.). *Anuario de Derecho Administrativo 2019*. [Pamplona]: Thompson Reuters, pp. 587 a 598.
- RAGOSSNIG, A.M.; SCHNEIDER, D.R., Circular economy, recycling and end-of-waste. *Waste Management & Research*, vol. 37, n. 2, 2019, pp. 109-111.
- RETUERTO, J. Los subproductos y el fin de condición de residuo como alternativas a la gestión tradicional de los residuos: una oportunidad de oro para la industria. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* n. 40, 2015, pp.116-126.
- RUIZ SAIZ-AJA, M. Situación actual y futura en España sobre los subproductos. El fin de condición *de residuo*. Presentación en el Colegio de Ingenieros Industriales de Madrid, 28 de marzo de 2019.
- *Subproducto y fin de condición de residuo. Divulgación de conceptos*. Presentación en el Congreso Nacional del Medio Ambiente, Madrid, 28 de noviembre de 2018.
- SADELEER, N. de. La economía circular, entre la valorización y la eliminación de residuos. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 38, septiembre-diciembre 2017.
- SANTAMARIA ARINAS, R.J. El régimen local ante los restos jurídicos de la economía circular. *Cuaderno de Derecho Local*, n. 46, febrero 2018, pp. 127-156.
- VILLARÁN, M.C; CHAVARRI, M.; DIETRICH, T.; RODRIGUEZ, E. Subproductos hortofrutícolas para una bioeconomía circular. *Mediterráneo Económico*, n. 31, pp. 251-272.

VIII. La economía circular en el Derecho ambiental

José Francisco Alenza García
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN:

El trabajo parte de la consagración de la idea de “economía circular” en el Plan de Acción de la UE de 2015 para mostrar su rápida y amplia incorporación a la normativa ambiental, especialmente, en materia de residuos. En segundo lugar, se indican las características que pueden apreciarse en la economía circular como principio jurídico y se demuestra que no es tan novedoso como se presenta. Por último, se reivindican los valores y técnicas del Derecho frente a la hegemonía que han alcanzado en la normativa ambiental los conceptos tecnológicos y económicos.

ABSTRACT:

The paper work starts from the expression of the idea of “circular economy” in the EU Action Plan of 2015, in order to show its rapid and wide incorporation into environmental regulations, especially in the area of waste. In second place, the paper indicates the characteristics that can be seen in the circular economy as a legal principle, and shows that it is not as new as it usually appears. Finally, the work claims the values and techniques of the Law against the hegemony that technological and economic concepts have achieved in environmental regulations.

PALABRAS CLAVE: Economía circular; Residuos; Principios del Derecho ambiental.

KEYWORDS: Circular economy; Waste; Principles of Environmental Law

SUMARIO

1. Planteamiento: una ponencia-basura.	227
2. Irrupción y eclosión de la Economía circular.....	228
2. 1. La consagración del lema: el Plan de Acción de la UE para la economía circular.	228
2. 2. La expansión del lema: los desarrollos normativos de la economía circular.	229
3. Significado y alcance jurídico de la economía circular como ¿nuevo? principio jurídico.	231
3. 1. Caracterización del principio de economía circular.....	231
3. 1. 1. Principio instrumental, de significado difuso y vocación generalista, que integra heterogéneos objetivos y subprincipios diversos.....	231
3. 1. 2. Su pretendida novedad.	234
3. 1. 3. Su limitada eficacia actual como principio jurídico.	237
3. 2. Una novedad más terminológica que sustancial: la economía circular como bálsamo de fierabrás y una revolución de terciopelo.....	239
3. 2. 1. La economía circular como bálsamo de Fierabrás.....	239
3. 2. 2. Una revolución de terciopelo: la economía circular es una economía de mercado más eficiente.	240
3. 2. 3. Los retos pendientes en el ámbito de los residuos son los retos clásicos.	242
4. ¿Debe cambiar la economía o debe cambiar la sociedad? reivindicación del Derecho ambiental y de los valores jurídicos.	243
4. 1. El desconcierto del iusambientalista.....	243
4. 2. De la sociedad del reciclado a la economía circular ¿Debe transformarse la economía o la sociedad?.....	244
4. 3. Reivindicación de los valores jurídicos del Derecho Ambiental.	246
5. Reflexión final: más derecho en las políticas ambientales y, sobre todo, en el derecho ambiental.	248

1. PLANTEAMIENTO: UNA PONENCIA-BASURA

Al repasar mi trayectoria en los Congresos Nacional de Derecho Ambiental organizados por ADAME, pude constatar que mis intervenciones en la mesa de residuos respondían exactamente a lo que Alejandro Nieto ha denominado la deriva hacia el positivismo forense de los iusadministrativistas. Es decir, un “Derecho de y para abogados” en lo que constituye una “variante desviada de la Ciencia del Derecho”¹.

Con la pretensión de salirme de esa práctica y de renovar el espíritu de mi intervención, voy a alejarme una exégesis de los más recientes cambios legislativos o de comentar las resoluciones judiciales más relevantes, para tratar de reflexionar sobre ese nuevo principio de la economía circular que está proliferando en todo tipo de textos programáticos, de estrategias ambientales y, también, de disposiciones normativas.

Podría, por ello, calificarse este trabajo como el reflejo de una ponencia-basura. Algo que se acomoda bien al modo con el que, en más de una ocasión el prof. Martín Mateo, me presentó: como basurólogo. Una ponencia, en suma, que resultará inútil para quien trate de encontrar en ella soluciones prácticas². Espero, no obstante, que al igual que sucede con la consideración de los residuos como recursos, alguien pueda encontrar algo valioso —aunque no tenga aplicabilidad práctica inmediata— en ella.

La política de residuos y, en general, la política ambiental se caracteriza por la creación de lemas o eslóganes que periódicamente van sucediéndose unos a otros. Tienen la virtud de excitar las pasiones, de rearmar los ánimos, de reforzar las energías que en la lucha ambiental a veces decaen por la ineficacia de las políticas y la inutilidad de los esfuerzos. En la política

¹ Para A. NIETO, “hoy vivimos una fase en que los profesores sensibles a los deseos de los prácticos, están convirtiendo la Ciencia del Derecho en un mero Derecho forense y sus lectores suelen agradecerse por el ahorro de tiempo que su actitud significa” (*Testimonios de un jurista*, ed. INAP, Madrid, 2017, p. 313 y ss.).

² Unamuno criticaba la pérdida de sentido de una Universidad que había abandonado hacer ciencia, por la impartición de asignaturas, y por la búsqueda de soluciones concretas: “¡Soluciones! He aquí el grito de todos los que, educados en asignaturas, no sienten lo que es la ciencia. A cada paso y con cualquier motivo oímos lo mismo: ¡soluciones! ¡soluciones! Se trata de combatir lo que llaman positivismo (...). Son los mismos que critican la teoría: “¡Teorías, teorías! Todo eso a mí no me importa... Eso para los que hacen ciencia; yo me limito a aplicarla (...) ¡Cómo puede aplicarle la ciencia sin hacerla!” (UNAMUNO, M., “De la enseñanza superior en España”, *Ensayos*, p. 22 y p. 32).

de residuos hemos tenido, por ejemplo, el objetivo de las 3 R (reducir, reutilizar, reciclar) o de promover una “sociedad del reciclado”. Ahora ha emergido con fuerza esa nueva expresión de la “economía circular” que rápidamente se ha hecho con la hegemonía en la política de residuos y que, incluso, tiene vocación de extenderse a otros ámbitos.

En esta ponencia se pondrá de relieve que la economía circular no es un concepto tan novedoso como, en ocasiones, se afirma. Además, adolece de una indeterminación que, por el momento, le incapacita para desplegar una eficacia jurídica acorde con los ambiciosos objetivos que persigue. Finalmente, mostraré que la economía circular como principio jurídico no representa un valor imprescindible y necesario, sobre todo si se lo compara con los principios y los valores jurídicos clásicos. Por ello, reivindicaré el mantenimiento y la potenciación de los principios jurídicos generales del ordenamiento ambiental –así como de los más específicos del Derecho de los residuos– que desde hace años vienen apuntado hacia los mismos fines que ahora persigue la economía circular.

2. IRRUPCIÓN Y ECLOSIÓN DE LA ECONOMÍA CIRCULAR

2.1. La consagración del lema: el Plan de Acción de la UE para la economía circular

Aunque se pueden rastrear algunos antecedentes en los que se maneja el concepto y los propios términos de “economía circular” cabe entender que su consagración oficial se produce con la Comunicación de la Comisión de 2 de diciembre de 2015, titulada “Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular”³.

Ese plan de acción quiere iniciar una “transición a una economía más circular, en la cual el valor de los productos, los materiales y los recursos se mantenga en la economía durante el mayor tiempo posible, y en la que se reduzca al mínimo la generación de residuos”. La UE acomete con dicho plan de acción el camino de “transformar nuestra economía” con el objetivo de alcanzar una “economía sostenible, hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos y competitiva”.

³ COM(2015) 614 final.

La economía circular pretende, en suma, superar una economía lineal caracterizada por el extraer, fabricar, comprar, usar y tirar, por un sistema económico que tenga en cuenta el ciclo de los materiales desde la producción (con un diseño ecológico de los mismos y con una innovación en los procesos industriales que garantice la obtención sostenible de materias primas y la utilización de materias primas secundarias), el consumo (que sea sostenible y erradique las prácticas de obsolescencia programada) y la gestión de los residuos (con ambiciosos objetivos de reutilización y reciclado) y el impulso del mercado de materias primas secundarias.

Los beneficios que se esperan de la nueva economía circular son muy variados. Se destacan, entre otros, el impulso de la competitividad de la economía europea (que quedará protegida frente a una futura escasez de algunos recursos), la creación de puestos de trabajo a escala local; el ahorro energético, y otra serie de beneficios climáticos y ambientales en términos de biodiversidad, de calidad del aire, de uso del suelo, de consumo y calidad de las aguas, etc⁴.

2.2. La expansión del lema: los desarrollos normativos de la economía circular

El Plan contenía un anexo con 54 medidas relativas a la producción y el consumo, la gestión de residuos y el mercado de materias primas secundarias. Se identificaban, además, cinco sectores prioritarios para acelerar la transición a lo largo de sus cadenas de valor como son los plásticos, residuos alimentarios, materias primas críticas, construcción y demolición, biomasa y biomateriales.

En marzo de 2019, la Comisión afirmaba que las 54 acciones previstas en del Plan puesto en marcha en 2015 “ya han sido ejecutadas o se están ejecutando, lo que contribuirá a impulsar la competitividad de Europa, a modernizar su economía y su industria, a crear empleo, a proteger el medio ambiente y a generar crecimiento sostenible”⁵.

⁴ Una excelente síntesis de los beneficios y de las medidas del citado Plan puede verse en SANTAMARÍA ARINAS, R. J., “Aproximación jurídica a las medidas de la Unión Europea para la economía circular”, *Ambienta*, núm. 117, pp. 36-45.

⁵ Para un análisis detallado véase el Informe de la Comisión de 4 de marzo de 2019 sobre la implementación del Plan de Acción de Economía Circular [COM(2019) 190 final].

Una parte importante de esas medidas requería la elaboración de nuevas normas o la modificación de las anteriores, que se fueron aprobando entre los años 2017 y 2019. En concreto, se aprobaron siete directivas: una modificó sustancialmente la Directiva marco de Residuos⁶, otra reformó la Directiva de vertido de residuos (vertederos)⁷, otras cuatro modificaron seis directivas sobre tipos específicos de residuos⁸ y, otra supuso la aprobación de la primera Directiva sobre plásticos⁹.

Por lo que se refiere a España, la respuesta al Plan de Acción europeo llegó en febrero de 2018 con la publicación del borrador de la “Estrategia Española de Economía Circular: España circular 2030”, todavía en elaboración¹⁰. En el plano normativo, se han aprobado algunas normas específicas sobre residuos¹¹, pero sigue pendiente el grueso de la trasposición de las restantes Directivas.

Las Comunidades Autónomas también han acogido el concepto y la expresión de “economía circular” en muchos textos programáticos y en bastantes disposiciones normativas, principalmente, en el ámbito de los residuos. Entre los primeros cabe destacar la “Estrategia

⁶ Directiva 2018/851/UE, de 30 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE, sobre los residuos.

⁷ Directiva 2018/850/UE, de 30 de mayo, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos.

⁸ Son las siguientes:

- Directiva 2017/2102/UE, de 15 de noviembre, por la que se modifica la Directiva 2011/65/UE, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos.

- Directiva 2018/849/UE, de 30 de mayo, por la que se modifican la Directiva 2000/53/CE relativa a los vehículos al final de su vida útil, la Directiva 2006/66/CE relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y la Directiva 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos.

- Directiva 2018/852/UE, de 30 de mayo, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases.

- Directiva 2009/125/CE, de 21 de octubre, instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía.

⁹ Directiva 2019/904/(UE), de 5 de junio, relativa a la reducción del impacto de determinados productos de plástico en el medio ambiente.

¹⁰ MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE Y MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, *España circular 2030, Estrategia Española de Economía Circular*, (borrador para información pública), febrero de 2018.

¹¹ Real Decreto 1364/2018, de 2 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 219/2013, de 22 de marzo, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos; y Real Decreto 293/2018, de 18 de mayo, sobre reducción del consumo de bolsas de plástico y por el que se crea el Registro de Productores.

de Impulso a la Economía verde y a la economía circular” de Cataluña¹², la Estrategia Andaluza de Bioeconomía Circular¹³, y otros programas o estrategias de economía circular como las aprobadas en la Comunidad de Madrid¹⁴, en Extremadura¹⁵ o en Navarra¹⁶.

En el plano normativo, la economía circular se ha incorporado con notable protagonismo en algunas leyes autonómicas sobre residuos, como Ley Foral 14/2018, de 18 de junio, de residuos y su fiscalidad, o la Ley 8/2019, de 19 de febrero Ley de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears. Pero, lo más llamativo ha sido la aprobación, con una vocación general y transversal, de una ley específica: la ley 7/2019, de 29 de noviembre, de Economía Circular de Castilla-La Mancha. Debe advertirse, no obstante, que estamos ante una ley escueta (de tan solo 9 artículos) que se preocupa únicamente por el establecimiento de una serie de conceptos, principios y objetivos, con el feliz deseo de que se vayan incorporando a las distintas políticas públicas. Un bello deseo que no se ve acompañado de instrumentos jurídicos que garanticen la consecución de sus ambiciosos objetivos, los cuales, por otra parte, son de dudosa exigibilidad dados los vagos términos en los que se expresa la ley.

3. SIGNIFICADO Y ALCANCE JURÍDICO DE LA ECONOMÍA CIRCULAR COMO ¿NUEVO? PRINCIPIO JURÍDICO

3.1. Caracterización del principio de economía circular

3.1.1. Principio instrumental, de significado difuso y vocación generalista, que integra heterogéneos objetivos y subprincipios diversos

Tratándose de un principio de reciente positivación no resulta fácil ofrecer una caracterización precisa y acaba del mismo. Por ello, será necesario prestar atención a la evolución que pueda tener en sus formulaciones positivas —y especialmente, a sus

¹² Acuerdo de Gobierno 72/2015 de 26 de mayo.

¹³ Se inició su elaboración por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 12 de julio de 2016.

¹⁴ [MADRID7R Economía Circular](#).

¹⁵ [Extremadura 2030](#).

¹⁶ Agenda para el desarrollo de la Economía Circular en Navarra 2030 (ECNA 2030) (aprobado por Acuerdo del Gobierno de Navarra de 25 de abril de 2019).

aplicaciones judiciales— para poder ir depurando y afinando los rasgos esenciales de este principio. Entretanto podemos aproximarnos a su dimensión jurídica con las que, a mi juicio, constituyen sus principales notas características.

1. Principio instrumental o mediato. La economía circular es contemplada en los textos oficiales europeos como un fin, pero, al mismo tiempo, como un medio o un instrumento para alcanzar un objetivo posterior y más elevado. El Plan de acción “para la economía circular” de la UE, con el que se pretende impulsar la transición hacia ese tipo de economía, deja bien claro que la economía circular no es un fin en sí mismo. En efecto, la economía circular no es un punto de llegada, sino un medio o un cauce para lograr “una economía sostenible, hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos y competitiva”. Nos encontramos, en suma, ante un fin mediato, que pretende contribuir a la consecución de un fin último –la economía sostenible– más trascendente.
2. Significado difuso. No existe uniformidad en las definiciones jurídicas o en las descripciones del significado jurídico de la economía circular. La economía circular como concepto jurídico es, por el momento, un concepto difícil de aprehender. Se ha señalado, a este respecto, lo sorprendente que resulta que, existiendo más de cien definiciones del concepto, las normas jurídicas que la han incorporado no hayan adoptado una definición precisa y uniforme de dicho concepto¹⁷. En particular, sorprende que la modificación de la Directiva de residuos no lo haya hecho, cuando siempre ha sido muy minuciosa a la hora de aportar definiciones jurídicas de los términos que emplea. Es cierto, que los principios jurídicos son esencialmente indeterminados. Pero, lo que no resulta admisible es considerar ventajoso operar con un concepto “difuso” de economía circular¹⁸. Porque, en términos jurídicos, ese carácter difuso equivale a imprecisión, a confusión y, en último término, a inseguridad jurídica. Es decir, lo contrario de lo que debe garantizar la regulación.

¹⁷ SANTAMARÍA ARINAS, R. J., “Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción”, en el monográfico “El Derecho ambiental entre la ciencia, la economía y la sociología”, de la *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol 10, nº 1, 2019, p. 8.

¹⁸ La Agenda para el desarrollo de la Economía Circular en Navarra 2030 reconoce que el concepto de economía circular engloba “muchas tendencias y una transversalidad y complejidad que lo hace difuso”, y se propone llevar a la economía circular “más allá de la gestión de residuos promoviendo la asunción de un concepto amplio de EC”.

Algunas normas autonómicas españolas han comenzado a aportar algunas definiciones¹⁹. Pero, a mi juicio, es necesaria una definición uniforme –a nivel europeo o, cuando menos, estatal– que evitara concepciones diversas que acabarían por distorsionar un concepto, de por sí, amplio y genérico.

3. Vocación transformadora, transversal y generalista. Los ambiciosos objetivos transformadores asignados a la economía circular (cambio sistémico, cambio de modelo económico) dotan a este principio de un carácter transversal y le confieren una vocación expansiva muy notable²⁰. Esa transversalidad debería provocar que el principio trascendiera del ámbito de los residuos y le llevara a extenderse por todo el ámbito del Derecho ambiental e, incluso, del Derecho público²¹. Sin embargo, por el momento, esto no se ha producido y su alcance se ha limitado al sector normativo de los residuos.
4. Principio de principios. La transversalidad del principio y su proyección hacia objetivos heterogéneos y diversos permite descubrir o estructurar sus diversas facetas en otra serie de principios secundarios. Téngase en cuenta que pretende afectar a actividades económicas interrelacionadas pero diferentes, como son la producción el consumo, la gestión de residuos y los mercados de materias primas secundarias. A ello se une esa vocación generalista que le lleva a trascender del ámbito del sistema de los productos y residuos e influir en otro tipo de sistemas socioeconómicos y culturales. Ahora bien, si no hay armonización de la definición del concepto de economía circular, mucho menos la hay en la identificación de los principios que engloba. La modificación de la Directiva marco de Residuos afirma en el primero de sus considerandos que deben promoverse “los principios de la economía circular”,

¹⁹ Véanse, por ejemplo, las definiciones contenidas en la Ley 16/2017 de Cambio Climático de Cataluña (art. 4.1, d), en la Ley 8/2018 de medidas frente al cambio climático de Andalucía (apdo. X del Anejo) o en la Ley 10/2019 de cambio climático y de transición energética de las Islas Baleares (art. 4, d).. Por su parte, el artículo 2.1 de la Ley 7/2019 de Economía Circular de Castilla-La Mancha la define como “un modelo económico que se incluye en el marco del desarrollo sostenible y que optimiza el uso de los recursos naturales, cierra los ciclos de agua, energía y materia, minimiza los impactos ambientales, y fomenta la eficacia al conseguir que los productos y recursos mantengan su utilidad y valor el mayor tiempo posible, con el fin de cambiar los mecanismos de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, reduciendo el consumo de materias primas, energía y recursos, y a su vez evitando emisiones y pérdidas materiales”.

²⁰ Esa es la pretensión de la Ley 7/2019 de Economía Circular de Castilla-La Mancha.

²¹ Así lo ha advertido SANTAMARÍA ARINAS, R. J., “Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción”, cit. p. 17.

aunque luego no los identifica. Es frecuente, por otra parte, que se incluyan distintos niveles de principios. Por ejemplo, el artículo 3 de la Ley de Economía Circular de Castilla-La Mancha diferencia un principio general (“preservar el conjunto de los recursos de la tierra, extrayendo menos materias primas y energía y usando los recursos de manera más eficiente) y otros principios específicos (optimizar el uso de los recursos, preservar y mejorar el estado de los recursos naturales y fomentar la eficacia en el sistema social y económico)²².

3.1.2. Su pretendida novedad

El fulgurante éxito de la economía circular se explica, en buena medida, por lo novedoso que suena y por el bulímico consumo de principios, ideas o eslóganes que es apreciable en las políticas ambientales.

La economía circular sólo tiene de novedosa la expresión. Las ideas que encierra y la concepción sistémica del ciclo de los materiales vienen de lejos y ha sido denominadas en la política europea de residuos con otros términos que, en su día, tuvieron también un notable éxito. Sirvan como ejemplos el objetivo de las 3 R: (reducción, reutilización y reciclaje), el enfoque de la cuna a la tumba, la política de productos integrada, o la sociedad del reciclado, etc.

Para comprobar esa falsa novedad de la economía circular, podemos remontarnos hasta la primera ley de residuos española (Ley 19/1975, de noviembre, de desechos y residuos sólidos urbanos). En su exposición de motivos se decía que durante el proceso de elaboración de la ley “se advirtió la necesidad de ampliar el contenido de aquella, con el fin de contemplar y dar solución jurídica a los problemas que plantean en nuestro país las actividades que se desarrollan en las distintas fases integradas en el ciclo completo de los residuos sólidos urbanos, desde su producción hasta su aprovechamiento o eliminación final”. Y más adelante advierte de la necesidad de ser eficiente en la utilización de los recursos:

²² Por su parte, la Agenda para el desarrollo de la Economía Circular en Navarra 2030 distingue por un lado como principio de acción de la economía circular los tres siguientes: preservación del capital natural, optimización del uso de los recursos, y fomento de la eficacia del sistema productivo. Pero, además, enumera otros principios asociados como el de jerarquía de gestión de residuos, responsabilidad ampliada del productor, protección de la salud humana y el medio ambiente, y gestión eficaz y papel ejemplarizante de la Administración.

“la creciente escasez de recursos naturales, como consecuencia del impacto debido al auge demográfica, incremento del nivel de vida, industrialización y pautas de consumo, singularmente acusada en países con cierto grado de desarrollo, ha convertido la necesidad de la utilización integral de los recursos en centro de atención económica e incluso política. En este sentido, la acelerada innovación tecnológica producida en las últimas décadas ha permitido considerar la posibilidad de explotar una fuente de riqueza hasta ahora desaprovechada. La recuperación de la energía latente o transformación de los productos útiles contenido, en los residuos va a determinar que éstos dejen de considerarse en un solo aspecto negativo, de desecho, para pasar e constituir una de las fuentes de riqueza del futuro”.

Por ello, al describir el objeto de la ley, su artículo 1 incluye el fomento del “aprovechamiento de los mismos mediante la adecuada recuperación de los recursos en ellos contenidos”. A tal fin, la ley habilita al Gobierno para “fomentar la utilización de recursos recuperados en la fabricación de ciertos productos elaborados” (art. 9, c) y promover los sistemas más adecuados “para el aprovechamiento más racional de los recursos contenidos en los mismos” (art. 11.1).

Con este marco legal, no es de extrañar que la concepción de los residuos como fuente de recursos y de riqueza y la necesidad de impulsar su aprovechamiento como objetivo prioritario de la política de residuos, fueran acogidas por la doctrina en fechas muy tempranas. Así, por ejemplo, Martín Mateo en el año 1977 ya señalaba la consideración de los residuos como recursos y la necesidad de recuperarlos como medida preferente a la de la simple eliminación²³. Más adelante, se destacó el carácter cíclico (o circular) del sistema de los materiales, remarcando la necesidad de tomar en consideración la naturaleza sistémica de la gestión de residuos y de los materiales, para adoptar las medidas necesarias tanto la fase de producción, como de gestión de residuos²⁴.

²³ “En estos momentos se plantea seriamente la necesidad de ir a la recuperación de las basuras extrayendo de ellas los materiales aprovechables o utilizándolas como fuentes energéticas. Determinadas formas de eliminación suponen una cierta recuperación de contenidos económicos (...) Pero, las tendencias actuales van más allá aún y pretenden corregir el derroche de materiales y energías que la eliminación supone. Ello lleva aparejado grandes dificultades, sobre todo en los sistemas políticos que basan su economía en incremento indefinido del consumo, lo que conduce a un proceso indefinido de sustitución en el que la recuperación no tiene lugar” (MARTÍN MATEO, R., *Derecho Ambiental*, IEAL, Madrid, 1977, p. 713).

²⁴ “El sistema de la gestión de los residuos es un sistema lineal, pero si adoptamos una perspectiva más amplia y nos referimos al sistema de los materiales (que incluye los productos y los residuos derivados de ellos), nos encontramos ya ante un sistema circular que permite adoptar decisiones en el ámbito de la producción o de la comercialización, que facilitarán las actividades de gestión de residuos” (ALENZA GARCÍA, *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el Derecho español*, INAP-BOE, Madrid, 1997, p. 190).

La citada ley española era del mismo año que la primera Directiva europea sobre residuos (Directiva 75/442). En ella también se acogía la idea de los residuos como fuente de riqueza y se establecía la obligación de los Estados miembros de promocionar “la prevención, el reciclaje y la transformación de los residuos, la obtención a partir de éstos, de materias primas y eventualmente de energía, así como cualquier otro método que permita la reutilización de los residuos” (art. 3.1).

Posteriormente, todos los textos programáticos sobre la política de residuos recogieron estas mismas ideas. Este fue el caso, por ejemplo, de las Resoluciones de la Comisión sobre la Estrategia comunitaria de Residuos de 1990 y de 1997; y, también, del Libro Verde de 7 de febrero de 2001 de la Comisión sobre Política de Productos Integrada²⁵, que supuso un hito fundamental en el impulso de las medidas que implicaba ese nuevo paradigma sobre la concepción sistémica de la política de residuos. En dicho Libro Verde se definía esta política como “un enfoque que pretende reducir los efectos ambientales de los productos durante su ciclo de vida, que van desde la extracción minera de materias primas hasta la gestión de residuos, pasando por la producción, distribución y utilización”.

Posteriormente, la Comunicación de la Comisión sobre “Desarrollo del concepto del ciclo de vida medioambiental” de 18 de junio de 2003²⁶ precisó dicho concepto de la siguiente manera:

“El concepto del ciclo de vida: analiza el ciclo de vida de un producto con el objetivo de reducir sus impactos ambientales acumulativos (desde su concepción hasta su eliminación). Al mismo tiempo, también intenta evitar que una determinada parte del ciclo de vida sea tratada de tal forma que el resultado sea un simple desplazamiento de la carga medioambiental a otra parte. Al considerar la totalidad del ciclo de vida de un producto de forma integrada, la PPI también fomenta la coherencia del sistema y alienta la adopción de medidas para reducir los impactos ambientales en el punto del ciclo de vida con mayor probabilidad de eficacia en la reducción del impacto ambiental y aborrazar costes a las empresas y a la sociedad”.

El concepto del ciclo de vida de los productos, por tanto, estaba sólidamente aceptado tanto a nivel legal, como doctrinal y jurisprudencial, cuando la expresión “economía circular” fue utilizada por vez primera en la Comunicación de la Comisión de 21 de diciembre de 2005: «Un paso adelante en el consumo sostenible de recursos - Estrategia temática sobre

²⁵ COM (2001) 68 final.

²⁶ COM (2003) 302 final.

prevención y reciclado de residuos»²⁷. Desde entonces, esta idea ha seguido utilizándose en los textos programáticos sobre residuos y sobre medio ambiente en general²⁸ hasta el citado Plan de Acción de 2015.

En definitiva, las ideas de la economía circular no son novedosas, sino que vienen de lejos. Lo auténticamente innovador del Plan de 2015 es la intención de dar un verdadero y trascendental impulso a esas líneas estratégicas de eficiencia en el uso de los recursos, de recuperación de los materiales residuales y de potenciación de los mercados de materias primas secundarias, con acciones concretas y disposiciones normativas específicamente dirigidas a dichos objetivos.

3.1.3. Su limitada eficacia actual como principio jurídico

Como se ha visto, la economía circular ha sido ya expresamente considerada como principio en la legislación autonómica de residuos. Desde luego, es innegable su eficacia como principio inspirador de la normativa que se ha aprobado como consecuencia del Plan de acción de la UE. No hay norma relacionada con el sector de los residuos que no aluda a la economía circular como guía, objetivo y fundamentación de la misma.

Sin embargo, la materialización de este principio dista mucho, por el momento, de tener suficiente energía transformadora y de aportar instrumentos jurídicos revolucionarios que permitan considerarlo como algo más que una nueva forma de enunciar contenidos ya establecidos desde hace tiempo en el ámbito legislativo de los residuos. Más bien, cabe entender que se ha instalado entre los principios jurídicos del sector de los residuos, sustituyendo al principio de ciclo de vida integral de los productos²⁹.

Por otro lado, hay que reconocer que, a pesar de su vocación transversal y generalista, la economía circular no ha dejado sentir su eficacia inspiradora en otros ámbitos normativos de carácter ambiental o general. No es descartable que eso ocurra³⁰. Pero, por el momento,

²⁷ COM(2005) 666.

²⁸ Véase, por ejemplo, el Séptimo Programa de Acción en materia de Medio Ambiente de 2013.

²⁹ Sobre el significado y alcance de este principio me remito a lo dicho en ALENZA GARCÍA, J. F., “Los principios de la política de residuos”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm., 23, 2012, pp. 215-258.

³⁰ A pesar de las evidentes e importantes interrelaciones que existen entre la normativa de residuos y la normativa energética y climática, la economía circular no ha sido acogida en este sector como un principio. Por

la eficacia real del principio jurídico de economía circular se ha centrado en el ámbito de la política y de la normativa de residuos. Su principal efecto ha sido –y será en el futuro– la intensificación de la sectorialización normativa de este sector, al impulsar la renovación normativa sobre determinados productos y sobre específicos tipos de residuos. Este impulso renovador también se dirige a reformular problemas clásicos de la normativa de residuos como luego señalaré.

En definitiva, el principio de la economía circular se ha limitado, por el momento, a instalarse entre los principios de la normativa de residuos, sin que haya mostrado tener suficiente vigor como para aportar instrumentos jurídicos auténticamente transformadores. Eso sí, está animando a renovar o reformular la regulación de los problemas clásicos del ordenamiento de los residuos para avanzar hacia una auténtica economía circular.

Está por ver si en el futuro podrá cumplir con otra función típica de los principios jurídicos, como es la de servir de criterio para resolver problemas concretos en caso de lagunas jurídicas tanto en el ámbito de los residuos³¹, como en otros ámbitos de la normativa ambiental.

el momento, las alusiones a la economía circular son genéricas, superficiales y, en ocasiones, puramente testimoniales. No obstante es previsible que en el futuro se potencien las sinergias entre los objetivos concurrentes de la transición a una economía circular y a una economía hipocarbónica. Para ello será necesario disponer de herramientas que permitan conocer y medir esas sinergias; incorporar la circularidad en las políticas de energía y clima: y que siga avanzándose en las técnicas jurídicas que incorporan la circularidad en el diseño de los productos que utilizan la energía. A todo ello me he referido en ALENZA GARCÍA, J. F., “La economía circular en la política y en la normativa energética”, en el vol. col. Retos de España ante la transición energética: cuestiones actuales del sector energético, ed. Sepín, en prensa.

³¹ La Unión Europea está manejando ya unos índices o ratios de circularidad de los residuos (pueden verse en [este enlace](#)). Desconozco como se calculan esos índices, pero si se logran armonizar unos criterios objetivos sobre la circularidad de los residuos, es indudable que constituirá un avance fundamental a la hora de tomar decisiones jurídicas sobre los mismos a la hora de autorizar determinados productos, así como de planificar y de gestionar los residuos,

3.2. Una novedad más terminológica que sustancial: la economía circular como bálsamo de fierabrás y una revolución de terciopelo

3.2.1. La economía circular como bálsamo de Fierabrás

La expresión “economía circular” está proliferando en la normativa más reciente hasta límites insospechados³². Es indudable que, a pesar de la indeterminación de su significado, ha tenido un extraordinario éxito. O quizá, el triunfo provenga, precisamente, de ese carácter difuso de las ideas que subyacen en ella.

Su frecuente –y hasta abusiva– utilización tiene algo de expresión fetiche que sirve para todo tipo de mensajes (políticos, sociales, jurídicos, económicos), ya que encubre realidades no bien definidas y, por ello, puede servir de estandarte que da cobertura a finalidades muy diversas.

Se ha erigido en un lema o un eslogan que es aceptado acrítica y unánimemente, aunque no se sepa muy bien que se quiere significar en cada caso con ella. Como en su día dijo Loperena Rota respecto al desarrollo sostenible, la simplicidad de su definición y el mensaje ético y solidario que encierra, la ha convertido en una idea mágica que evoca un modelo de desarrollo de perfiles poco definidos pero incontestable y de imposible objeción³³.

³² A finales de 2019, en la base de datos legislativos de Westlaw se identifican 314 disposiciones que utilizan la expresión “economía circular” en su texto, destacando el ámbito europeo (64 disposiciones), el estatal (22 disposiciones) y, especialmente, el autonómico (218 disposiciones).

³³ LOPERENA ROTA, D., *Desarrollo sostenible y globalización*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 11. La etimología de “sostenible” también es un factor de atracción del concepto. Sostenible deriva del latín “sus tenere” que significa defender. Tiene, así, una connotación pasiva en cuanto que alude a un proceso capaz de ser mantenido o defendido. Pero tiene también un sentido prescriptivo o activo que sugiere una llamada a realizar una actuación a favor de lo defendible. La yuxtaposición de ambos significados, el normativo/activo y el pasivo permite que la idea de sostenibilidad se utilice en un amplio abanico de formas contradictorias. REDCLIFT, M., “El desarrollo sostenible: necesidades, valores, derechos”, en BARCENA, I., IBARRA, P. y ZUBIAGA, M. (eds.), *Desarrollo sostenible: un concepto polémico*, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, pp. 18-19.

Es, ciertamente, curioso que la idea de la economía circular sea utilizada con fruición y con devoción tanto los tecnócratas de las altas instancias europeas, como los más humildes servidores públicos de entidades infralocales. Y que lo pueda ser esgrimido con igual soltura y entusiasmo un economista neoliberal de nuevo cuño y un antisistema comunista de vieja tradición marxista. Para todo el espectro ideológico sirve la sugerente idea de la economía circular. Cual bálsamo de Fierabrás, la economía circular es la idea mágica que es capaz de curar todas los males ambientales, sociales y económicos de nuestra sociedad.

Ahora bien, cuando el bálsamo de Fierabrás se elabora o se aplica de manera incorrecta no sólo no tendrá la eficacia curativa que se le supone, sino que, además, puede incrementar los males a los que se enfrenta o generar nuevos daños³⁴. De ahí el cuidado que debe tenerse a la hora de utilizar la economía circular como principio jurídico y la necesidad de seguir afinando su significado.

3.2.2. Una revolución de terciopelo: la economía circular es una economía de mercado más eficiente

La economía circular como concepto jurídico es, como ya se ha visto, un concepto difícil de aprehender. Se ha señalado, a este respecto, lo sorprendente que resulta que, existiendo más de cien definiciones del concepto, las normas jurídicas que la han incorporado no hayan adoptado una definición precisa y uniforme de dicho concepto³⁵.

Por otro lado, cabe apreciar una notable diferencia entre los ambiciosos objetivos que se asignan a la economía circular y los medios o instrumentos jurídicos con los que se pretende lograr su implantación. En efecto, se persigue alcanzar “un cambio sistémico completo”, una nueva economía con una estructuración diferente y una redefinición de sus componentes básicos, como la propiedad o la responsabilidad. Sin embargo, de las medidas incluidas en el Plan de Acción para la economía circular y de las modificaciones aprobadas o anunciadas no cabe esperar una metamorfosis sistémica en el ordenamiento de la Unión Europea o en el de sus Estados miembros.

³⁴ Recuérdese que al más ingenioso hidalgo de nuestra caballería, el bálsamo le produjo vómitos y sudores durante toda una noche, si bien, al día siguiente se notó recuperado de sus dolencias. Pero, para su escudero Sancho Panza los efectos nocivos fueron mucho más duraderos e incómodos.

³⁵ SANTAMARÍA ARINAS, R. J., “Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción”, p. 8.

A la vista de lo que está ocurriendo, da la sensación de que el legislador se está mostrando en el ámbito de la economía circular con una “actitud artificiosa e impostada que adopta por conveniencia o presunción”. En estos términos define el diccionario de la RAE uno de los recientes términos incorporados al mismo: “postureo”. Lamentablemente, cada vez con mayor frecuencia se publican en los boletines oficiales disposiciones jurídicas para el “postureo” político. De otra manera, no puede entenderse que una ley de economía circular —como la de Castilla-La Mancha— se fije nada menos que quince objetivos, todos ellos ambiciosos y con vocación de transformar el nuevo modelo económico actual y que, en sus escasos nueve artículos (la mayoría de ellos dedicados a cuestiones conceptuales y a la fijación de principios, de objetivos y de líneas de actuación), sólo se prevea como herramientas para conseguirlos una Estrategia de Economía Circular, una previsión para la futura creación de incentivos económicos y una Comisión de coordinación y de colaboración. Con tan escasos medios es inevitable recordar el dicho que aconseja que “si quieres que algo no funcione, crea una comisión”.

Se quejaba Tirso de Molina de las grandes diferencias que suelen existir entre lo vivo y lo pintado, cuando después de apreciar un retrato se acaba conociendo en la realidad a la persona retratada. Lo mismo sucede en el ámbito de la economía circular cuando se comparan los pomposos objetivos y principios pintados en los textos normativos y programáticos las escasísimas concreciones vivas que lucen en su articulado.

A la vista de todo ello, no cabe sino concluir que la pretendida y anunciada revolución paradigmática que debe transformar el modelo económico vigente, no va a ser, al menos por el momento, sino una revolución de terciopelo o superficial en la que no cambiarán los cimientos de la economía de mercado. En el mejor de los casos —y ojalá así sea— se alcanzará una mayor eficiencia en el uso de los recursos y una mejora en las tasas de aprovechamiento de los residuos. No trato con ello de minusvalorar estos objetivos, sino de enfocar con una mayor dosis de realidad y de modestia las líneas de actuación más relevantes que cabe esperar de la economía circular.

3.2.3. Los retos pendientes en el ámbito de los residuos son los retos clásicos

Que los residuos son fuente de recursos es algo conocido desde antiguo. La profesión de lo que hoy llamamos “reciclador” es, también, sobradamente conocida. Traperos, chatarreros, chamarileros, ropavejeros, quincalleros eran oficios que surgieron a partir de la revolución industrial y el consiguiente desarrollo urbano³⁶.

Por ello, la idea de la economía circular es tan antigua como la política de residuos. Resulta exagerado hablar de la economía circular como un nuevo paradigma ambiental. Como se ha visto, por el momento, los desarrollos normativos más importantes se han centrado en el ámbito de los residuos. Y las novedades que en este sector se han producido, no dejan de ser sino pequeños avances en ideas ya sólidamente aceptadas.

En realidad, los retos que la economía circular plantea tienen que ver con los retos clásicos de la política y la legislación de residuos. Me refiero a cuestiones como la del concepto de residuo (definido nuevamente por la modificación de la Directiva de residuos), el replanteamiento de las diferentes clases de residuos a efectos de determinar la responsabilidad sobre los mismos³⁷, el reforzamiento de la eficacia de la jerarquía de residuos, el impulso de las normas específicas sobre las condiciones que determinan el fin de la condición de residuo, o la clarificación de distinción entre la condición jurídica de los subproductos y la de las materias primas secundarias, etc.

Para ello será necesario profundizar en el establecimiento de regímenes jurídicos específicos para los distintos flujos de productos y los residuos que de ellos se deriven. Es decir, que cabe esperar que en el futuro, los desarrollos normativos de la economía circular traerán consigo una intensificación de tendencia a la sectorialización. Sólo de esa manera se podrán fijar las condiciones concretas de diseño, composición, comercialización de productos y las de la posterior gestión de los residuos derivados de los mismos.

³⁶ La mejor descripción literaria de estos oficios nos la ofreció Pío Baroja en su trilogía de *La lucha por la vida*, muy especialmente, en la primera de las novelas que la componen, *La busca*, escrita en 1904.

³⁷ Sobre este problemático concepto de residuo, que parece que nunca logrará afianzarse definitivamente, y sobre la emergencia de nuevas clases de residuos de dudosa adscripción a efectos de responsabilidad (como es el caso de los residuos comerciales) me remito a ALENZA GARCÍA, J. F., “El concepto jurídico de residuo y sus clases”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 38, 2017, pp. 327-353.

4. ¿DEBE CAMBIAR LA ECONOMÍA O DEBE CAMBIAR LA SOCIEDAD? REIVINDICACIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL Y DE LOS VALORES JURÍDICOS

4.1. El desconcierto del iusambientalista

El inevitable componente técnico de la normativa ambiental no explica que, en muchas ocasiones, se postergue a los juristas en la redacción de los proyectos legislativos. Esta situación denunciada hace años por Loperena Rota³⁸ se ha visto hoy agravada por otra serie de amenazas externas a la calidad de la normativa ambiental y a los procesos de elaboración de los textos legislativos.

Por un lado, la emergencia de un exacerbado populismo participativo que, en ocasiones, lleva a otorgar un desmesurado protagonismo a las propuestas de disposiciones normativas que, surgidas de bienintencionadas organizaciones y de implicados ciudadanos, carecen de las mínimas condiciones de coherencia normativa y de calidad jurídica. Es evidente la imperiosa necesidad de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de políticas y de normas ambientales tanto por razones de democracia ambiental, como de eficacia de las mismas, pues la aplicabilidad efectiva de las previsiones ambientales depende, en gran medida, de que se ajusten a las aspiraciones sociales y de que sean capaces de implicar a los principales destinatarios de las normas. Ahora bien, ello no significa que deban incorporarse a las normas disposiciones incoherentes o disposiciones vacías de significado jurídico. Las propuestas ciudadanas deben pasar por el correspondiente filtro de calidad normativa para evitar que las normas incurran en graves incorrecciones de técnica legislativa, como desgraciadamente sucede cada vez con mayor frecuencia³⁹.

³⁸ LOPERENA ROTA, D., “La perplejidad del iusambientalista”, en el vol. col. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, (coord. Sosa Wagner), vol. 3, 2000, pp. 3567-3588.

³⁹ Un ejemplo reciente puede verse en la Ley Foral navarra 14/2018, de 18 de junio, de Residuos y su fiscalidad (a lo que me he referido en ALENZA GARCÍA, J. F., “[Una Ley Foral de Residuos ambiciosa en los objetivos e incierta en los medios para lograrlos](#)”, en el vol. col. *Observatorio de políticas ambientales 2019*, ed. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades/CIEDA-CIEMAT, 2019, pp. 1267-1268). Esta Ley Foral presenta notables deficiencias de técnica legislativa que van desde una inapropiada y distorsionadora concepción del

A la hegemonía de los tecnólogos y a la deriva de los populismos participativos, se suma ahora la aplastante influencia de las tecnocracias economicistas. La “economía circular” es sólo una más de las numerosas expresiones que están invadiendo la normativa ambiental de los conceptos económicos: economía sostenible, economía hipocarbónica, bioeconomía⁴⁰, economía verde⁴¹, economía azul⁴², etc., sin que falten combinaciones de varios de esos tipos de economía, propugnando por ejemplo una economía inteligente, sostenible e integradora⁴³.

4.2. De la sociedad del reciclado a la economía circular ¿Debe transformarse la economía o la sociedad?

La Directiva 2008/1998/CE sobre residuos se proponía como uno de sus objetivos transformar la UE en una “sociedad del reciclado”⁴⁴. La Directiva (UE) 2018/851 que la modifica ha suprimido del articulado esa expresión y la ha sustituido por la de la “economía circular”⁴⁵, que ahora se utiliza para indicar el objetivo último de las finalidades de la directiva

sistema de fuentes (la ley foral se presenta como un instrumento de concreción y desarrollo lo establecido en un previo Plan de Residuos y no como la fuente legitimadora de la planificación de residuos), al establecimiento de una serie de cláusulas de buenas intenciones sin contenido efectivo alguno, pasando por una insuficiente y deficitaria regulación de los planes de residuos en la que destaca la proclamación de algunos principios tan insólitos y pintorescos como el de “consenso” o el de “sensibilidad”.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión: “Una bioeconomía sostenible para Europa: consolidar la conexión entre la economía, la sociedad y el medio ambiente” (SWV(2018) 431 final).

⁴¹ Véase el Decreto extremeño 207/2019, de 28 de diciembre, que establece las bases reguladoras y normas de aplicación del régimen de ayudas para el fomento de una economía verde y circular en las explotaciones agrarias en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁴² Véase el Decreto canario 27/2018, de 26 de febrero, por el que se crea y regula el Comité de Personas Expertas para el estudio del cambio climático de Canarias y fomento de la economía circular y azul.

⁴³ Comunicación de la Comisión Europea, Europa 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», COM (2010) 2020 final, 3 de marzo, 2010.

⁴⁴ Así se indicaba hasta en tres ocasiones en la exposición de motivos (considerandos 28, 29 y 41).

⁴⁵ Aparece hasta en siete considerandos (1, 2, 3, 7, 43, 44 y 61).

(art. 1)⁴⁶ y para subrayar el fundamento de los objetivos relativos a la preparación para la reutilización y el reciclado (art. 11.2)⁴⁷.

De ello se deduce que la Directiva marco de residuos ha renunciado a transformar la sociedad y pasa ahora a conformarse con cambiar la economía, la cual, por muy importante que sea, no deja de ser tan solo una parte de la sociedad.

La saturación economicista que se puede apreciar en la normativa ambiental revela una confianza desmesurada en que solo a través de la economía puede resolverse la crisis ambiental. Evidentemente, los factores económicos son una parte muy importante de los problemas ambientales y, por tanto, también de las soluciones. Pero, no puede ser la única vía, porque es evidente que buena parte de los problemas ambientales derivan de comportamientos inducidos por cuestiones culturales y no económicas.

Por ello, de la misma manera que en ocasiones se ha esgrimido el famoso eslogan de la campaña que llevó a Bill Clinton a la presidencia de los Estados Unidos (“es la economía, estúpido”) para subrayar la importancia de la economía en la vida de las personas, podría utilizarse en sentido contrario advirtiendo que “no basta la economía, estúpido”, para afrontar los problemas ambientales.

El comportamiento humano individual y, sobre todo, el social no se rige sólo por motivaciones económicas. La idea del “*homo economicus*” constituye una evidente reducción de la complejidad del ser humano. En el ámbito de los residuos existen muchos comportamientos incorrectos que no se deben a razones económicas, sino a pautas culturales o a hábitos sociales que solo se explican por una deficiente educación ambiental o por una

⁴⁶ Artículo 1: “Objeto y ámbito de aplicación. La presente Directiva establece medidas destinadas a proteger el medio ambiente y la salud humana mediante la prevención o la reducción de la generación de residuos y de los impactos negativos de la generación y gestión de los residuos, mediante la reducción del impacto global del uso de los recursos y mediante la mejora de la eficiencia de dicho uso, elementos cruciales para efectuar la transición a una *economía circular* y garantizar la competitividad de la Unión a largo plazo”.

⁴⁷ Donde la redacción original de este precepto decía “con objeto de cumplir los objetivos de la presente Directiva y de *avanzar hacia una sociedad europea del reciclado* con un alto nivel de eficiencia de los recursos...”, ahora dice “con objeto de cumplir los objetivos de la presente Directiva y de *avanzar hacia una economía circular europea* con un alto nivel de eficiencia de los recursos...”.

inexistente concienciación ecológica. Y al contrario. Muchas actuaciones correctas (como la separación en origen de los residuos domiciliarios) se realizan sin que existan incentivos económicos que las impulsen.

En definitiva, me parece decepcionante el cambio de enfoque de la política de residuos y, en general, de la política ambiental. Centrar sus aspiraciones en el cambio del tipo de economía (de la lineal a la circular) y renunciar a transformar la sociedad (las pautas de comportamiento, los hábitos de consumo, los modos de vida, etc.), constituye, a mi juicio, un retroceso estratégico. Confiar en que la transición de una economía lineal a una economía circular – llegue cuando llegue– es el camino adecuado para solucionar los problemas ambientales es creer en los “cuentos de hadas” economicistas⁴⁸.

4.3. Reivindicación de los valores jurídicos del Derecho Ambiental

En los centros actuales del poder normativo suele olvidarse que las bases del Derecho son de índole moral puesto que plasman –con la técnica jurídica que sea precisa en cada caso– las convicciones éticas de la sociedad. Valores como la dignidad del hombre, la solidaridad, o la protección de la vulnerabilidad, han ido cristalizando en las instituciones y en las técnicas jurídicas de tal modo que hoy están sólidamente arraigados en la mayoría de los sistemas jurídicos avanzados. Desde hace unas décadas, cuando el ambiente pasa a convertirse en objeto de la regulación, se ha incorporado también la ética ambiental. Como en su momento, señaló Martín Mateo, la asunción planetaria de una ética ecológica es un *præius* del Derecho ambiental, un presupuesto indispensable para la adopción de un Derecho ambiental adecuado⁴⁹.

Ese Derecho ambiental puede perder de vista la ética ambiental como consecuencia de esas amenazas “externas” procedentes del supremacismo tecnológico, de los excesos populistas y del imperialismo economicista. Pero, más nocivo que los riesgos procedentes esas

⁴⁸ Tomo esta expresión de una de las célebres recriminaciones que Greta Thunberg exclamó en la Cumbre del Clima de Naciones Unidas en septiembre de 2019: “¿Cómo se atreven? Ustedes solo hablan de dinero, de cuentos de hadas y de eternas promesas de crecimiento económico”.

⁴⁹ MARTÍN MATEO, R., “La revolución ambiental pendiente”, *Tratado de Derecho Ambiental*, t. IV, Edisofer, Madrid, 2003, p. 41.

amenazas “externas”, es el riesgo de que los juristas caigan en la desconfianza de lo que pueden aportar no sólo al Derecho ambiental, sino también a las políticas y estrategias ambientales.

Porque siendo imprescindibles los elementos técnicos y las consideraciones económicas de esas estrategias, también lo son las técnicas jurídicas y, sobre todo, los valores jurídicos que contienen los principios generales del Derecho y los principios de Derecho ambiental. Ni la tecnología, ni la economía son suficientes para transformar, por ejemplo, los hábitos personales o sociales sobre el consumo o sobre la preparación y separación en origen de los residuos domiciliarios.

La tecnología y la economía tienen en el centro de atención a los procesos y a los bienes, mientras que el Derecho se ocupa esencialmente de las personas. Los valores propios del Derecho (dignidad humana, solidaridad interplanetaria e intergeneracional, protección de la vulnerabilidad humana y de la vulnerabilidad de la naturaleza⁵⁰) son claves para la protección ambiental y el Derecho los ha estado impulsando desde hace milenios.

Esos valores son capaces, además, de adaptarse a los nuevos requerimientos ético-ambientales. Sería posible, por ejemplo, utilizar los valores jurídicos más antiguos, plasmados en los tres preceptos de Ulpiano⁵¹, como guía o parámetro de la regulación de los residuos. En efecto, sería posible encuadrar los actuales principios del ordenamiento de los residuos entre esas tres máximas jurídicas del Digesto:

1. *Suum cuique tribuere*. De la exigencia de dar a cada uno se derivan con naturalidad los principios de autosuficiencia y de proximidad, así como el principio de responsabilidad ampliada del productor. También el principio quien contamina paga está vinculado a esta máxima, ya que, en materia, de residuos, no está claro a quién le corresponde pagar por los residuos (¿al productor inicial de residuos, al poseedor

⁵⁰ Sobre el concepto de vulnerabilidad ambiental véase ALENZA GARCÍA, J. F., “Vulnerabilidad ambiental y vulnerabilidad climática”, en el monográfico “El Derecho ambiental entre la ciencia, la economía y la sociología”, de la *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol 10, nº 1, 2019.

⁵¹ En el Digesto se recogen de la siguiente manera: “*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo) (D.1.1.10.1).

actual, al poseedor anterior o al productor del producto del que proceden los residuos⁵²), por lo será preciso realizar una previa determinación justa de las responsabilidades.

2. *Alterum non laedere*. Este precepto comprende el principio de gestión racional de los residuos (sin poner en peligro la salud del hombre, ni el ambiente) y el principio de quien contamina paga, en su vertiente de pago por el daño causado.
3. *Honeste vivere*. Este principio fundamenta la transformación de la sociedad del despilfarro en una sociedad más moderada en su consumo y en sus modos de producción. Vivir honestamente debe servir de guía para promover un consumo responsable tanto de carácter privado (evitando el despilfarro consumista y la imposición cuasiforzosa de un consumo compulsivo), como de carácter público (generalizando una contratación pública con criterio ambiental), así como una producción responsable (con un diseño ecológico de los productos y las demás exigencias de las políticas de ciclo de vida integral de los productos).

5. REFLEXIÓN FINAL: MÁS DERECHO EN LAS POLÍTICAS AMBIENTALES Y, SOBRE TODO, EN EL DERECHO AMBIENTAL

Termino aquí este trabajo que anunciaba como “inútil” en el sentido de que iba a proponer más interrogantes que soluciones. Quiero insistir, para finalizar, en la idea de que las soluciones a la problemática ambiental no son ajenas a lo jurídico.

Bienvenida sea la idea de la economía circular para avanzar en el desarrollo sostenible por sus razonables y ambiciosos objetivos y por su impulso renovador e inspirador.

Está por ver cómo se desenvolverá en el futuro como principio jurídico. En cualquier caso, los juristas deben evitar caer en la seducción de aparentes “nuevos” paradigmas metajurídicos y, sobre todo, no deben dudar de los mecanismos jurídicos tradicionales, ni de los valores que encierra el Derecho para diseñar los medios necesarios para lograr los objetivos ambientales.

⁵² Todas estas posibilidades son admitidas por el artículo 14 de la Directiva de residuos.

Como se ha podido comprobar, frente a la incorporación de esos “nuevos” paradigmas económicos, es posible aplicar los valores jurídicos primordiales al Derecho de los residuos y, en general, al Derecho ambiental. Ni la tecnología, ni la economía son la panacea ambiental. Es cierto, que uno de los problemas clásicos del Derecho ambiental es el de su ineffectividad. Pero, ante esa dudosa eficacia debemos reclamar más Derecho. Tenemos que consolidar con firmeza una asertividad jurídica que impida abandonar los espacios propios del jurista en la elaboración y en la aplicación de las normas y de las políticas públicas a otros profesionales⁵³, y que logre asentar entre los principios del Derecho ambiental los de naturaleza esencialmente jurídica⁵⁴.

Como decía, Martín Mateo, los ambientalistas (no sólo los iusambientalistas) deben tener una “sólida ambición normativa”⁵⁵. Sin ella, no se logrará la construcción de un auténtico Estado social y ambiental de Derecho que asuma los inaplazables e imprescindibles requerimientos ambientales

⁵³ Recientemente NIETO ha llamado la atención sobre la dejación de funciones de los contemporáneos administrativistas. Frente a la labor de las generaciones de administrativistas que tuvieron un protagonismo esencial en la conformación de las políticas públicas y del propio Estado, considera que “las generaciones siguientes han continuado perfeccionando el Derecho Administrativo con maestría artesanal, pero han renunciado a colaborar en la crítica y reforma del Estado, que han dejado en manos de los políticos a cuyo servicio se han puesto sin aspirar ya, como se hacía antes a orientarles. A la épica ha sucedido el oficio; a las ambiciones de renovación cultural (política y jurídica), el vuelo raso de los éxitos forenses” (*Testimonios de un jurista*, cit., p. 298).

⁵⁴ Asimismo, se está volviendo a sentir la necesidad de una asunción expresa del derecho a un ambiente adecuado entre los derechos humanos y fundamentales para la construcción del auténtico Estado social y democrático de Derecho ambiental. A ello apuntan también algunos proyectos normativos internacionales (como el Proyecto del Pacto Mundial por el Medio Ambiente), así como la doctrina más autorizada como, por ejemplo, JORDANO FRAGA, J. (“La Administración en el Estado ambiental de Derecho”, *RAP*, núm. 173, 2007, pp. 101-141) o LORENZETTI, R. L., y LORENZETTI, P. (*Derecho Ambiental*, ed. Rubinzal, Buenos Aires, 2018, pp. 66 y ss.). En esta misma línea ha reclamado recientemente ÁLVAREZ CARREÑO la necesidad de “anclar la protección del medio ambiente en el nivel superior de nuestro ordenamiento –constituido nuestro Estado entonces propiamente en social, ambiental y democrático de Derecho– para garantizar al máximo nivel como derecho fundamental en nuestra Constitución el derecho de toda persona a vivir en un medio ecológicamente sano” (“Tiempos nuevos, ¿tiempos salvajes?”, *RADA*, núm. 43, 2019)

⁵⁵ “Mientras a los economistas liberales les bastaría teóricamente, con un mínimo de reglas, los ambientalistas debemos tener una sólida ambición normativa. El ordenamiento ambiental es por ello complejo y proteico y debe ser renovado al compás de los sucesivos avances y modificaciones de los conocimientos científicos” (MARTÍN MATEO, R., “La revolución ambiental pendiente”, *Tratado de Derecho Ambiental*, t. IV, cit., p. 37).

MESA PLENARIA 3:
RESPONSABILIDAD POR
DAÑO AMBIENTAL

MODERADOR: SANTIAGO M. ÁLVAREZ CARREÑO

IX. Hacia la construcción de un sistema eficaz de responsabilidad objetiva por daños medioambientales: algunas cuestiones de prospectiva

Jesús Conde Antequera
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

RESUMEN:

La salud ambiental está expuesta a diversos peligros, entre los que se encuentran las actividades contaminantes. Reducir la vulnerabilidad ambiental ante dichos peligros ha de ser uno de los objetivos básicos del Derecho en este ámbito. La articulación de un sistema objetivo de responsabilidad ambiental, capaz de lograr la efectiva y total reparación de los daños que originan dichas actividades, ha de ser la gran aportación del Derecho a este fin. Pero, aunque el sistema de responsabilidad que implementa la Ley de Responsabilidad Medioambiental española ha supuesto un gran avance (al menos para que, cuando pueda acreditarse quiénes son las actividades causantes de los daños, sus operadores asuman el coste de la reparación de tales daños independientemente de su grado de culpabilidad), aún queda mucho camino por recorrer, pues no podrá alcanzarse eficazmente este objetivo sin la eliminación de las externalidades que aún persisten cuando no ha sido posible acreditar la relación causal y si no se compensa al medio por los daños que no hayan podido repararse con medidas de reparación primaria.

ABSTRACT:

Environmental health is exposed to various hazards which are polluting activities. Reducing environmental vulnerability to these hazards must be one of the goals of this field. To articulate a system of environmental strict liability, with the capacity to achieve the effective and total repair of the damages caused by these activities, may be a great contribution of Law. Although the Spanish liability system through the Environmental Responsibility Act has been a great step forward (specially when it is possible to prove which activities are

causing the damage, its operators assume the cost of repairing such damages independently of their degree of culpability), there is still a long way to go on, because this objective cannot be achieved effectively without removing externalities that still persist when it has not been possible to prove the causal relationship and when the environment is not compensated for the damages that would not be repaired with primary repair measures.

PALABRAS CLAVE: Vulnerabilidad ambiental; Responsabilidad ambiental; Daños ambientales; Ley de Responsabilidad ambiental; Externalidades; Relación causal; Medidas de reparación primaria; No pérdida neta; Bancos de conservación de la naturaleza

KEYWORDS: Environmental vulnerability; environmental liability; environmental damages; Environmental Responsibility Act; externalities; causal relationship; primary repair measures; no net loss; mitigation bank.

SUMARIO

1. Introducción	253
2. El sistema de responsabilidad de la LRMA y sus problemas de aplicabilidad	254
2.1. Características del sistema de responsabilidad de la LRMA.....	254
2.2. Las insuficiencias del sistema de la LRMA para la eliminación o reducción de externalidades en supuestos de contaminación difusa o multicausal.	257
2.3. El grado de aplicación práctica de la LRMA	261
3. Algunas cuestiones de prospectiva sobre el sistema de responsabilidad medioambiental por daños originados por actividades.	263
3.1. Las posibilidades de ampliación del sistema en el marco de la DRM.....	263
3.2. La necesidad de flexibilización del requisito de la prueba de la relación de causalidad: la teoría de la “probabilidad causal”.....	264
3.3. La necesidad de vinculación de las medidas de reparación complementaria y compensatoria de la LRMA a los sistemas de compensación previstos en la LEA y, en especial, a los bancos de conservación.	270
4. Conclusiones.....	275
5. Bibliografía.....	276

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los retos jurídicos de mayor importancia en la lucha contra la vulnerabilidad ambiental es la configuración de un régimen eficaz de responsabilidad por los daños originados a los bienes ambientales que asegure su reparación a costa de sus directos responsables de modo que se eviten así las denominadas *externalidades*.

Las notables insuficiencias del régimen de responsabilidad aquiliana a este fin se han venido traduciendo en una flexibilización progresiva y constante de los requisitos tradicionales de la responsabilidad. Y el régimen de la responsabilidad medioambiental actual ha dado un paso importante con la Directiva europea 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DRM, en adelante) y su transposición a nuestro ordenamiento a través de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRMA). Una de las principales aportaciones de esta nueva regulación al objetivo de una eficaz reparación del daño ambiental es la configuración de un régimen de responsabilidad objetiva. Sin embargo, a pesar de las virtudes de esta nueva normativa, como pretendemos poner de manifiesto con este estudio, la actual regulación se muestra aún insuficiente para el logro de esta finalidad y se hace patente la necesidad de seguir avanzando en la construcción de un necesario sistema objetivo y eficaz de responsabilidad por daños al medio ambiente.

En el caso del daño ambiental, la responsabilidad encuentra fundamento en dos principios, a los que hace expresa referencia el Considerando 2 de la DRM: el Principio de desarrollo sostenible y el Principio “quien contamina paga”. Conforme al primero, podría afirmarse que cualquier tipo de desarrollo no sería sostenible si no se repara el daño ambiental causado con motivo del mismo y si no se restituye el medio dañado al estado en el que se encontraba antes de causar el daño. Según el segundo, podríamos afirmar que, si no paga quien contamina, el daño ocasionado es asumido por la sociedad, lo que se conoce como “externalidad”. Las externalidades son, de este modo, anomalías del sistema; se asumen por la Sociedad como costes del desarrollo y, a veces, se asumen porque no hay un sistema de responsabilidad adecuado que logre que cargue con dicho coste de reparación quien ha causado efectivamente el daño con su conducta o actividad.

Otro principio del Derecho ambiental, al que no se refiere la LRMA, tiene también proyección en el ámbito de la responsabilidad, como es el caso del Principio de prevención; no sólo por el intrínseco y conocido aspecto preventivo de la responsabilidad, sino también porque la responsabilidad misma se basa, en ocasiones, en el incumplimiento de las medidas de prevención, o incluso de evitación, que tienen como fundamento este principio. La responsabilidad es así, respecto a la prevención, la otra cara de una misma moneda.

Pero creemos que nuevos principios del Derecho Ambiental están llamados a tener un papel importante y protagonista en el ámbito de la responsabilidad por daños ambientales, como es el caso del Principio “*no net loss*” (o de no pérdida neta), que puede suponer una alteración en la actual jerarquía de opciones aplicable respecto a la adopción de las diferentes tipologías de medidas derivadas de dicha responsabilidad.

2. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LA LRMA Y SUS PROBLEMAS DE APLICABILIDAD

2.1. Características del sistema de responsabilidad de la LRMA

El nuevo sistema de responsabilidad por daños ambientales que regula la LRMA, se basa en un intento de superación de las limitaciones y de la rigidez de los requisitos exigidos en el sistema de responsabilidad aquiliana o en el de la responsabilidad ligada a la comisión de infracciones administrativas o delitos. Su principal aportación ha sido erigirse en un sistema objetivo de responsabilidad en el que el elemento subjetivo deja de ser requisito imprescindible para poder exigir la reparación del daño a su causante, en el que no se producen ya las limitaciones que conlleva la necesidad de legitimación, por apoderar a la Administración para exigirla, y en el que el principal objetivo no sea ya la indemnización monetaria sino la efectiva reparación in natura del daño. Este sería el sistema de responsabilidad exigible a los operadores en caso de accidentes con carácter objetivo, basado quizá en el beneficio derivado de las actividades causantes de los daños ambientales y en la necesidad de evitar una externalización de costes que impida la implementación real del principio quien contamina paga.

Este nuevo régimen de responsabilidad ambiental se fundamenta, para lograr la implementación de los principios ambientales que persigue, en una serie de aportaciones o novedades respecto al sistema tradicional de responsabilidad y a las aportaciones jurisprudenciales que lo habían ido perfilando. Así, destacamos, entre otras, cuatro de sus principales características:

- a) La consideración del daño ambiental autónomo¹. Las medidas de responsabilidad se centran, por primera vez, en la reparación del daño o restauración del medio, y no en la indemnización a una víctima determinada. Pero también, aunque haya sido menos resaltado, incorpora una perspectiva más completa de la reparación de ese daño o restauración, al regular también la posibilidad de reparación complementaria y de reparación por compensación (posibilidades éstas que, en mi opinión, han sido objeto de escueto tratamiento por nuestra doctrina). Desde esta perspectiva, se incorpora a nuestro ordenamiento la definición de unos criterios y sistemas de valoración del daño puramente ambiental que pueden permitir no sólo el aseguramiento, sino también, en cuanto interesa ahora destacar, la posibilidad de sustituir la reparación in natura por una reparación compensatoria o complementaria.
- b) Articula un sistema de responsabilidad fundamentado, respecto a ciertos supuestos, en un factor probabilístico², pues la LRMA plantea un sistema de responsabilidad por riesgo (amenazas de daños), caracterizado por la *probabilidad suficiente* de que se produzcan daños ambientales en un futuro (artículos 2.3 y 2.13 LRMA). Para aclarar esta idea, se define el “riesgo” como la función de la probabilidad de ocurrencia de un suceso y de la entidad del daño que puede provocar. A nuestros efectos, ello resulta de gran interés porque tal factor probabilístico conlleva la posibilidad de exigir medidas de responsabilidad (medidas preventivas y medidas de evitación) aunque no se haya producido un daño efectivo, lo cual es una aportación novedosa a la teoría tradicional de la responsabilidad, que siempre ha requerido la certeza y efectividad del daño.

¹ Vid. ESTEVE PARDO, *Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pág. 10, que considera que la LRMA configura un sistema de responsabilidad sin víctimas.

² En este sentido ha sido apreciado por SORO MATEO en “Consideraciones críticas sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad Ambiental”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 35, 2009, pág. 204.

- c) Pretende implementar un sistema de responsabilidad objetiva que permita concretar la responsabilidad sin necesidad de acreditar la concurrencia del elemento subjetivo (dolo, culpa o negligencia), sin que sea precisa la infracción de normas ni la falta de título habilitante del funcionamiento de la actividad para su exigibilidad, y que permita imponer la reparación incluso en casos de accidentes sin culpa (o no probada)³. Es decir, con el sistema de responsabilidad que se pretende implantar bastaría con que se haya producido el daño a consecuencia de la actividad de un operador para que surja la obligación de reparar, independientemente de si se ha actuado de forma intencionada o no, o de forma negligente o diligente⁴. Sin embargo, como después precisaremos, a pesar de que la pretensión de objetividad del régimen de responsabilidad establecido se fundamenta en la exclusión de concurrencia del elemento subjetivo, es realmente con la presunción de causalidad que establece el artículo 3.1 como se logra hacer efectiva esta objetividad.
- d) Se presenta como un sistema cuyo objetivo principal es evitar las externalidades. Y este objetivo pretende alcanzarse haciendo que sean los operadores económicos beneficiarios de la explotación de los recursos naturales quienes asuman efectivamente los riesgos de producción de daños ambientales derivados de sus actividades y, en consecuencia, se les trasladen los costes derivados de la reparación de los daños medioambientales, que asume normalmente la sociedad (preámbulo, párrafo I). Ciertamente, ésta sería una necesidad derivada del principio “Quien contamina paga” y la auténtica forma de implementar el principio de responsabilidad

³ Si bien en el Considerando 9 de la DMA se dice que “*el operador sólo debe ser responsable en virtud de la presente Directiva en los casos en que haya incurrido en culpa o negligencia*” en los casos de daños a especies y hábitats, en el preámbulo (Punto I) de la LRMA se considera que “*La responsabilidad medioambiental es ... una responsabilidad de carácter objetivo en la que las obligaciones de actuación se imponen al operar al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento*”.

⁴ En este sentido, el artículo 9.1 segundo párrafo dispone claramente que “El cumplimiento de los requisitos, de las precauciones y de las condiciones establecidos por las normas legales y reglamentarias o de los fijados en cualesquiera títulos administrativos cuya obtención sea necesaria para el ejercicio de una actividad económica o profesional, en particular, en las autorizaciones ambientales integradas, no exonerará a los operadores incluidos en el anexo III de responsabilidad medioambiental, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14”. Y artículo 19.1 señala que “El operador de cualquiera de las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III que cause daños medioambientales como consecuencia del desarrollo de tales actividades está obligado a ... adoptar las medidas de reparación que procedan de conformidad con lo dispuesto en esta ley, aunque no haya incurrido en dolo, culpa o negligencia”.

en este ámbito, principalmente en los supuestos en estas externalidades se producen: daños multicausales en los que no resulta individualizada la responsabilidad y daños ambientales de origen difuso (daños huérfanos)⁵.

2.2. Las insuficiencias del sistema de la LRMA para la eliminación o reducción de externalidades en supuestos de contaminación difusa o multicausal

A la vista de estas novedosas características del sistema de responsabilidad medioambiental implementado por la LRMA, hemos de plantearnos si realmente se han alcanzado los objetivos antes enunciados; es decir, si se ha articulado realmente un sistema eficaz de responsabilidad capaz de evitar las externalidades y hacer efectivo el principio de responsabilidad y “quien contamina paga”, o si el sistema sigue siendo insuficiente para lograr dichos objetivos.

Así, junto al reducido ámbito de aplicación de la Ley y a los supuestos de su exclusión subjetiva y objetiva⁶, parece que el régimen de responsabilidad objetiva pretendido no se ha alcanzado eficazmente. Así, aunque la LRMA pretende instaurar un régimen objetivo de responsabilidad, articula realmente un doble régimen objetivo/subjetivo, en función de la naturaleza de la actividad, y de su inclusión o no en el listado de actividades del anexo III y fundamentado en una previa clasificación de las actividades como peligrosas o no para el medio ambiente, incluso por remisión a otras normas. Para las del anexo III⁷, se considera que el régimen aplicable a las mismas ha de ser el de responsabilidad objetiva, fundamentado pues en su peligrosidad, mientras que, para el caso de que se trate actividades no incluidas en el anexo III, la aplicación a las mismas de las medidas de reparación sólo procedería cuando concurriese dolo, culpa o negligencia grave (artículos 3.1 y 19.2). En definitiva, procedería la aplicación completa de las medidas previstas en el sistema (prevención, evitación y

⁵ Sobre estos daños y su relación con los orphan sites, vid. GOMIS CATALÁ, “La Ley de Responsabilidad Medioambiental en el marco del Derecho de la Unión Europea”, en LOZANO CUTANDA (Dir.), Comentarios a la Ley de responsabilidad medioambiental, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 109.

⁶ Véase el estudio sobre estos supuestos que hace SORO MATEO, “Consideraciones críticas ...”, op. cit., pág. 209 y sig. Asimismo, GOMIS CATALÁ, en “La Ley de Responsabilidad Medioambiental...”, op. cit., 8, págs. 104 a 110.

⁷ Incluida su remisión a la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación y R.D. 1254/1999, ampliable además por las Comunidades Autónomas.

reparación) para las actividades del anexo III, sin necesidad de concurrencia culpa y presumiéndose en tales casos la causalidad, mientras que para el resto de actividades no incluidas en el anexo III, sólo habría una aplicación completa (prevención, evitación y reparación) en el caso de que concurra culpa, pero se aplicarían sólo las medidas de prevención o evitación en el caso de ésta no concurra. En definitiva, en tales casos no cabría predicarse la existencia de un régimen de responsabilidad objetiva, desde la perspectiva de la reparación.

Pero, de cualquier forma, tampoco se logra un régimen real de responsabilidad objetiva en ninguno de los casos. A pesar de lo dispuesto en el artículo 3, de la lectura del artículo 19 se desprende que, para las medidas de reparación, se mantiene el régimen de culpa como régimen general con la única excepción, como hemos visto, de las actividades potencialmente peligrosas del anexo. Además, se configura como general un régimen de culpa en caso de incumplimiento de medidas de prevención o evitación de la LRMA (artículo 19.2 *in fine*). De este modo, el régimen objetivo, que se pretendía configurar como el régimen de responsabilidad por daños ambientales, es algo excepcional exclusivamente para las actividades del anexo III y, además, queda desvirtuado por la configuración en el artículo 14 de la Ley de unos supuestos de “no exigencia de costes de medidas reparadoras al operador”, que se constituyen, en definitiva, en supuestos de excepción al régimen de responsabilidad objetiva o, mejor, como señala el profesor VALENCIA MARTÍN⁸, supuestos de exclusión de la antijuridicidad del daño: cuando el operador demuestre la falta de culpabilidad o negligencia, cuando el daño ambiental esté autorizado y cuando el estado de la ciencia sea insuficiente para conocer los efectos dañinos de la actividad.

En el primero de los supuestos, cuando el operador demuestre que no ha habido culpa o negligencia, su previsión supone que realmente no podamos entender que estamos ante un régimen de responsabilidad objetiva, sino que se simplemente se establezca una presunción *iuris tantum* de culpa en algunas actividades. En tales casos, si el operador demuestra que no ha habido culpa o negligencia, no podrán exigírsele los costes de reparación.

⁸ Vid. VALENCIA MARTÍN, “El impacto (favorable) de la Directiva 2004/35/CE en el sistema español actual de responsabilidad por daños ambientales”, en *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de responsabilidad por Daños Ambientales y su incidencia en el Ordenamiento Español*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pág. 152.

En segundo lugar, cuando el daño medioambiental ha sido causado por una emisión o hecho autorizados mediante autorización expresa (y se actúe conforme a la autorización), entonces la sociedad tiene el deber de soportarlo⁹. Pero es que, si no cuenta con autorización (entiéndase en este sentido el instrumento correspondiente de habilitación), o actúa fuera de ella¹⁰, nos encontraríamos normalmente en el ámbito del sistema de responsabilidad por infracción administrativa, que exige la concurrencia del elemento subjetivo. Luego también en el caso de las actividades del anexo III el régimen de responsabilidad resulta, en definitiva, de carácter subjetivo respecto a la imposición de medidas de reparación: sólo si se actúa sin autorización o fuera de las condiciones de la autorización (lo cual implicaría pues, necesariamente, la concurrencia del elemento subjetivo desde la perspectiva sancionadora) se podrá exigir a estos operadores el coste de la reparación de los daños causados.

Y, en cuanto al tercer supuesto, cuando el daño se origine por una emisión o actividad que no se hubiera considerado potencialmente perjudicial para el medio ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad, podemos concluir que su previsión supone también la traslación del coste de reparación a la sociedad en general en tales casos, eximiendo así al titular de la actividad causante. Es decir, cuanto menos se sepa, mejor para el que contamine, que no tendrá que asumir el coste del daño originado por la actividad de la que obtiene sus beneficios¹¹, que queda así trasladado a la sociedad. También desde esta perspectiva se

⁹ En este sentido podríamos plantearnos, desde una perspectiva operativa, qué actividad del anexo III no va a contar con autorización antes de ponerla en marcha. Algunas teorías doctrinales, ante esta previsión, se plantean la interpretación de la naturaleza de esa autorización, refiriéndola no ya a la autorización de la actividad, sino a una autorización expresa y específica para causar un daño determinado. Véase SORO MATEO, “Consideraciones críticas...”, op. cit., pág. 211. También CASADO CASADO, “Atribución de responsabilidades (arts. 9 a 16), en LOZANO CUTANDA (dir.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 268-270.

¹⁰ Al respecto, sería preciso tener en cuenta, además, que las autorizaciones en el caso de las actividades peligrosas suelen otorgarse condicionadas al cumplimiento de la cláusula de progreso o de incorporación de las mejores tecnologías disponibles, lo cual obligaría al titular de la actividad a una continua revisión de los documentos BREF para hacer efectiva esta exclusión, so pena de considerar que no se ha sido diligente en el cumplimiento de esta obligación impuesta en la autorización. Vid. ESTEVE PARDO, *La Ley de Responsabilidad Medioambiental...*, op. cit., pág. 74.

¹¹ Como ha apuntado reiteradamente nuestra doctrina, esta previsión actúa como desincentivo del esfuerzo en mejorar la técnica y el conocimiento, convirtiéndose la limitación por desconocimiento en contraria al principio de precaución. En opinión de ESTEVE PARDO, *La Ley de responsabilidad medioambiental*, op. cit., pág. 78, con

incorpora el requisito subjetivo al sistema: se responde si no se ha tenido la diligencia de implementar en la actividad la mejor técnica disponible (MTD), que son las que incorporan los conocimientos y avances técnicos al ámbito concreto de actividad (Artículo 14.2.b. LRMA).

En resumen, aunque la LRMA dispone, en principio, un régimen objetivo de responsabilidad, que implica que la actuación conforme a Derecho no exime de responsabilidad en caso de que se produzcan daños ambientales derivados de una actividad económica o profesional (artículo 9.1, segundo párrafo), el añadido “... *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14*”, convierte a tales supuestos (en los que “el operador no estará obligado a sufragar el coste imputable a las medidas reparadoras...”) en razones para restar eficacia al pretendido carácter objetivo del sistema¹² y el elemento subjetivo vuelve a adquirir trascendencia para la exigibilidad de la reparación ambiental (necesidad de acreditar una negligencia del operador causante del daño por actuar sin autorización o que no ha sido diligente respecto a la incorporación de los avances técnicos en su sector de actividad).

En la práctica, la previsión de estas excepciones conlleva el efecto de evitar que quien contamine pague la reparación del daño y, en definitiva, se mantengan las externalidades, al asumir la Administración (es decir, la Sociedad) el coste de la restauración, con fondos públicos: el Fondo estatal de reparación de daños medioambientales o los correspondientes fondos autonómicos (artículo 34.1) o el Fondo de Contingencia de ejecución presupuestaria (artículo 50 LGP). Desde otra perspectiva, pues, nos encontraríamos así, en realidad, ante los postulados de otro de sistema de responsabilidad: el de responsabilidad patrimonial de la Administración¹³ que no ha cumplido con su función de control suficiente sobre la actividad causante del daño o no ha previsto adecuadamente las consecuencias de la autorización de dicha actividad.

esta previsión no sólo no se incentiva la investigación, sino que se premia la ignorancia.

¹² Vid. SORO MATEO, “Consideraciones críticas ...”, op. cit., pág. 219, o LOZANO CUTANDA, “La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE”, *Medio Ambiente & Derecho, Revista electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 12-13, 2005, pág. 21.

¹³ Estudiado, entre otros, por JORDANO FRAGA, “Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 119, 1990, o SORO MATEO, *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2005.

Finalmente, creemos que también es un impedimento para el logro del objetivo de eliminación de las externalidades el mantenimiento en la LRMA de la exclusión de responsabilidad cuando no pueda identificarse al operador y en los supuestos de daños difusos u originados por contaminación difusa. En este sentido, los artículos 4.5 DRM y 3.3 LRMA establecen que “*sólo se aplicará a los daños medioambientales o a la amenaza inminente de tales daños, causados por una contaminación de carácter difuso cuando sea posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos*”. Es decir, que sólo será aplicable el régimen de responsabilidad previsto en esta Ley a los casos de contaminación difusa cuando no sea contaminación difusa, sino que se conozca el operador concreto que efectivamente la ha causado. Al respecto, es preciso comentar que, a veces, no se puede identificar a un agente o a un número determinado de ellos como causantes del daño (por ejemplo, en el caso del cambio climático, de la lluvia ácida, etc.), si bien puede ser conocido que dicho daño se origina por la actividad conjunta de una determinada tipología o naturaleza de actividades y, en otras ocasiones, incluso, se trate de daños más focalizados en cuanto a su origen aunque no sea posible determinar exactamente la contribución de cada actividad a la causación global del daño, como ocurre en los supuestos de multicausalidad¹⁴. Así, dentro de la dificultad probatoria que entraña la multicausalidad, en unos casos resultará más fácil o posible que en otros establecer la vinculación causal a que se refiere la Ley.

2.3. El grado de aplicación práctica de la LRMA

Desde la entrada en vigor de la LRMA (2007), hasta 2017, es decir, en un periodo de diez años de vigencia de esta Ley, se han tramitado en España un total de 34 expedientes conforme a la misma¹⁵; lo que significa que, sobre unos 320.000 operadores de actividades

¹⁴ Desde la perspectiva civilista, resulta de gran interés el estudio realizado por BARRIA DÍAZ sobre la causación del daño a cargo de varios sujetos independientes, como forma de intervención plural de agentes en la producción de un daño, y de la causalidad alternativa, referida a la actuación de varios sujetos en la realización de determinada actividad que finaliza en la causación de un daño por alguno de los integrantes del grupo pero del que se desconoce su identidad, que encontramos en su obra *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*, La Ley, Madrid 2010, págs. 110 y sig.

¹⁵ Datos obtenidos del informe al Consejo Asesor de Medio Ambiente previsto en la Disposición Adicional Undécima de la Ley 26/2007 de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, sobre la evaluación de su aplicación, elaborado por el Ministerio para la Transición Ecológica en Julio de 2018, y del informe remitido por España a la Unión Europea en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 de la Directiva de

del anexo III que se calcula que existen en España, la tramitación de expedientes para dilucidar si han de imponerse medidas de reparación han afectado a un porcentaje absolutamente inapreciable de dichas actividades al año. Además, todos los expedientes tramitados lo han sido exclusivamente en relación a supuestos del apartado 1, 8 y 9, y de estos, algunos expedientes han sido archivados por determinarse la no existencia de responsabilidad conforme a esta Ley.

El escaso número de expedientes tramitados es considerado en los informes referidos a pie de página como un éxito del aspecto preventivo de la LRMA, pero también puede ser indicativo de algunas de las insuficiencias del sistema que hemos comentado, que se traducen en una escasa aplicabilidad de éste.

En cualquier caso, de los expedientes tramitados, pueden obtenerse ciertas conclusiones: que la LRMA sólo se aplica cuando se ve afectado más de un recurso por los hechos causantes del daño ambiental, pues en los casos en que se ve afectado un solo recurso se recurre a la tramitación por vía sectorial; asimismo, que sólo se ha aplicado hasta ahora a daños generados por operadores del Anexo III (en ningún caso otros operadores no del anexo III); y que sólo se ha aplicado en supuestos de daños, pero no de amenazas. Pero quizá los dos datos que más interesantes nos resultan ahora, a los efectos de este estudio, son los siguientes:

- No ha habido ningún supuesto de aplicación de medidas de responsabilidad ni tramitación de expedientes por daños multicausales ni, lógicamente, se ha aplicado a supuesto alguno de contaminación difusa. Luego la LRMA no ha tenido como efecto el ofrecer una solución al problema de las externalidades derivadas de estas situaciones, ni ha tenido aplicación más allá de supuestos de contaminación accidental o derivada de manipulaciones puntuales causantes de accidentes.

responsabilidad medioambiental (*Spanish report: Questionnaire on the experience gained in the application of the Directive pursuant to Article 18(1) in conjunction with Annex VI of the ELD*), elaborado por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en 2014. Tampoco son muchos más los expedientes tramitados en el resto de países de la Unión Europea. Según el informe del Ministerio de Transición Ecológica, elaborado a partir de los informes enviados por los Estados miembros en el año 2013 a la Comisión Europea, únicamente Alemania y Grecia superaban 20 expedientes hasta ese año.

- En ningún caso se han aplicado medidas compensatorias o complementarias como consecuencia de la tramitación de estos expedientes¹⁶. Sólo primarias.

De estos datos sobre la aplicación práctica de la LRMA podemos concluir que, aunque dicha Ley supone un importante avance en la lucha contra la vulnerabilidad ambiental por sus virtudes expuestas, no resuelve aún la problemática derivada de actuaciones o actividades autorizadas que generan daños propiamente ambientales de difícil determinación ni logra su objetivo de eliminar las externalidades, al menos, con mayor claridad, en los supuestos de daños multicausales o de origen difuso.

3. ALGUNAS CUESTIONES DE PROSPECTIVA SOBRE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL POR DAÑOS ORIGINADOS POR ACTIVIDADES.

3.1. Las posibilidades de ampliación del sistema en el marco de la DRM

Las insuficiencias comentadas y la constatación de su escasa aplicabilidad práctica nos llevan a pensar que la normativa sobre responsabilidad ambiental aún es susceptible de determinadas adaptaciones que permitieran una mayor eficacia para la satisfacción de los principios generales que la inspiran; especialmente, el principio quien contamina paga, mediante la reducción o eliminación de las externalidades, y el de restauración ambiental, a través de la implementación efectiva de las medidas de reparación compensatoria. Y es probable que las líneas prospectivas en este sentido hayan de centrarse en ámbitos como la flexibilización de la prueba del nexo causal o la redefinición de las opciones reparadoras con la articulación de una mayor vinculación entre la normativa de responsabilidad y la de evaluación ambiental.

¹⁶ Véase al respecto la tabla 4 del citado Spanish report, “Medidas de reparación que se han llevado a cabo para reparar los daños ambientales generados”.

Al respecto de esta cuestión, hemos de partir del hecho de que el sistema de responsabilidad definido por la DMR es un sistema de mínimos¹⁷, como expone en su Considerando 29 y se desprende claramente del texto de su artículo 16, en el sentido de que los Estados pueden implementar el sistema que ésta propone o adoptar otro mejor, dejando así un amplio margen de libertad a los Estados para regular determinadas cuestiones. En esta pretensión, y en cuanto ahora nos interesa, el artículo 9 establece, por ejemplo, que los Estados miembros pueden regular supuestos de imputación de costes más garantistas para los objetivos de reparación ambiental en caso de varios responsables.

España no ha hecho uso de este margen. La LRMA no adopta un sistema más exigente o garantista que el de la Directiva, resultando escasas las diferencias respecto a las previsiones de aquélla. En todo caso, la Disposición Adicional 2ª de la LRMA deja en manos de las Comunidades Autónomas la posibilidad de regular mayores exigencias a través de normativa adicional de protección, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.23º de la Constitución.

3.2. La necesidad de flexibilización del requisito de la prueba de la relación de causalidad: la teoría de la “probabilidad causal”

El establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva conlleva el evitar la prueba del requisito subjetivo para poder exigir a un operador la reparación del daño que ha causado. Basta con que se haya producido el daño a consecuencia de su actividad para que surja la obligación de reparar, independientemente de si se ha actuado de forma intencionada o no, o de forma negligente o diligente. Luego, en realidad, en un régimen de responsabilidad objetiva, sería el elemento causal el determinante de la procedencia o no de tal responsabilidad, adquiriendo la prueba del nexo causal, si cabe, un papel más relevante. Sin embargo, el hecho de que no se requiera la acreditación de la culpabilidad para exigir responsabilidad por daños ambientales no significa que resulte fácil hacer efectivo ese principio de quien contamina paga pues, en el caso de los daños ambientales, la mayor dificultad para quien reclama, que será la Administración competente, se presenta en la labor de acreditar ese nexo causal entre el daño ambiental y la actividad de un determinado

¹⁷ Véase ALONSO GARCÍA, “La Ley de responsabilidad medioambiental a vista de pájaro, desde el prisma de la comparación del sistema europeo con el norteamericano”, en LOZANO CUTANDA (Dir.), *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, op. cit., pág. 13 y sig.

operador¹⁸. Esa dificultad, en muchas ocasiones, proviene de la insuficiencia de la Ciencia, lo que convierte así la justificación de este requisito en el principal obstáculo para la efectividad de este mecanismo.

Y esta problemática es aún mayor en los supuestos de daños multicausales o con pluralidad de responsables (supuestos en los que el daño es causado por la intervención de varios operadores o personas, en los que es complejo determinar el grado de participación de cada uno respecto al resultado dañino final) y de daños difusos (cuando los responsables no están claramente delimitados), que resultan así ser daños huérfanos o daños respecto a los que no ha sido posible determinar su generador y por los que nadie responde y cuya reparación, cuando sea posible, asumirá pues la sociedad.

La LRMA no ha ofrecido solución a esta problemática. Únicamente ha establecido una presunción de causalidad en la producción de daños y amenazas inminentes de las actividades del Anexo III, al establecer, en su artículo 3.1, que:

“Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el Anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma de que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo”.

Cuando el daño ambiental se deba a la actividad de estas instalaciones, sólo hay que acreditar, pues, con la revisión del listado del anexo, que la misma resulte “apropiada” para causar el daño o su inminente amenaza para que se considere a ésta como causante del daño¹⁹.

¹⁸ Dicha prueba se ha determinado tradicionalmente conforme a unas teorías desarrolladas por la Jurisprudencia (teoría de la *conditio sine qua non*, de la causalidad adecuada, de la equivalencia de condiciones, de la imputación objetiva), que se muestran muchas veces insuficientes por la ambigüedad científica o las diferentes opiniones periciales. Después de demostrar la causalidad general, a través de estas teorías, se acreditará la causalidad específica (que la concreta actividad del operador ha sido causante del específico daño que se pretende reparar). Vid. GARCIA AMEZ, *Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2015, en pág. 248.

¹⁹ De esta forma se resuelve en parte el problema de inoperancia que suponía la teoría de la causalidad antes de la LRMA. En cualquier caso, opino que ese problema de inoperancia sigue existiendo actualmente, al menos en lo relativo a los daños multicausales y difusos.

Esta presunción de causalidad es la que, según se dice en el apartado II del preámbulo de la LRMA, refuerza el carácter objetivo del régimen de responsabilidad medioambiental. Y, ciertamente, es lo que realmente dotaría de eficacia al sistema de responsabilidad medioambiental. La auténtica objetividad del sistema de responsabilidad a que se refiere la Ley no es así sino el efecto de esta presunción genérica de causalidad con la que se desplaza al operador de las actividades del Anexo III la carga de tener que acreditar alguna de las situaciones del artículo 14.2 (que ha actuado diligentemente o correctamente ajustado a licencia y a los conocimientos técnicos del momento) si quiere evitar la responsabilidad que se le atribuiría objetivamente por el simple desarrollo de su actividad, apropiada para producir tal daño; es decir, se traslada al operador la carga de la prueba de la inexistencia de una “culpa” que consistiría en la inobservancia de lo establecido en la normativa, la autorización o el conocimiento técnico. Si el operador demuestra haber actuado conforme a la norma y a la autorización y que no podía conocer las consecuencias dañinas de su actividad conforme al estado de la ciencia (en definitiva, prueba que su actividad, que era adecuada para causar el daño por tratarse de una actividad del anexo III, no pudo ocasionarlo), se rompería esa presunción y no procedería exigir tal responsabilidad.

De este modo, la actual configuración del régimen de responsabilidad de la LRMA abre la puerta a considerar que un régimen de responsabilidad objetiva en el caso de los daños ambientales requiere, en definitiva, de una flexibilización de la teoría de la causalidad más que de la valoración o no de la intencionalidad o negligencia (elemento subjetivo), puesto que ese elemento subjetivo, de un modo u otro, siempre existirá en los supuestos de causación de daños ambientales, aunque sea desde el entendimiento de que si se ha causado un daño es porque no se han adoptado las necesarias medidas ofrecidas por la Ciencia para evitarlo.

Este recurso a la presunción de causalidad como solución a las limitaciones del sistema de responsabilidad tradicional ya había sido adoptado por otras regulaciones de nuestro entorno, como la UmweltHG alemana o la CERCLA estadounidense (*potential responsible parties*)²⁰, que han establecido el deber de afrontar la reparación de daños ambientales a los operadores por el hecho de estar dentro de una de las categorías de responsables que establece la norma. También es la idea que podemos extraer del sistema de *Market Shared Liability*, o responsabilidad por cuota de mercado²¹, que se aplicaba en EEUU a partir del asunto *Sindell*

²⁰ Vid. ALONSO GARCÍA, “La Ley de responsabilidad Medioambiental ...”, op. cit., págs. 33 y sig.

²¹ Estudiado por BARRIA DÍAZ, *El daño causado...*, op. cit., págs. 332 y sig., y por GARCÍA AMEZ, ...

v. *Abbott Laboratories*, de gran interés al efecto de este estudio. Según esta teoría, el grado de responsabilidad va a ser proporcional a la cuota de mercado que ocupe el operador respecto al total de operadores existentes en el mismo.

Pero todas estas teorías plantean, en el fondo, una nueva problemática: la generación de situaciones de injusticia y desincentivo que, en definitiva, se traducen en un problema de ineficacia desde otra perspectiva. Sólo por pertenecer a una de las categorías de potencialidad contaminante previstas en la norma o por participar en ese “mercado”, se va a responder, independientemente de cuál sea la “limpieza” de la actividad y la diligencia del concreto operador. Y, precisamente, podría ocurrir que, en la práctica, por la diligencia en la adopción de medidas preventivas, no hubiera una adecuada correlación entre la contribución de una actividad concreta al daño y su cuota de mercado, respondiendo en mayor grado actividades que hayan adoptado más y mejores medidas de prevención sólo por tener mayor cuota en dicho mercado y, por el contrario, viendo minimizada la responsabilidad que les correspondería actividades más contaminantes y negligentes, pero con menor cuota. En consecuencia, con esta previsión no se incentivan procesos limpios.

De todos modos, como decíamos, estos sistemas resultan de gran interés pues prescinden de la necesidad de acreditar el nexo de causalidad para determinar la existencia de responsabilidad. Así, teniendo pues en cuenta que la LRMA ya ha establecido una presunción del daño (amenazas de daños), una presunción general de la relación de causalidad, y ha eliminado la necesidad de probar elemento subjetivo con la determinación de un régimen de objetividad, no sería tan descabellado plantear, como posible nuevo fundamento de la responsabilidad ambiental, una teoría de la “probabilidad causal”²², basada en la distribución

Responsabilidad por daños al medio ambiente, op. cit., págs. 249 y sig.

²² La aceptación de la prueba de la relación de causalidad en situaciones de “alta probabilidad” o probabilidad determinante ya se ha producido jurisprudencialmente, como han estudiado en el ámbito de la responsabilidad civil, entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, CABANILLAS SÁNCHEZ o DE MIGUEL PERALES. Véase al respecto las citas bibliográficas referidas por BARRIA DÍAZ, *El daño causado ...*, op. cit., pág. 293. En contra de la presunción de causalidad en supuestos de responsabilidad colectiva desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual, véase MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-civitas, Madrid, 2007, págs. 396 y 397, o “[Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual \(y extracontractual\): la doctrina de la pérdida de oportunidades](#)”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 128, 2009, págs. 31 a 74. Véase también, por parte de la doctrina administrativista, GOMIS CATALÁ, en *Responsabilidad por daños al medio*

de la causalidad entre todos los operadores de cada sector contaminante en el que no pueda determinarse con precisión la participación de cada uno de ellos en un concreto daño total, conforme a unos índices de probabilidad, correspondientes a cada actividad u operador, determinados a través de un “análisis de probabilidades”. Esta distribución de la responsabilidad entre los diferentes operadores partiría de una presunción inicial de cuotas de responsabilidad adecuada a la probabilidad de cada uno de causar tales daños ambientales, y asignadas a cada operador en función de la naturaleza y entidad de su actividad y del número de operadores existentes en dicho sector. Posteriormente, para depurar esa presunción inicial y ajustarla en mayor medida a la situación real, tras el oportuno análisis o estudio realizado por la Administración competente para el control, se procedería a una redistribución de tales cuotas entre dichas actividades contaminantes que operan en el determinado sector en atención a las medidas de prevención o evitación adoptadas por cada uno de sus operadores o a las circunstancias que normativamente deban preverse (por ejemplo, si dispone o no de Sistemas de Gestión Medioambiental, si se han realizado auditorías y revisiones, la capacidad de regeneración del medio afectado, etc.), estableciéndose así el índice de probabilidad causal que correspondiese finalmente a cada operador y que sería determinante de la cuota de responsabilidad sobre el total que correspondería asumir a cada uno de ellos.

De este modo, realmente, la objetividad de la responsabilidad se fundamentaría pues en una disección del factor de probabilidad que recoge la LRMA: por una parte, la presunción de la probabilidad de generar el daño que actualmente ya adopta la Ley en atención a la potencialidad de determinadas actividades para causarlo; y, por otra, la presunción de la distribución de esa probabilidad entre las actividades implicadas, o proporción del riesgo atribuible al funcionamiento de cada actividad adecuada para generar el daño de origen múltiple en atención a las circunstancias concretas de cada una de dichas actividades. Así, se requeriría acreditar no sólo la potencialidad para generar el daño (sistema actual de listas) sino también, en un esfuerzo adicional, valorar las probabilidades de contribuir a su producción global según esas circunstancias concretas de cada actividad del sector, con la finalidad de repartir la cuota de responsabilidad con criterios de proporcionalidad y mayor

ambiente, Aranzadi, Pamplona, 1998, y su magnífica [Tesis doctoral](#), dirigida por MARTÍN MATEO, defendida en 1996, en la que aborda esta cuestión y hace referencia a la doctrina civilista. Finalmente, sobre el valor del criterio de probabilidad cuando no hay certeza de la relación causa efecto y el principio “more probable than not”, de la jurisprudencia anglosajona, véase CAFFERATA y GOLDENBERG, *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, págs. 32 y siguientes, quien parte de considerar la relación de causalidad como el punto débil de la responsabilidad ambiental (pág. 41).

justicia. El procedimiento administrativo se encaminaría, por lo tanto, a valorar y distribuir tales probabilidades, determinando los índices-porcentajes correspondientes finalmente a cada actividad, en función de las medidas de prevención o evitación adoptadas por cada cual conforme a la naturaleza de la actividad presuntamente contaminante.

La mayor virtud de este sistema consistiría en que, sin restar garantías respecto al sistema actual, se incentivaría más la adopción por los operadores de medidas de prevención y diligencia que permitieran esa redistribución de las cuotas de responsabilidad iniciales, al valorarse la adopción de dichas medidas como criterio de reducción de los índices de probabilidades de causación de daño inicialmente asignados a la actividad en función de su potencialidad dañina. Por otro lado, invertimos así el rol del operador, actualmente pasivo, consistente en escudarse en el cumplimiento de las normas y de los condicionados de su autorización para no tener que asumir el coste de las medidas reparadoras, para que adopte un rol activo permanente en la adopción de tales medidas que le permitan justificar una reducción de los índices de probabilidad inicialmente asignados a su actividad y, en correlación, su cuota de responsabilidad sobre el total del daño causado por todas las actividades implicadas.

Este sistema podría adoptarse directamente por los Estados en relación con la regulación de los daños multicausales sin vulnerar el sistema ni los objetivos de la Directiva, pues, como hemos visto, ésta remite a la normativa de Estados respecto a la imputación de los costes en supuestos de varios responsables. Asimismo, sería acorde con la actual previsión de la responsabilidad mancomunada que hace el artículo 11 de la LRMA, que requiere acreditar en qué medida contribuye cada operador a la producción del daño para repartir la responsabilidad en tales supuestos. Tampoco se opone esta teoría, sino que más bien la dota de contenido, a la previsión establecida en el artículo 3.3 LRMA, que dispone la aplicación de la Ley a los daños medioambientales de carácter difuso “si es posible establecer un vínculo causal entre los daños y las actividades de operadores concretos”²³. Por lo tanto, una

²³ En idénticos términos se expresa el artículo 4.5 de la Directiva. También en su Considerando 13 se dice que, para que el mecanismo de la responsabilidad sea eficaz, “es preciso ... establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales”.

determinación del vínculo causal por probabilidades, cuando fuera posible, permitiría extender la aplicación de la LRMA a estos daños, actualmente considerados externalidades, y dotaría de significado a estas previsiones legales mencionadas.

3.3. La necesidad de vinculación de las medidas de reparación complementaria y compensatoria de la LRMA a los sistemas de compensación previstos en la LEA y, en especial, a los bancos de conservación.

Como es sabido, la LRMA determina tres tipos de reparación: primaria, complementaria y compensatoria. La “reparación primaria”, concepto con el que se denomina a toda medida correctora que restituya o aproxime al máximo los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados a su estado básico, es la opción prioritaria de entre estas medidas de reparación previstas, fundamentada en la valoración del daño “recurso-recurso” o “servicio-servicio”²⁴. La “reparación compensatoria”, que consistiría en toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales o servicios de recursos naturales que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto, tendría inicialmente un carácter adicional a la reparación primaria, sólo para el caso de que se hubieran producido esas pérdidas provisionales. La “reparación complementaria”, definida como toda medida correctora adoptada en relación con los recursos naturales o los servicios de recursos naturales para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados, sólo procedería entonces en el supuesto de que la reparación primaria hubiera sido insuficiente, pero existente.

En cualquiera de los casos, las reparaciones complementaria y compensatoria se prevén pues como formas de reparación adicional a la reparación primaria, respecto a aquellos daños que no alcanzan a recuperarse con ésta. Pero, como se puede observar, proceden tras la

²⁴ Sobre la valoración de los daños ambientales, vid. CASTELLANO JIMÉNEZ, “Capítulo X. Valoración de los daños a los recursos naturales”, en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, op. cit., págs. 369 a 393. También BELTRAN CASTELLANOS, *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*, Aranzadi, Pamplona, 2018, y su magnífica tesis doctoral *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental, con especial referencia a las Garantías Financieras*, dirigida por Germán VALENCIA MARTÍN, 2017, que dedica el capítulo III a la determinación de la significatividad y cuantificación del daño ambiental.

implementación de las medidas oportunas de reparación primaria. Así, conceptualmente, la restauración ambiental incluye no sólo la reparación primaria, sino también, cuando procedan, la compensatoria y complementaria (restauración funcional y reparación alternativa equivalente), adicionalmente, pero no sustitutoriamente²⁵.

En la práctica, como apuntábamos anteriormente, y a pesar de su previsión, se observa una inaplicación total de estas modalidades reparadoras adicionales. Podríamos pensar, por lo tanto, que la reparación primaria ha sido suficiente para lograr una restauración total en los supuestos expedientados, y no se han requerido estas medidas; o, en el peor de los casos, que no se han recuperado las pérdidas funcionales o provisionales.

La cuestión fundamental que se plantearía, entonces, cuando no sea posible una reparación primaria (lo cual ocurre si el daño es irreparable o conlleva un coste de reparación desproporcionado), es si regula o posibilita la LRMA una reparación alternativa a la reposición de los recursos dañados, como modalidad principal de reparación, en el sentido dado al concepto de compensación en la Ley de Evaluación Ambiental para la compensación de impactos ambientales²⁶.

El artículo 1.16 de la LRMA parece abrir la puerta a esta posibilidad en la propia definición de “medida reparadora”, a la que se refiere como “toda acción o conjunto de acciones, incluidas las de carácter provisional, que tenga por objeto reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, o facilitar una alternativa equivalente a ellos, según lo previsto en el anexo II”. También el artículo 23.2 del Reglamento se refiere a

²⁵ Es entendible, no obstante, que una interpretación conjunta de los conceptos de reparación complementaria y compensatoria, en el sentido de entender procedente la reparación complementaria no sólo en el caso de que la reparación primaria no haya sido suficiente para la plena restitución sino también en el caso de que no se haya podido restituir nada, acompañada de una reparación compensatoria no destinada sólo para reparar las pérdidas provisionales sino también a compensar cualquier funcionalidad ambiental perdida, permitiría abordar una completa restauración ambiental, con un alcance pues que podría considerarse sustitutivo de una reparación primaria. Pero, a la vista de las definiciones de estas tipologías de medidas que ofrece la LRMA, podemos concluir que éstas no equivalen por sí mismas a la idea de compensación de impactos ambientales de la legislación de evaluación ambiental, que permite la adopción de medidas de compensación de impactos ambientales en sustitución de las medidas reparadoras y en lugares diferentes a los que se ven afectados por los proyectos o actividades que implican dichos impactos.

²⁶ No se muestra a favor de esta opción ROCASALVA, *La responsabilidad medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2018, pág. 329.

las medidas de reparación complementaria y compensatoria desde la perspectiva de la equivalencia, al determinar que éstas pueden consistir en la *creación de nuevos recursos naturales o servicios equivalentes a los dañados*²⁷. Y tampoco por parte de la Directiva parece haber problema en admitir esta posibilidad, pues, al definir las medidas de reparación compensatoria, recurre al ejemplo de proporcionar recursos naturales y/o servicios equivalentes de menor coste en otro lugar (la LRMA, sin embargo, no ha transcrito este ejemplo en su texto).

Sin embargo, la Ley de Evaluación Ambiental, posterior en el tiempo a la LRMA, como sabemos, es más explícita que la propia LRMA, al establecer en su D.A. 8ª que “Los créditos de conservación podrán constituir las medidas compensatorias o complementarias previstas en la legislación de evaluación ambiental, *responsabilidad medio ambiental* o sobre patrimonio natural y biodiversidad, con el objetivo de que los efectos negativos ocasionados a un valor natural sean equilibrados por los efectos positivos generados sobre el mismo o semejante valor natural, en el mismo o lugar diferente”.

Esos créditos de conservación a que se refiere la LEA se generan a partir de la constitución de Bancos de conservación de la naturaleza o *Habitat banking* (Clean Water act de 1977 y Endangered Species Act de 1973), que realmente son proyectos u obras que crean valores ambientales por parte de empresas o entidades dedicadas a esta labor, con la pretensión de compensar funcionalmente daños a otros recursos naturales. La posibilidad de recurrir a los créditos de conservación como medida de reparación compensatoria en lugar diferente al dañado conllevaría la necesidad de plantear la responsabilidad, y concretamente la reparación,

²⁷ Asimismo, los criterios de equivalencia de las medidas compensatorias (recurso-recurso o servicio-servicio) regulados en el punto 1.2.2 del Anexo II del reglamento de responsabilidad ambiental resultarían útiles referencias a efectos del establecimiento de las medidas compensatorias y de la articulación de los bancos de conservación de la naturaleza y utilización de los créditos de conservación como medida compensatoria para la reparación. Además, en el punto 1.2.3 se dice que “*si no es posible utilizar criterios preferentes de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio, se aplicarán técnicas de valoración alternativas*”, y en el punto 1.3.2 se dispone que *podrán elegirse medidas reparadoras primarias que no restituyan por completo, compensándolas mediante medidas de reparación complementaria o compensatoria que proporcione un nivel similar de recursos o servicios, que se determinarán de conformidad con el punto 1.2.2*”. Sin duda, estas previsiones se han hecho pensando en una posibilidad de sustitución de los recursos o servicios dañados por otras medidas alternativas que los compensen. Por otro lado, podemos comprobar cómo la LRMA da pie a la posibilidad de una reparación alternativa, que no coincida con la reparación primaria, con la previsión de la reparación convencional en su artículo 46.1, en el que se dispone que “*En cualquier momento del procedimiento podrán suscribirse acuerdos entre la autoridad competente para resolver y el operador o los operadores responsables con el fin de establecer el contenido de la resolución final ...*”.

desde la perspectiva de la recuperación de la funcionalidad ambiental perdida por la actividad dañina, y no del recurso específico dañado, y aceptar la creación de un mercadeo de estos créditos entre operadores generadores de daños ambientales irreparables y titulares de los bancos de conservación o de los créditos positivos generados²⁸. En este sentido, se partiría de la consideración de un balance de funcionalidad ambiental respecto del que el objetivo de la restauración sería lograr el reequilibrio de dicho balance alterado. La reparación ambiental se entendería entonces desde la perspectiva del Principio *no net loss* (no pérdida neta), de tal modo que consistiría en la imposición y adopción de medidas que compensaran esa balanza ambiental hasta la total recuperación del neto ambiental perdido.

En todo caso, en consonancia con las previsiones actuales, los créditos de conservación a que se refiere la LEA serían útiles ya a los efectos de la reparación complementaria y compensatoria a que se refiere la LRMA; y entendemos que también tendrían cabida como única forma de reparación, aunque con carácter subsidiario a la reparación primaria, para los casos en que ésta no sea posible o no proceda. En la propia normativa sobre responsabilidad ambiental encontramos herramientas que darían cobertura a esta posibilidad²⁹.

Sin embargo, no hay una vinculación de la LRMA a la LEA en este sentido. Entre otras cosas la LRMA considera como medidas de responsabilidad las obligaciones de prevención que prescribe, pero sólo las que se impongan con base en el análisis de riesgos, sin establecer relación alguna con las medidas de prevención.

La cuestión es: ¿por qué no se vinculan las obligaciones de prevención y evitación, así como las de reparación derivadas de la aplicación de la LRMA a las previsiones de corrección o compensación de los estudios de impacto ambiental? Sin alusión o revisión de éstas,

²⁸ Sobre esta cuestión, vid. CONDE ANTEQUERA, “La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, págs. 979-1005.

²⁹ En este sentido, el Anexo II del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo parcial de la LRMA, en su punto III, al referirse al “Análisis de equivalencia de recursos”, así como en el punto VIII a la “Tasa de Intercambio”, ofrece herramientas metodológicas para calcular la cantidad de recursos y servicios similares a los dañados que deben generarse a través de la reparación complementaria y compensatoria. Esta metodología podría resultar válida, incluso, a los efectos de valorar el total de créditos de conservación necesarios para la reparación compensatoria.

directamente se establecen medidas de prevención o evitación en aplicación de la LRMA cuando, quizá, en la evaluación ambiental de la actividad ya se valoraron y determinaron las acciones a desarrollar en caso de que se produjera tal suceso³⁰.

Una vinculación entre ambas normativas podría traducirse en una utilización más eficiente, desde el punto de vista jurídico y práctico, de los instrumentos que ambas regulan. Así, por ejemplo, los estudios de impacto ambiental, entre otras cuestiones, identifican y analizan los riesgos de accidentes graves o catástrofes y analizan los probables efectos adversos significativos en el medio ambiente en caso de ocurrencia (artículo 5.c. LEA), lo que también es una de las principales utilidades de los Análisis de riesgos ambientales; asimismo, en el Punto 7 del anexo IV de la LEA se ofrece la posibilidad de utilizar el “Análisis de riesgo medioambiental” de la LRMA para la revisión de dichos riesgos de accidente y sus efectos; y es indudable el interés del anexo II de la LRMA y de su Reglamento de desarrollo parcial para la articulación de los bancos de conservación de la naturaleza, en cuanto se regulan los criterios de equivalencia de las medidas compensatorias del punto 1.2.2 y 1.2.3.

En definitiva, en nuestra opinión, si la responsabilidad ambiental ha de encontrar su principal concreción en la restauración, y dicha restauración no puede obtenerse o sería incompleta mediante la adopción de medidas de reparación primaria, o bien la aplicación de éstas resultase desproporcionadamente costosa, la responsabilidad deberá estar necesariamente conectada a la normativa de prevención y las medidas compensatorias previstas en los estudios de impacto ambiental podrían servir a tal finalidad.

Esto puede suponer que el futuro del sistema de responsabilidad ambiental, al menos en cuanto a la arista de la reparación complementaria-compensatoria, esté marcado por el recurso a los créditos de compensación originados en bancos de conservación de la naturaleza.

³⁰ En este sentido, el artículo 1.14 de la LRMA define la “Medida preventiva” o “medida de prevención”, como *“Aquella adoptada como respuesta a un suceso, a un acto o a una omisión que haya supuesto una amenaza inminente de daño medioambiental, con objeto de impedir su producción o reducir al máximo dicho daño”*.

4. CONCLUSIONES

La responsabilidad por daño ambiental es un instrumento jurídico para la protección del medio, pero también presenta un componente moral y social. Desde estas perspectivas, no siempre responsabilidad ha de asociarse a culpa. Sin embargo, la LRMA, por diversos motivos (limitación del ámbito de aplicación del sistema de responsabilidad objetiva, determinación de supuestos de exclusión y establecimiento de casos en los que el operador no ha de asumir el coste de las medidas reparadoras), no ha logrado aún evitar las externalidades e implementar el principio quien contamina paga, principalmente en supuestos de multicausalidad y de contaminación difusa. En consecuencia, la LRMA no resuelve aún definitivamente la problemática de la vulnerabilidad ambiental derivada de actuaciones o actividades autorizadas, sobre todo cuando se generan daños propiamente ambientales de difícil determinación.

Un sistema de responsabilidad que avance en la eliminación de externalidades y en la real implementación del principio quien contamina paga (y sólo quien contamina), ha de apostar por una flexibilización en el rigor del requisito de la prueba del nexo causal, para poder adecuarse a las características del daño ambiental (especialmente a los de origen multicausal y difusos). Pero establecer, con carácter general, una presunción absoluta de causalidad origina una importante problemática de injusticia y desincentivo. Por ello, a medio camino entre la rigidez de la prueba de este nexo causal, que haga inviable a veces la instrumentalización de la responsabilidad, o la de la presunción de causalidad, sin más, que la haga injusta o ineficaz desde otra perspectiva, podría articularse un sistema de responsabilidad basado en la acreditación no ya de la causalidad, sino de las circunstancias que permitan repartir la cuota de probabilidad causal correspondiente a cada operador que contribuya a un daño de origen colectivo en función del número de operadores participantes. A la determinación así de unos iniciales *índices de probabilidad variables*, correspondientes a cada actividad u operador, habría de seguir una labor de ajuste de dichos índices para lograr una distribución, adecuación o reparto final del porcentaje total de probabilidad entre dichos operadores implicados en atención a los criterios que normativamente se establezcan, que determinarían la cuota proporcional final de responsabilidad de cada uno de ellos.

En este sentido, avanzaríamos hacia un sistema de responsabilidad por riesgo, proporcional a la significatividad de la amenaza generada por cada operador, aplicable a supuestos de multicausalidad y, aunque en menor medida, respecto a los supuestos de contaminación difusa, aunque podría representar o una interesante línea de avance en estos casos.

Por otro lado, si el objetivo de un sistema de responsabilidad ambiental ha de ser la implementación del principio quien contamina paga y del logro efectivo de la restauración ambiental, la reparación compensatoria a través de la adquisición de créditos generados en bancos de conservación de la naturaleza se plantea como una opción de gran interés a tal fin, capaz, al menos, de lograr la restauración del equilibrio del neto ambiental alterado cuando no sea posible o factible una reparación primaria. Resultaría pues de gran interés que el Reglamento que se ha aprobar en desarrollo de la LEA para la regulación de estos créditos aborde también su funcionalidad reparatoria en supuestos de responsabilidad.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J.F., El régimen público de responsabilidad por daños ambientales en la legislación española y en la directiva de responsabilidad ambiental. *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de responsabilidad por Daños Ambientales y su incidencia en el Ordenamiento Español*. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2005.
- ALONSO GARCÍA, E. La Ley de responsabilidad medioambiental a vista de pájaro, desde el prisma de la comparación del sistema europeo con el norteamericano. En: LOZANO CUTANDA, B. (Dir.). *Comentarios a la Ley de responsabilidad medioambiental*. Pamplona: Thomson-Civitas, 2008.
- BARRIA DÍAZ, R. *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*. Madrid: La Ley, 2010.
- BELTRAN CASTELLANOS, J.M. *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*. Pamplona: Aranzadi, 2018,
- ; VALENCIA MARTÍN, G. (Dir.). *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental, con especial referencia a las Garantías Financieras*. Tesis doctoral. Alicante: Universidad de Alicante, 2017. Disponible en:

https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/82734/1/tesis_jose_miguel_beltran_ca_stellanos.pdf (Fecha de último acceso 30-02-2020).

CAFFERATA, N.; GOLDENBERG, I. *Daño ambiental. Problemática de su determinación causal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

CASADO CASADO, L. Atribución de responsabilidades (arts. 9 a 16). En: LOZANO CUTANDA, B. (Dir.). *Comentarios a la Ley de responsabilidad medioambiental*. Pamplona: Thomson-Civitas, 2008, pp. 229-292.

CONDE ANTEQUERA, La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014, pp. 979-1005.

ESTEVE PARDO, J. *Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

GARCIA AMEZ, J. *Responsabilidad por daños al Medio Ambiente*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2015.

GOMIS CATALÁ, L.; MARTÍN MATEO, R. (Dir.); DESANTES REAL, M. (Dir.). *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Tesis doctoral. Alicante: Universidad de Alicante, 1996. Disponible en: <https://es.slideshare.net/FIOGERALD/gomiscatallucat11> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

– La Ley de Responsabilidad Medioambiental en el marco del Derecho de la Unión Europea. En: LOZANO CUTANDA, B. (Dir.). *Comentarios a la Ley de responsabilidad medioambiental*. Pamplona: Thomson-Civitas, 2008.

JORDANO FRAGA, J., Responsabilidad por daños al medio ambiente. En: *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. ESTEVE PARDO, J. (Coord.). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006.

– Responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente. *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 119, 1990.

– La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad ambiental. En: *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de responsabilidad por Daños Ambientales y su incidencia en el Ordenamiento Español*. Cizur menor: Thomson Aranzadi, 2005.

- LOZANO CUTANDA, B. La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE. *Medio Ambiente & Derecho, Revista electrónica de Derecho Ambiental*, n. 12-13, 2005.
- MEDINA ALCOZ, L. *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*. Madrid: Thomson-civitas, 2007.
- Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): la doctrina de la pérdida de oportunidades). *Revista de responsabilidad civil y seguro*, n. 128, 2009, pp. 31 a 74.
- ROCASALVA, C.G. La responsabilidad medioambiental. En: *Atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, de transposición de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*. Barcelona: Atelier, , 2018.
- SORO MATEO, B. Consideraciones críticas sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Responsabilidad Ambiental. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 35, 2009, pp. 185-221.
- *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*. Madrid: Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Medio Ambiente, 2005.
- VALENCIA MARTÍN, G. El impacto (favorable) de la Directiva 2004/35/CE en el sistema español actual de responsabilidad por daños ambientales. En: JORDANO FRAGA, J. *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de responsabilidad por Daños Ambientales y su incidencia en el Ordenamiento Español*. Cizur menor: Thomson Aranzadi, 2005.
- La responsabilidad medioambiental. *RGDA*, n. 25, 201

X. Sanción administrativa y restauración de daños ambientales

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF

RESUMEN:

El objeto principal de este trabajo es analizar los distintos problemas que plantea la articulación entre la responsabilidad por infracciones administrativas de la normativa ambiental y el deber de reparar los daños causados al medio ambiente, y ello tanto en el sistema general de responsabilidad de corte subjetivo como en el de responsabilidad objetiva del operador introducido por la Ley de Responsabilidad Medioambiental.

ABSTRACT:

The work's main purpose is to analyse the various problems posed by the interrelation between the responsibility for administrative infringements concerning environmental regulations and the duty to remedy any damage caused to the environment, both with regard to the general system of a subjective nature as well as the strict liability of the operator introduced by the Environmental Liability Act.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad medioambiental; Sanciones administrativas; Restauración de daños ambientales; Responsabilidad objetiva

KEYWORDS: Environmental liability; Administrative penalti; Restoration of environmental damage; Strict liability

SUMARIO

1. Sanción administrativa y reparación de daños: dos potestades distintas pero vinculadas	280
2. La vinculación entre infracción y reparación se rompe en el caso de la responsabilidad ambiental objetiva introducida por la LRM	283
3. La articulación entre la responsabilidad subjetiva para la reparación de daños medioambientales y el procedimiento sancionador	287
4. ¿Qué régimen de responsabilidad se aplica a los daños a los recursos naturales de la LRM cuando falta el elemento de la «significatividad»?	288
5. La (defectuosa) regulación del sistema de reparación de daños por las leyes sectoriales aplicables a los recursos de la LRM.....	291
6. Referencia a otras leyes de protección ambiental cuyo incumplimiento puede dar lugar a daños medioambientales	294
7. La solución a algunos problemas derivados de la configuración del deber de reparar como una consecuencia de la comisión de una infracción	296
7.1. No es necesario que se sancione para que surja el deber de restaurar.....	296
7.2. Es necesario que exista un incumplimiento culpable para que surja el deber de restaurar. La excepción del deber de limpieza y restauración de suelos contaminados.	299
7.3. La determinación del plazo de prescripción del deber de reparar en ausencia de previsión legal expresa.....	303
7.4. El problema de la prescripción del deber restitución y reparación en la legislación de Costas	306

1. SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y REPARACIÓN DE DAÑOS: DOS POTESTADES DISTINTAS PERO VINCULADAS

Ninguna duda ofrece que la responsabilidad por infracciones administrativas y el deber de reparar los daños causados son dos técnicas jurídicas diferentes de tutela ambiental.

En efecto, mientras la potestad sancionadora se concreta en la imposición de una penalidad para reprimir una conducta ilícita, la potestad reparadora consiste en la emisión de órdenes reparadoras para garantizar la integridad de un bien público o de un recurso natural dañado. Sus finalidades, como pone de relieve la doctrina, son también distintas: «mientras que la potestad sancionadora tiene una finalidad fundamentalmente punitiva (aunque también preventiva y de anulación del beneficio ilícito obtenido), la potestad de exigencia de responsabilidad tiene una finalidad principalmente reparadora: mediante la sanción se castiga, mientras que con la exigencia de reparación se pretenden compensar los daños producidos»¹.

Se trata, en ambos casos, de técnicas jurídicas que sirven a la protección del medio ambiente, como lo demuestra el hecho de que ambas aparezcan mencionadas conjuntamente en el art. 45 de la Constitución cuando, en su apartado tercero, dice que para quienes incumplan lo dispuesto en el apartado anterior, relativo a la utilización racional de los recursos naturales, «en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

Lo cierto es que en el Derecho español ambas potestades han estado y están aún en gran medida vinculadas, de tal manera que las leyes configuran con carácter general las medidas reparadoras como una consecuencia de la comisión y declaración de una infracción.

Así resulta del sistema general que se aplica para la reparación de los daños causados por los administrados regulado por la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, «LRJSP») -siguiendo lo anteriormente establecido por la Ley 30/1992-. Según dispone el artículo 28.2 de esta ley, «las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, *que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora*».

¹ I. SANZ RUBIALES, “La exigencia administrativa de responsabilidad por daños al medio ambiente”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 23, 2013.

De lo dispuesto en este precepto resulta: (i) que el deber de reparar o de indemnizar los daños causados se impone al infractor; y (ii) que su determinación corresponde al órgano al que corresponda la potestad sancionadora.

La razón de que el deber de reparar se imponga al infractor es muy simple, pues se trata de la mejor forma de garantizar que se aplique *un sistema de responsabilidad subjetiva*, en el que tal deber se anude al incumplimiento de las normas con la concurrencia de dolo o culpa.

Podrían, claro está, utilizarse procedimientos diferenciados y, una vez declarada la comisión de una infracción, abrir una vía específica para imponer la reparación de los daños, pero si el legislador no ha optado por esta vía ha sido, posiblemente, por razones de economía procedimental. Así lo reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2000 (rec. de casación para la unificación de doctrina 1471/1995), en la que se dice que el hecho de que el deber de restaurar se configure «como una medida que complementariamente puede ser impuesta al infractor, no tiene el significado de atribuirle un carácter o naturaleza jurídica de medida sancionadora propiamente dicha, pues obedece más bien a un mero propósito de economía procedimental, concentrando en un solo procedimiento, sin merma alguna de garantías, dado el plus de las que adornan al sancionador, el haz o conjunto de decisiones derivables de aquel acto de alteración o modificación».

Parece lógico, por tanto, que, si los incumplimientos culpables de las normas son tipificados como infracciones administrativas por nuestro ordenamiento, se utilice el procedimiento sancionador no solo para imponer la sanción sino también para exigir la restauración de los daños causados. Parece lógico, es cierto, pero no deja de presentar problemas como expondremos más adelante.

Este carácter puramente instrumental del procedimiento sancionador se ve confirmado por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo «LPAC»), cuando en su art. 85.2 dispone que el pago voluntario por el presunto responsable de la sanción, en cualquier momento anterior a la resolución, «implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.» El procedimiento sancionador continuará así, aunque ya se haya impuesto la sanción en cuantía reducida, a los solos efectos de determinar el deber de reposición e indemnización de los daños y perjuicios causados.

2. LA VINCULACIÓN ENTRE INFRACCIÓN Y REPARACIÓN SE ROMPE EN EL CASO DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL OBJETIVA INTRODUCIDA POR LA LRM

Pues bien, con el sistema expuesto -que podemos denominar de responsabilidad subjetiva para la reparación de los daños causados-, ha venido a romper la Ley 26/2007, 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (en lo sucesivo «LRM»), al regular un sistema para la prevención y la reparación de los daños medioambientales completamente autónomo de los ilícitos administrativos.

Ello es así porque, cuando se produce un daño que causa efectos adversos significativos en alguno de los recursos naturales que entran en el ámbito de aplicación de esta ley -lo que se denomina «daño medioambiental»- y el daño ha sido provocado por un operador de las actividades económicas o profesionales del anexo III, el operador estará obligado a responder al margen de cualquier tipo de culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento. Para el resto de los operadores, la responsabilidad objetiva se aplica sólo a las medidas de prevención y de evitación de daños medioambientales, que en este trabajo vamos a dejar al margen.

Por consiguiente, en el caso de daño medioambiental cometido por un operador del anexo III, estamos ante un régimen de responsabilidad objetiva y ello explica que no se aplique a este caso el vínculo general que establece, como hemos visto, la legislación administrativa entre el deber de reparar y la comisión de una infracción.

Así, el artículo 6 de la LRM dispone que «en los supuestos de concurrencia de responsabilidad medioambiental con procedimientos penales o sancionadores se aplicarán las siguientes reglas: a) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores de actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, *con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.*»

Pero, además, la LRM establece la independencia, en todo caso, del procedimiento para la exigencia de responsabilidad medioambiental a cualquier operador -tanto de carácter objetivo como subjetivo-, con la tramitación de un procedimiento sancionador por las

infracciones reguladas en la propia ley. Esto es también lógico, pues carece de sentido que los procedimientos sancionadores por los incumplimientos de los deberes de prevenir o de reparar establecidos en la LRM paralicen el propio procedimiento de prevención o reparación. El artículo 36.2 de la LRM dispone así que «la tramitación de un procedimiento sancionador por las infracciones reguladas en esa ley no postergará la exigencia de las obligaciones de adopción de medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación previstas en esta ley, que serán independientes de la sanción que, en su caso, se imponga».

Este reconocimiento de la absoluta independencia del deber de reparación respecto de los procedimientos sancionadores —que, repetimos, se aplica por este precepto solo para las infracciones de la propia LRM—, supuso una novedad importante en nuestro Derecho, que chocaba con la tradicional vinculación entre la potestad sancionadora y la reparadora, por lo que no es sorprendente que se elevara una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 36.2.

El órgano judicial remitente de la cuestión consideraba que este artículo de la LRM, en cuanto permite la imposición de medidas correctoras sin la previa existencia de una sanción, podría suponer una vulneración del artículo 25.1 de la Constitución. Se argumentaba, en este sentido, que la obligación de reparar el daño medioambiental presupone la existencia de una sanción administrativa impuesta previo el procedimiento sancionador, de tal forma que en los casos en que no se pueda sancionar por haber prescrito la infracción no cabe ya imponer sanción alguna, so pena de vulnerar el art. 25.1 CE.

El Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión en su Auto 145/2012, de 16 de junio, por considerar tanto que no se había demostrado por el órgano judicial remitente que el recurso tuviera una trascendencia constitucional especial (art. 49.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional), como por entender, en cuanto al fondo, que se trataba de una cuestión manifiestamente infundada.

Por lo que aquí interesa, dice el Auto que «la reparación de los daños ambientales y las sanciones administrativas constituyen técnicas jurídicas diferentes de tutela ambiental y, como tales, se encuentran sometidas a un régimen jurídico distinto. Distinción que deriva ya de lo dispuesto en el art. 45 CE, el cual, tras reconocer el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, establece que quienes incumplan la obligación de utilizar

racionalmente los recursos naturales y la de conservar la naturaleza estarán obligados a reparar el daño causado con independencia de las sanciones administrativas o penales que también correspondan. Esa distinta consideración de la obligación de restaurar el daño medioambiental, expresión del interés público en la conservación del medio ambiente que consagra el art. 45 CE, se basa en que la misma pretende la adopción de las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación indebidamente alterada a consecuencia de una actuación que no se ajusta al orden jurídico y que se ve así infringido y eso con independencia de las consecuencias punitivas en forma de sanción administrativa que, en su caso, pudieran derivarse. Es decir, como apunta el Ministerio Fiscal, *para que la medida correctora se imponga no es necesaria la previa existencia de sanción, sino el incumplimiento o la infracción*.

El planteamiento del Auto nos parece correcto en cuanto a la distinta naturaleza de la obligación de restaurar el daño con respecto de las sanciones administrativas que, en su caso, pudieran imponerse, pero, sin embargo, consideramos necesario matizar la afirmación de que «para que la medida correctora se imponga no es necesaria la previa existencia de sanción, sino el incumplimiento o la infracción».

Ello no es así, precisamente, en el caso previsto en el artículo 36.2 de la LRM sobre el que se elevó la cuestión de inconstitucionalidad, lo que se explica porque, aun en los casos de responsabilidad subjetiva del infractor (actividades distintas a las enunciadas en el anexo III de la ley), el incumplimiento que determina la responsabilidad medioambiental es distinto a la infracción de los propios deberes de restauración.

Pero, además, nunca será necesaria la existencia de un incumplimiento o infracción para las actividades que la LRM enuncia en su Anexo III, pues en estos casos la responsabilidad para la reparación de los daños medioambientales se exige de forma objetiva y ni siquiera se requiere la concurrencia de la culpa o negligencia que se pide en el régimen general de responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil. Basta con que concurra un nexo causal para que el sujeto causante de los daños responda aun en situaciones en las que la culpabilidad o negligencia no puedan probarse. Esta responsabilidad objetiva se fundamenta, como es sabido, en la «teoría del riesgo» y en el principio de derecho ambiental europeo «quien contamina paga».

De esta forma, como dice la Exposición de Motivos de la LRM, con su introducción de un sistema de responsabilidad objetiva para los operadores del anexo III esta ley ha venido a completar «el marco legal de protección de los recursos naturales, pues los daños medioambientales con origen en la comisión de infracciones administrativas o penales ya estaban tipificados por las distintas normas sectoriales, las cuales venían estipulando de ordinario la obligación de restitución de los perjuicios derivados de tales actuaciones infractoras».

No podemos dejar de señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad medioambiental, tal como la configura la LRM, se ve «rebajado» o de algún modo desvirtuado por la incorporación de todas las posibles causas de exoneración de responsabilidad previstas en la Directiva 2004/35/CE.

Así, además de los supuestos obligatorios de la fuerza mayor, de los actos derivados de conflictos armados y de las actividades cuya finalidad principal sea servir a la defensa o a la seguridad internacional o la protección de los recursos naturales (art.3.4), la LRM recoge también como causas de exención del deber de sufragar el coste de las medidas reparadoras el caso de los riesgos del desarrollo y cuando el operador se haya ajustado estrictamente a lo establecido en un autorización administrativa específica para la actividad productora del daño (art. 14.2). J. GARCÍA AMEZ denuncia que «en estos casos el régimen objetivo que se impone en la norma española se ve desvirtuado por completo, e incluso, en el caso de las actividades autorizadas, supone el ligar la responsabilidad a la existencia de una infracción administrativa, ya que en tanto no se incumpla lo dispuesto en el título habilitante, que sería el hecho sancionable junto con el resultado dañino, no sería posible imponer responsabilidad ambiental al operador, que siempre que se muestre diligente y cumpla con lo dispuesto por la Administración en el respectivo título va a tener en su favor este supuesto de exclusión de responsabilidad»². Si bien es cierto lo que dice este autor, hay que tener en cuenta que esta última excepción tiene un alcance muy limitado, en cuanto, como dice la ley, se refiere a autorizaciones que permitan específicamente «la emisión o el hecho que sea causa directa del daño ambiental»³.

² J. GARCÍA AMEZ, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 244.

³ Así lo pone de relieve L. CASADO CASADO «Atribución de responsabilidades (arts. 9 a 16)», en *Comentarios a la Ley de Responsabilidad Medioambiental*, B. LOZANO CUTANDA (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 229 y ss. Como dice esta autora, «el objeto de la autorización debe ser la emisión o el hecho productor de

3. LA ARTICULACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA PARA LA REPARACION DE DAÑOS MEDIOAMBIENTALES Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Cuando se trata de actividades económicas y profesionales no incluidas en el Anexo III de la LRM, el deber de reparar los daños medioambientales solo surge en los casos en que medie dolo, culpa o negligencia (art. 19.2).

La concurrencia de culpa se determinará en el procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental, pero, en caso de que este procedimiento concorra con un procedimiento sancionador por los mismos hechos que hubieran originado aquélla, el artículo 6.2.b) de la ley dispone que la adopción de medidas de reparación «será exigible únicamente cuando en el procedimiento administrativo correspondiente se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia». Por lo tanto, aquí la LRM sí se remite a la previa declaración de una infracción.

Ahora bien, incluso en este supuesto en el que se exige la declaración de dolo, culpa o negligencia en un procedimiento sancionador previo, una vez declarado la LRM regula un procedimiento diferenciado para que la Administración imponga al operador la adopción de las medidas de restauración de los recursos dañados, o «medidas de reparación primaria», y, cuando ello no sea posible, las «medidas de reparación complementaria» dirigidas a compensar el daño mediante otras actuaciones en recursos naturales similares al dañado.

La LRM no pretende agotar la regulación este procedimiento por entender que es cuestión que corresponde a las Comunidades Autónomas, pero sí establece una serie de trámites o de garantías en su Capítulo VI, dedicado a las «normas aplicables a los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental», que permiten a las Administraciones competentes tramitar el procedimiento de responsabilidad medioambiental aun en el caso de que el desarrollo autonómico de la ley no se haya producido, completando las posibles lagunas de la ley con las disposiciones de la LPAC.

daños ambientales en concreto y no el desarrollo de la actividad. No basta, por tanto, con que la actividad esté autorizada, sino que lo que ha de estar expresamente autorizado es la emisión o el hecho causante del daño».

Este procedimiento singularizado, que puede iniciarse de oficio o a instancia de interesado, incluidas las ONG ambientales, tiene por finalidad -en cuanto a la reparación de los daños se refiere-, que se dicte una resolución en la que se establezca (art. 45): la descripción del daño medioambiental que se ha de eliminar; la evaluación de dicho daño; la definición de las medidas de reparación que daban adoptarse, acompañadas en su caso de las instrucciones oportunas y definidas con arreglo a los criterios establecidos en el anexo II de la ley; la identificación del sujeto que debe aplicar las medidas y el plazo conferido para su ejecución. En el caso de que la Administración hubiera adoptado ya las medidas en casos de emergencia, la resolución fijará la cuantía y la obligación de su pago por parte del operador.

Un aspecto a destacar en este procedimiento es la previsión de la posibilidad de terminación convencional, por acuerdo entre la autoridad competente y el operador responsable, pues con ello se favorece que el operador acepte voluntariamente proceder a la reparación según las medidas por él propuestas, con el fin de evitar que sea la Administración la que determine unas medidas que le pueden resultar más gravosas.

Este procedimiento independiente para la determinación de la responsabilidad medioambiental es, sin duda, uno de los aspectos novedosos y destacables de la LRM en materia de restauración de daños ambientales, junto con el reconocimiento de la responsabilidad objetiva para los operadores de su Anexo III y con las tres formas de reparación previstas en su Anexo II, todas ellas formas de reparación in natura.

4. ¿QUÉ RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SE APLICA A LOS DAÑOS A LOS RECURSOS NATURALES DE LA LRM CUANDO FALTA EL ELEMENTO DE LA «SIGNIFICATIVIDAD»?

La aplicación del sistema de reparación de los daños previsto en la LRM nos plantea el problema de qué ocurre cuando, aun habiéndose producido una afectación a los recursos naturales de su artículo 2.1 (aguas, suelos, biodiversidad y ribera del mar y de las rías), no se trate, tal como requiere este precepto, de un daño susceptible de producir «efectos adversos significativos» en el recurso natural o, en el caso de daños al suelo, no «suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente».

Cuando falte este elemento del carácter significativo de los efectos del daño –o significatividad del daño, para abreviar, no estaremos ante un «daño medioambiental» del artículo 2.1 de la LRM y por tanto esta ley no le será de aplicación. Como establece el artículo 3 de la LRM, esta ley sea aplica «a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran».

La significatividad del daño es un concepto jurídico indeterminado que deberá apreciarse caso por caso, teniendo en cuenta para ello, en especial, los criterios que aportan los artículos 16 a 18 del Reglamento de desarrollo parcial de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, aprobado por Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre. Los preceptos de este Reglamento han de completarse con la información proporcionada por el Ministerio para la Transición Ecológica (MITECO), en los documentos publicados por la Dirección General de Biodiversidad y Calidad Ambiental y disponibles en su página web, en particular el documento-guía «Determinación de la significatividad del daño en el contexto de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental» (noviembre de 2019).

En particular, en el art. 16 del Reglamento se indican los criterios de significatividad para especies silvestres y hábitats, aguas continentales y marinas y suelo. En el caso de la ribera del mar y de las rías, el precepto dice que los daños ocasionados serán significativos en la medida en que lo sean los daños experimentados por las aguas, por el suelo o por las especies silvestres y los hábitats, de conformidad con lo establecido en los apartados anteriores. Esta regla es lógica dado que la ribera del mar y de las rías no son un recurso natural diferenciado y que su sometimiento al sistema de responsabilidad medioambiental (que no se contiene en la Directiva), se hace por razón de su especial calificación como bienes de dominio público en nuestro país y por la voluntad de reforzar su protección.

Como señala el citado documento del MITECO, la evaluación de la significatividad del daño deber realizarse caso por caso y «en ocasiones esta tarea puede tener cierta complejidad, debido a la incertidumbre asociada a la previsión de los efectos que uno o más agentes causantes del daño pueden ocasionar sobre el medio receptor, especialmente en las situaciones de amenazas inminentes de daños». El Ministerio recuerda por ello que cuando haya dificultades técnicas en la evaluación de la significatividad del daño, tanto el operador como la autoridad competente pueden aplicar el «principio de precaución», en virtud del cual no se requiere una certeza científica de que el daño potencial excederá el umbral de la

significatividad, siendo suficiente con una creencia razonable⁴. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que siempre que los daños tengan efectos demostrados en la salud humana se considerarán como significativos (art. 15.3 del Reglamento).

Reviste especial dificultad la determinación de si un daño es significativo en el caso de las aguas y del suelo cuando tenga ya la calificación de contaminado. Por ello, el art. 18 del Reglamento aporta otro posible criterio al decir que «el carácter significativo de los daños ocasionados a las aguas y al suelo podrá establecerse analizando la afección que el daño haya ocasionado al servicio de acogida o de hábitat que tales recursos prestan a las especies silvestres. A tal efecto, se presumirá que los daños a las aguas y al suelo tienen carácter significativo cuando el daño que experimenten las especies silvestres que habitan en tales recursos como consecuencia de la acción del mismo agente puedan ser calificados de significativos».

Pues bien, siempre que el daño aun afectando a los recursos naturales propios de la LRM no entre en su ámbito de aplicación porque se considere que no produce efectos adversos significativos, deberán aplicarse para la reparación de los daños las previsiones contenidas en la normativa sectorial correspondiente que analizaremos a continuación.

Además, hay que tener en cuenta que la LRM admite la aplicación de estas normas sectoriales incluso para lograr la reparación de los daños significativos, siempre que, como dice su artículo 6.3, los resultados respecto del recurso dañado sean los mismos. De conformidad con este precepto, «si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley».

⁴ Como señala el documento, en el mismo sentido se pronuncia el informe de evaluación REFIT de la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental (SWD(2016) 121 final), en el que se considera que en aplicación del principio de precaución, no es necesaria la evidencia científica de que un daño medioambiental exceda el umbral de significatividad, siendo suficiente con que se tengan motivos suficientes para que creer que sea así (*«reasonable belief»* o «duda razonable»).

Por lo tanto, como señala el citado documento del MITECO, «se aplicará la Ley 26/2007, de 23 de octubre, cuando el daño medioambiental a los recursos incluidos dentro de su ámbito de aplicación se considere significativo, pudiéndose también aplicar la normativa sectorial si se asegura que se ha conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable. Cuando el daño o la amenaza de daño no se consideren significativos, deberá aplicarse, en todo caso, la normativa sectorial correspondiente».

La regla contenida en el artículo 6.3 de la LRM es a nuestro juicio criticable, pues ha permitido que alguna legislación sectorial se «escape» casi por completo, como veremos, de la aplicación del sistema de responsabilidad medioambiental de la Ley 26/2007.

5. LA (DEFECTUOSA) REGULACIÓN DEL SISTEMA DE REPARACION DE DAÑOS POR LAS LEYES SECTORIALES APLICABLES A LOS RECURSOS DE LA LRM

La normativa sectorial aplicable a los recursos naturales que entran dentro del ámbito de aplicación de la LRM está constituida, a nivel de legislación básica estatal, por las siguientes normas: (i) en el caso de las aguas, por el Texto Refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001), el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (Real Decreto 849/1986 con modificaciones posteriores), y Ley de Protección del Medio Marino (Ley 41/2010); (ii) en el caso de la biodiversidad, por la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad; y (iii) respecto de los suelos, por la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados y por el Real Decreto 9/2005 por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.

Nos interesa exponer aquí cómo regulan estas leyes sectoriales el deber de restauración de los daños a los recursos naturales y, en especial, qué sistemas establecen para coordinarse con la Ley 26/2007 aplicable a los daños a estos mismos recursos cuando revistan el carácter de «daños medioambientales». Como veremos, nos encontramos con varias soluciones legales en función del mayor o menor grado de aplicación del sistema de restauración de la LRM.

Empezaremos por la Ley de Residuos y Suelos Contaminados, cuyo artículo 54, tras reiterar la fórmula general de que «sin perjuicio de la sanción que se pudiera imponer, el infractor quedará obligado a la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como a la indemnización de los daños y perjuicios causados, que podrán ser determinados por el órgano competente», precisa que «en los casos de daños medioambientales, el infractor estará obligado a la reparación en los términos de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental».

Con ello se cumple el deber de remisión a la LRM de los daños medioambientales, pero el precepto va más allá y añade que «la metodología de reparación prevista en esta Ley, podrá aplicarse también en los demás supuestos de reparación de daños en los términos previstos en su Disposición adicional novena», lo que supone remitir a las normas previstas en su Anexo II o a las dispuestas con carácter complementario por la normativa autonómica. Al decir la ley «podrá aplicarse» parece que queda al arbitrio de la autoridad competente decidir si el sistema de reparación de la LRM resulta o no adecuado para la restauración de los daños que no revistan carácter significativo.

La Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad parece prever la aplicación de la LRM en todo caso, al decir su artículo 79 que «sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño causado en la forma y condiciones fijadas en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental». Llama, sin embargo, la atención que, a continuación, el artículo añade que el infractor «estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que no puedan ser reparados, en los términos de la correspondiente resolución» cuando, de acuerdo con la LRM, el daño a los recursos naturales únicamente admite las tres formas de reparación previstas en su anexo II, que son todas ellas formas de reparación *in natura*, de modo que, ante la imposibilidad de una reparación primaria, procederá la complementaria, no cabiendo, en ningún caso, la mera indemnización sustitutoria.

Y, en tercer lugar, la Legislación de Aguas puede decirse que incurre «en rebeldía» y pretende huir de la aplicación del sistema de responsabilidad de la LRM incluso para los daños medioambientales.

Así es, porque 323 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (que ha sido completado en la modificación introducida por el Real Decreto 670/2013, de 6 de septiembre), dispone en su apartado 2 que «la reparación de los daños que produzcan efectos adversos significativos al medio ambiente tal como se definen en el art. 2.1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, será exigible en los términos establecidos en el artículo 6.1 y, en su caso, el artículo 7 de dicha Ley».

Se remite por tanto el precepto en primer lugar al artículo 6.1 de la LRM que, como hemos visto, permite que si por la aplicación de otras leyes se obtiene la reparación de los daños medioambientales a costa del operador ya no será preciso tramitar las actuaciones previstas en esta ley. Con ello, en principio se presupone que con el propio sistema de reparación que contiene este Reglamento se obtendrá la reparación de los daños medioambientales a costa del operador.

No es casual que sea precisamente la legislación en materia de aguas la que haga prevalecer en principio su sistema de restauración de los daños ambientales, pues se trata de un ámbito en el que las Confederaciones Hidrográficas son, por lo general, muy eficaces en la imposición al infractor de los deberes de restauración.

Sin embargo, el sistema previsto por el Reglamento del Dominio Público Hidráulico para la reparación de los daños rebaja el nivel de protección establecido en la LRM en cuanto prevé expresamente la indemnización de daños y perjuicios en los casos en los que no fuera posible reponer las cosas a su estado anterior, remitiendo a estos efectos a los criterios de valoración de daños de los artículos 326 y siguientes (art. 323.1 y 4).

El propio Reglamento reconoce que es posible que por aplicación de su sistema de restauración no se consiga la reparación de los daños medioambientales a costa del operador cuando su artículo 323.2 finaliza diciendo que «en su caso», esto es, cuando no pueda aplicarse la previsión del artículo 6.1 de la LRM, se estará a lo dispuesto en el artículo 7 de dicha ley referido a la articulación de las competencias para su aplicación. En particular, este artículo atribuye a la Administración General del Estado la competencia para aplicar la LRM cuando, en virtud de la ley de aguas y de costas, le corresponda velar por la protección de los bienes de dominio público de titularidad estatal y determinar las medidas de reparación de daños.

El art. 323.4 del Reglamento añade que, en todo caso, cualquiera que fuera el sistema aplicado, «la exigencia de reponer las cosas a su estado anterior obligará al infractor a destruir o demoler toda clase de instalaciones u obras ilegales y a ejecutar cuantos trabajos sean precisos para tal fin, de acuerdo con los planos, forma y condiciones que fije el Organismo sancionador competente». Con ello, el Reglamento parece querer dejar clara la exigencia de esta obligación cualquiera que sea el sistema de reparación aplicado.

6. REFERENCIA A OTRAS LEYES DE PROTECCIÓN AMBIENTAL CUYO INCUMPLIMIENTO PUEDE DAR LUGAR A DAÑOS MEDIOAMBIENTALES

Además de las leyes reguladoras de los recursos naturales a los que se aplica la LRM, hay muchas otras normas de protección ambiental cuya infracción puede dar lugar a la producción de daños medioambientales.

Entre ellas, interesa destacar la legislación de evaluación ambiental por la importancia y el carácter transversal que reviste esta técnica de protección del medio ambiente.

Se trata además de un caso interesante porque hasta la actual Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental, se aplicaba un sistema de reparación e indemnización de daños independiente de la comisión de infracciones.

Ello fue así en un principio porque en la regulación de la evaluación de impacto ambiental contenida en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio -que transpuso por primera vez la Directiva de Evaluación Ambiental-, no se preveían sanciones por los incumplimientos de sus preceptos. En caso de incumplimiento, esta norma solo preveía la suspensión del proyecto comenzado a ejecutar y, en su caso, la restitución de la realidad física alterada y la indemnización de los daños y perjuicios causados cuando un proyecto de los sometidos obligatoriamente a evaluación comenzara a ejecutarse sin haberse sometido a este procedimiento o cuando se comprobase la ocultación o falseamiento de datos o el incumplimiento de las condiciones impuestas para la ejecución del proyecto. Se seguía así un procedimiento no sancionador a los solos efectos de declarar la suspensión del proyecto y, en su caso, la restitución de la realidad física alterada.

En el Texto Refundido de la Ley de Evaluación Ambiental de Proyectos de 2008 (Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero), se incorporó ya un régimen de infracciones y sanciones en materia de evaluación ambiental, pero la posibilidad de suspensión de los proyectos y la previsión de la reparación e indemnización de daños mantuvieron una regulación independiente, que no dependía de la tramitación de un procedimiento sancionador.

Pero finalmente, en la actual Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, se ha suprimido la posibilidad de suspender los proyectos iniciados sin haberse sometido a EIA, y la reparación de los daños causados no solo se inserta en el procedimiento sancionador, sino que parece hacerse depender de que las conductas hayan sido objeto de sanción.

Así, el artículo 56.1 de esta ley dispone que «si las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a la Administración Pública o al medio ambiente, carentes de previsión específica en la legislación sectorial, la resolución del procedimiento declarará: a) La exigencia al infractor de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción. A este respecto, cuando la comisión de una infracción de las previstas en esta norma produjera un daño medioambiental, se procederá de conformidad con lo establecido en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental o la normativa que, en su caso, se dicte a tal fin. y b) La indemnización de los daños y perjuicios causados, cuando su cuantía haya quedado determinada durante el procedimiento».

Asistimos así en esta materia a una evolución hacia un deber de reparar que, de configurarse de forma autónoma, pasa a depender de la existencia de una resolución sancionadora.

La consecuencia, especialmente grave, de esta regulación es que se excluye de este deber de reparación e indemnización de los daños causados a las Administraciones públicas, dado que las infracciones en materia de evaluación ambiental únicamente se aplican, como resulta de su artículo 55, en el caso de «proyectos privados llevados a cabo por persona física o jurídica privada».

Otra legislación sectorial cuya infracción puede generar daños medioambientales es la relativa a la autorización ambiental integrada. En este caso, el art. 36 del Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (Real Decreto Legislativo 1/2016),

se limita a disponer que «sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la reposición o restauración de las cosas al estado anterior a la infracción cometida, así como, en su caso, a abonar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados». Se omite así la referencia a que los daños medioambientales se deberán reparar en los términos previstos en la LRM y ello a pesar de que el Real Decreto Legislativo es muy posterior a la Ley 27/2006.

Con mejor técnica normativa sí contiene esta referencia la Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control ambiental de Actividades en la Comunitat Valenciana, cuyo artículo 99 dispone que «en los casos de daños medioambientales, el infractor estará obligado a la reparación en los términos de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental», añadiendo además que «para la reparación de los daños previstos en la presente ley se aplicará la metodología de reparación contemplada en la citada ley».

7. LA SOLUCIÓN A ALGUNOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA CONFIGURACIÓN DEL DEBER DE REPARAR COMO UNA CONSECUENCIA DE LA COMISIÓN DE UNA INFRACCIÓN

7.1. No es necesario que se sancione para que surja el deber de restaurar

El primer problema que plantea la configuración general en nuestro ordenamiento del deber de reparar como una consecuencia o efecto de la comisión de una infracción, es el de si es necesario que se imponga efectivamente la sanción para que se pueda exigir al infractor el deber de restaurar los daños causados.

Alguna ley así parece indicarlo, como ocurre con la Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental que, como ya hemos mencionado, establece que la exigencia al infractor de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción surgirá «si las *conductas sancionadas* hubieran causado daños o perjuicios a la Administración Pública o al medio ambiente».

La jurisprudencia ha reiterado, sin embargo, que no es necesaria la imposición de la sanción, bastando con que se pueda determinar que el sujeto ha cometido la infracción. Entendemos, por ello, que la Ley de Evaluación Ambiental contiene una redacción legal desafortunada que hay que interpretar de acuerdo con el principio general, que la propia ley utiliza a continuación, de que el deber de reparar surge «cuando la comisión de una infracción de las previstas en esta norma produjera un daño medioambiental».

Entre las Sentencias del Tribunal Supremo que han declarado que basta con que se pueda determinar que el sujeto ha cometido una infracción para que surja el deber de reparar podemos citar, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2000 (rec. 1471/1995), dictada en un recurso para la unificación de doctrina.

Se trataba de un supuesto en el que la Sentencia de instancia había apreciado la prescripción de una infracción contra la Ley 22/1988, de Costas, dejando por ello sin efecto la multa, pero no la obligación de demolición de las obras, por considerar que no tenía carácter punitivo y si de mera reposición de las cosas al estado que tenían con anterioridad a la conducta infractora. El recurrente en casación alegaba que el deber de reponer las cosas era una medida complementaria aplicable a los infractores, por lo que no podía imponerse una vez prescrita la infracción, invocando también en este sentido el principio de seguridad jurídica.

El Tribunal Supremo confirmó la Sentencia de instancia, y declaró que «la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado no tiene carácter sancionador en sentido estricto, pues no se trata de un efecto o consecuencia jurídica que el ordenamiento conciba, sólo, como retributivo de la infracción, a modo de pena ligada a ésta; al contrario, es una obligación que deriva, en sí misma, del acto de alteración o modificación del estado de cosas querido por el ordenamiento, que cabe así imponer a quien lo ha realizado, con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias, objetivas y subjetivas, que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y para su sanción como tal».

Esta doctrina ha sido reiterada por otras Sentencias posteriores, entre las que cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2005 (rec. 78/2004), dictada en un recurso en interés de Ley. La Sentencia estima errónea la resolución recurrida, que había declarado que no procedía imponer el deber de reparación de los daños causados al medio ambiente por unas roturaciones ilegales pues, si bien se trataba de una conducta tipificada

como infracción de la entonces vigente Ley 4/1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre, la sanción se había anulado por carecer de la debida tipificación al no haber sido desarrollada normativamente la previsión sancionadora tal como lo preveía la legislación básica. La Sentencia objeto de revisión afirmaba que «para que exista jurídicamente un “infractor” se requiere que exista una resolución que declare la existencia de una conducta tipificada como infractora, y que sea sancionada por la Administración, y únicamente cuando se produzca esta sanción y se declare la existencia de una persona responsable de la misma a la que se impute como infractor es cuando existirá la posibilidad legal de imponerle la obligación de reparar el daño ocasionado y restaurar el medio natural alterado».

El Tribunal Supremo declaró, sin embargo, que ésta es una consideración errónea y que resulta además gravemente lesiva para el interés general en razón de la titularidad colectiva del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado que reconoce el art. 45 CE. Para la Sentencia, «en tanto en cuanto la LCEN tipifique correctamente como constitutivas de infracción determinadas conductas, su autor o autores pueden, lógica y jurídicamente, ser considerados como infractores, ostentando así la posición o cualidad jurídica a la que su artículo 37.2 de la LCEN liga los deberes de reparar e indemnizar», sin que estos deberes constituyan una sanción en sentido estricto, complementaria o añadida a la sanción pecuniaria.

La Sentencia establece así la doctrina de que «en general, y también cuando se ejercite la potestad sancionadora por una Comunidad Autónoma que no haya desarrollado normativamente el artículo 39.1 de la Ley 4/1989, de 27 marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, la imposición de la sanción pecuniaria prevista en dicho artículo no es requisito ni presupuesto necesario para poder exigir al infractor los deberes de abonar los daños y perjuicios ocasionados y de restaurar el medio natural agredido que se prevén en el artículo 37.2 de dicha Ley».

Esta doctrina ha sido confirmada por alguna ley autonómica, como la ya citada Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control ambiental de Actividades en la Comunitat Valenciana, cuyo artículo 99.6 precisa que «la prescripción de infracciones y sanciones no afectará a la obligación de restaurar las cosas a su ser y estado primitivo, ni a la de indemnizar por los daños y perjuicios causados.»

Ninguna duda ofrece, por tanto, que basta con que se pueda acreditar la comisión de una infracción, aunque no sea sancionada, para que surja el deber de reparar los daños causados.

7.2. Es necesario que exista un incumplimiento culpable para que surja el deber de restaurar. La excepción del deber de limpieza y restauración de suelos contaminados.

Tal como resulta del sistema general que se aplica para la reparación de los daños causados por los administrados, regulado con carácter de legislación básica por el artículo 28.2 de la LRJSP y reiterado por la legislación sectorial y autonómica, el deber de reparar o de indemnizar los daños causados se impone al infractor. Se garantiza, de esta forma, la aplicación de un sistema de responsabilidad subjetiva que exige un incumplimiento de las normas con concurrencia de dolo o culpa. Así lo confirma también la jurisprudencia que expusimos en el epígrafe anterior, que para que surja el deber de reparar no requiere que se haya impuesto una sanción, pero sí que se haya determinado la comisión de una infracción.

En la jurisprudencia encontramos, sin embargo, alguna Sentencia que se extralimita en la interpretación de la autonomía de la potestad de reposición respecto de la sancionadora y llega a reconocer una suerte de responsabilidad objetiva para la reparación de los daños causados, que resultaría aplicable aunque el expediente sancionador hubiera sido sobreseído por falta de culpabilidad del infractor.

Este es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Supremo 1519/2016, de 24 de junio (rec. 1444/2015), que trae causa de un expediente sancionador por una construcción ilegal en la servidumbre de protección del litoral que fue sobreseído por considerar que pudo existir en el infractor error invencible derivado de las propias actuaciones de las Administraciones Públicas implicadas. A pesar de ello, se ordena la restitución de los terrenos al estado anterior a la obra basándose para ello la Sentencia de instancia en «la doctrina jurisprudencial constante (de) que las potestades sancionadoras y de reposición de la legalidad son distintas».

El Tribunal Supremo desestima el argumento del recurrente de que, una vez descartada por la sentencia de instancia la culpabilidad del sujeto infractor, no procede ordenarle la reposición. Se alegaba para ello que, según el art. 95 de la Ley de Costas «la acción de

restitución o reparación que ordena la sentencia está dirigida al sujeto “infractor” en su consideración subjetiva, sin que se pueda extender esta obligación de restitución a un supuesto escenario de responsabilidad objetiva que existiría en todo caso, aunque no exista responsabilidad del sujeto».

La Sentencia rechaza este motivo aludiendo a la «compatibilidad de ambas medidas» que «se extrae de la simple lectura del citado precepto, sin necesidad de acudir a “alambicadas” interpretaciones, desde el momento en que el precepto señala que “Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente”».

Esta interpretación no nos parece correcta. Las leyes hacen referencia siempre al «infractor» por lo que la exigencia del deber de reparar se vincula a la existencia de una infracción o incumplimiento culpable.

Así nos lo aclara la Ley de Responsabilidad Medioambiental, pues para que concurra responsabilidad medioambiental cuando no se aplique el sistema de responsabilidad objetiva de las actividades del anexo III, es necesaria la concurrencia de culpa o negligencia y es por ello que la ley dispone que, cuando concurra el procedimiento de responsabilidad con un procedimiento penal o sancionador, la adopción de medidas de reparación «será exigible únicamente cuando en el procedimiento administrativo o penal correspondiente se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia.» De ello resulta que, cuando tal culpabilidad no concurre, ni aún a título de negligencia, no cabe imponer al operador la reparación de los daños.

La doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo citada supone aplicar un sistema de responsabilidad objetiva para la reparación -del tipo del exigido para los operadores de las actividades del Anexo II de la LRM- en un ámbito en el que rige la responsabilidad subjetiva. Entendemos, por ello, que, si el particular fue inducido a error invencible por las Administraciones para construir en la servidumbre de protección, debían haber sido éstas quienes asumieran el deber de reposición de la realidad física alterada.

Un caso particular es el de los daños causados a los suelos, que es una excepción en el panorama que estamos exponiendo en cuanto la legislación consagra un sistema de responsabilidad objetiva para la limpieza y recuperación de suelos contaminados. Así, ya la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos preveía a un sistema de responsabilidad objetiva para la limpieza y recuperación de suelos contaminados, y así lo hace también la vigente Ley 22/2011, de Residuos y Suelos Contaminados (art. 36). Conforme al sistema regulado por esta ley, la obligación de las operaciones de limpieza y recuperación de los suelos contaminados, previo requerimiento de las Comunidades Autónomas, corresponde en primer lugar a los causantes de la contaminación y se imputa de forma solidaria cuando sean varios. En segundo lugar, responderán de esta obligación subsidiariamente, por este orden, los poseedores de los suelos contaminados y los propietarios no poseedores, pudiendo éstos posteriormente repercutir la cuantía al causante.

La responsabilidad subsidiaria prevista en esta norma para los propietarios y poseedores del emplazamiento declarado contaminado es un típico caso de *responsabilidad objetiva estricta o absoluta*, en cuanto que, a diferencia de la responsabilidad objetiva ordinaria, para que surja no se requiere la prueba de un nexo causal entre la actividad dañina realizada y el daño producido. La responsabilidad se imputa *ope legis* a un obligado sin necesidad de que concurra culpa o negligencia ni tampoco de que exista un nexo causal entre su actuación y el daño producido. Se trata, en definitiva, de una responsabilidad *propter rem* derivada de la mera posesión o propiedad⁵.

Estos supuestos de responsabilidad objetiva absoluta no se justifican ni en la «teoría del riesgo» ni en el principio «quien contamina paga», por lo que la legitimidad de este sistema depende de la valoración que se haga, como pone de relieve la doctrina, de «si el objetivo final y de interés general, que no es sino la reparación ambiental, merece un mayor respaldo que los intereses individuales» (pág. 340), si bien también se ha argumentado que la obligación de descontaminar de los propietarios o poseedores surgiría del beneficio que obtienen de la propiedad o de la posesión del suelo⁶.

⁵ Vid., M^a del Carmen BOLAÑO PIÑERO, “Responsabilidad en la limpieza y recuperación de los suelos declarados contaminados o alterados en la normativa de suelos contaminados”, *Revista de Administración Pública*, núm. 196, enero-abril 2015, págs. 331 y ss.

⁶ Vid., Blanca Soro Mateo, *La responsabilidad medioambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Medio

Interesa señalar aquí, incidentalmente, que esta responsabilidad objetiva estricta o absoluta va más allá que la responsabilidad objetiva que impone a los operadores de las actividades del Anexo II la Ley de Responsabilidad Medioambiental. Ello es así porque la LRM aplica un sistema de responsabilidad objetiva ordinaria en el que sí es necesario demostrar la relación de causalidad, si bien esta exigencia de prueba se atempera por la «presunción de causalidad» que consagra su artículo 3. 1. II, en virtud del cual «se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo».

De forma consecuente con el sistema de responsabilidad objetiva que rige en el ámbito específico de los suelos contaminados, la jurisprudencia que aplica el deber de restauración de los daños causados al suelo no exige la concurrencia de una infracción o incumplimiento para imponer el deber de reparación de los terrenos.

Así lo han reafirmado, entre otras muchas, tres Sentencias dictadas en 2018: la Sentencia del TSJ de Justicia de la Comunitat Valenciana núm. 434/2018, de 16 de febrero de 2018 (rec. núm. 516/2013); la Sentencia del TSJ de Cataluña núm. 228/2018 de 20 de marzo de 2018 (rec. 184/2018); y la Sentencia del TSJ de la Comunitat Valenciana núm. 3472/2018, de 13 de julio de 2018 (rec. 432/2016)⁷. En ellas, se atribuye la obligación de limpieza de terrenos contaminados a sus propietarios o poseedores, con independencia de que éstos sean los responsables de la contaminación, y ello bien porque no sea posible identificar a los sujetos responsables o bien porque, en el caso de la primera Sentencia del TSJ de Valencia citada, se estima que la responsabilidad puede atribuirse directamente a los poseedores sin perjuicio de la posibilidad de éstos de repetir los gastos frente al causante de la contaminación⁸.

Ambiente, Madrid, 2005, pág. 72.

⁷ Estas Sentencias han sido comentadas por J. M. BELTRÁN en «Últimos avances en la aplicación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, junio de 2019, págs. 385 y ss.

⁸ Esta Sentencia, aunque es acorde con el sistema de responsabilidad objetiva que consagra la Ley de Residuos y Suelos Contaminados estatal y la Ley de Residuos de la Comunitat Valenciana, no responde a nuestro juicio al sistema de subsidiariedad para exigir la responsabilidad que establecen estas normas, en virtud del cual el poseedor únicamente resulta obligado a la descontaminación en el caso de que no pueda imputarse la

En definitiva, con la excepción general de la LRM y esta excepción sectorial de la obligación de limpieza de los suelos contaminados, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo rige un régimen de responsabilidad subjetiva por los daños causados en el que, si bien se reconoce la distinta naturaleza de la potestad sancionadora y del deber de reparación, éste último aparece como una medida complementaria asociada a los incumplimientos de la normativa aplicable, de tal forma que se exige la declaración de la comisión de una infracción con independencia de que ésta por diversas causas no pueda ser sancionada. En este sistema se utiliza además el procedimiento sancionador para determinar los deberes de reparación del daño causado.

No existe, por tanto, hoy por hoy, una auténtica «independencia» entre las sanciones administrativas y la obligación de restaurar el equilibrio medioambiental. Puede argumentarse que sería deseable la extensión de un sistema de responsabilidad objetiva más allá de los supuestos previstos en la LRM -y posiblemente sea así para algunos casos-, pero será en todo caso el legislador quien tenga que determinarlo, y mientras el deber de reparar se predique del infractor, se está optando por un sistema de responsabilidad subjetiva en el que la apreciación del dolo, culpa o negligencia se hace depender de la apreciación de la existencia de una infracción. Así lo confirma, como hemos dicho, la propia LRM al afirmar que, en los supuestos de concurrencia de responsabilidad medioambiental con procedimientos administrativos, «la adopción de las medidas de reparación de daños medioambientales causados por actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III será exigible *únicamente cuando en el procedimiento administrativo se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia*» [art. 6.2.c)].

7.3. La determinación del plazo de prescripción del deber de reparar en ausencia de previsión legal expresa

Una vez aclarado que la responsabilidad por infracciones administrativas y el deber de reparar los daños causados son dos técnicas jurídicas distintas, aunque se sustancien en el mismo procedimiento, surge el problema de determinar cuál es el plazo de prescripción de la acción

responsabilidad a los causantes de la contaminación. Ello explica que la Sentencia se apoye sobre todo en los deberes de mantener los terrenos en estado adecuado que impone la Ley de suelo no urbanizable valenciana, que no es en absoluto una ley relativa a los suelos contaminados.

de restauración de los daños ambientales. Este problema se plantea porque la mayoría de las leyes (incluyendo la LRJSP), no precisan cuál es el plazo de prescripción de la acción de reparación de los daños y, dado que no estamos ante el ejercicio de la potestad sancionadora no resulta adecuado aplicar los plazos de prescripción previstos para las infracciones y sanciones administrativas. En este sentido, señala G. VALENCIA que «la separación entre ambas clases de responsabilidades tiene varias implicaciones, la más frecuentemente abordada por la jurisprudencia es que la prescripción de la infracción no impide per se la exigencia por la Administración de las responsabilidades pertinentes (por ejemplo, las sentencias del TS de 21 de febrero de 2000, FJ 4º, o de 29 de noviembre de 2001, FJ 4º)»⁹.

Pues bien, la jurisprudencia se ha pronunciado también sobre la cuestión del plazo de prescripción de la obligación de reparar los daños causados, declarando que, a falta de previsión legal específica, será el previsto con carácter general en el art. 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tienen señalado término especial de prescripción, que era de quince años y, tras su modificación por la Ley 42/2015, ahora es de cinco años.

Así lo ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009 (rec. 272/2005), en relación al dominio público hidráulico: «No cabe duda que, en los supuestos de aprovechamientos hidráulicos, derivados de concesiones administrativas o de cualquier otra relación contractual con la Administración, la obligación de reparar o reponer tiene naturaleza contractual y el plazo de prescripción de la acción para exigir su cumplimiento sería, de no existir otro plazo establecido legalmente, el de quince años previsto en el artículo 1964 del Código civil» (que coincide con el que establece el art. 327 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico). Así lo han reiterado numerosas Sentencias, como la del TSJ de Valencia, de 8 de enero de 2013 (rec. 6/2011), que en relación con la Ley 11/1994 de Espacios Naturales Protegidos de la Generalitat Valenciana, establece que «la reparación de los daños ambientales y las sanciones administrativas constituyen técnicas jurídicas diferentes de tutela ambiental, sometidas a un régimen jurídico distinto. En la reparación de daños ambientales, y ante el silencio del legislador, resulta aplicable el plazo general de quince años

⁹ G. VALENCIA MARTÍN, «El impacto (favorable) de la Directiva 2004/35/CE en el sistema español actual de responsabilidad por daños ambientales», en Estudios sobre la directiva 2004/35/CE de Responsabilidad por Daños Ambientales y su incidencia en el Ordenamiento español, monografía 7ª Asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Aranzadi, 2005.

que establece el art. 1964 CC para las acciones personales que no tienen señalado término especial de prescripción (FJ 2)» (en el mismo sentido, véanse las Sentencias del TSJ de Andalucía, núm. 781/2009, de 4 de mayo y núm. 1158/2013, de 10 de octubre).

Ahora bien, con independencia de lo que las leyes sectoriales establezcan o no un plazo de prescripción para la obligación de reparación, cuando se trate de daños medioambientales a los que resulte aplicables la LRM se aplicará el plazo de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó que, conforme a su artículo 4, define el ámbito temporal de aplicación de la ley.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia. La ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2009 dice así que la LRM corrobora o afianza la interpretación jurisprudencial de la autonomía del deber de reparación respecto de la potestad sancionadora y ello porque «a partir de su entrada en vigor, la reparación de los daños y perjuicios al dominio público hidráulico y la reposición de las cosas a su estado anterior, está facultada la Administración hidráulica para exigirlos (artículo 7.3 de la indicada Ley), cuando no deriven de la comisión de una infracción tipificada en el Texto Refundido de la Ley de Aguas o aquella hubiese prescrito, a través del procedimiento y en aplicación de lo establecido en la mencionada Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental.»

Por consiguiente, cuando se trate de daños medioambientales causados por un operador en el ejercicio de su actividad económica, la Administración está facultada para exigir la reparación según el procedimiento y en aplicación de lo dispuesto en la LRM en todo caso (aun en el caso, precisa la Sentencia, de que no existiere infracción o esta hubiera prescrito), por lo que, conforme a su artículo 4, podrá iniciar el procedimiento de exigencia de responsabilidad en el plazo de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó. Este plazo se computa, como precisa este artículo, «desde el día en el que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente causante del daño.»

7.4. El problema de la prescripción del deber restitución y reparación en la legislación de Costas

Un problema específico sobre la prescripción de la obligación de reparar es el que se ha planteado de forma reciente en relación con la Ley de Costas.

El art. 92 de la Ley 22/1988, de Costas, en su redacción originaria anterior a su reforma por la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral, establecía que «el plazo de prescripción de las infracciones será de cuatro años para las graves y un año para las leves, a partir de su total consumación. *No obstante, se exigirá la restitución de las cosas y su reposición al estado anterior, cualquiera que sea el tiempo transcurrido*».

Sin embargo, tras la reforma de la Ley de Costas por la Ley 2/2013 se eliminó esta última referencia a la imprescriptibilidad de la acción de reposición.

Por otro lado, la Ley de Costas dispone en su art. 95.1 que «sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente», y tras la reforma de la Ley 2/2013, se añade, a continuación, que «esta obligación prescribirá a los quince años desde que la Administración acuerde su imposición, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.2 de esta Ley» (este precepto se refiere a la facultad de recuperación posesoria de la Administración, que la puede ejercitar sobre los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre «de oficio y en cualquier tiempo»).

Ante este cambio normativo, se planteó si la supresión del referido inciso del art. 92 de la Ley de Costas implica el sometimiento a plazo de la acción de restitución. Y, en ese caso, dado que el plazo de quince años que establece el art. 95 de la ley lo es para la ejecución forzosa de la orden de restitución, ¿qué plazo hay para iniciar el procedimiento administrativo de restitución?

Los Tribunales mantuvieron distintas interpretaciones¹⁰. Una primera línea jurisprudencial entendía que el silencio en la regulación implicaba la no existencia de plazo, tal como se establecía antes de la modificación del año 2013. El fundamento jurídico de esta postura partía del objeto de protección, que es el dominio público marítimo terrestre y su servidumbre de protección. Se decía así que, dado que los bienes de dominio público son imprescriptibles y que el art. 21 de la Ley de Costas mantiene también que «las servidumbres serán imprescriptibles en todo caso», ante el silencio de legislador sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución debe entenderse también que es imprescriptible, pues el plazo de quince años se establece para la acción para obligar a la reposición o restitución de cosas al estado anterior una vez impuesta ya la obligación por la Administración; a este argumento se añadía la reflexión de que si el legislador hubiera querido establecer un plazo para el ejercicio de la acción lo hubiera hecho¹¹.

Algún pronunciamiento minoritario se inclinaba, en cambio, por entender que una vez prescrita la infracción, prescribe tanto en su vertiente sancionadora como de reposición (de forma que ya no podrá iniciarse la acción de restitución en el plazo de dos años para las infracciones graves y de seis meses para las leves)¹².

Por último, la Sentencia del TSJ de Galicia núm. 712/2016, de 1 de diciembre, entendió que el plazo de quince años era de aplicación también para el inicio de la acción de restitución de la realidad alterada por el infractor. Dice así la Sentencia que «sería ilógico que, pese a existir una resolución se produjese la prescripción, y no se produjese, en cambio, en el caso de no existir procedimiento administrativo».

Esta Sentencia fue objeto del recurso de casación que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo 1194/2018, de 11 de julio (rec. 953/2017). El recurrente sostenía que la eliminación de la referencia que contenía la anterior redacción del artículo 92 de la Ley de Costas a la facultad de reposición en cualquier tiempo suponía que el plazo de prescripción de esa facultad es actualmente el mismo que el de las infracciones.

¹⁰ Vid. J. M^a DOMÍNGUEZ BLANCO, «La imprescriptibilidad de la acción para la restitución de la legalidad en la servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 326, diciembre de 2018.

¹¹ Sentencia del TSJ de Cantabria de 16 de abril de 2015 y Sentencia del TSJ de Galicia núm. 797/2015, de 17 de diciembre (citadas por J. M^a. DOMÍNGUEZ BLANCO, *ob.ult.cit.*).

¹² Sentencia del Juzgado de Pontevedra núm. 29/2017, de 8 de febrero de 2017, citada por J. M^a. DOMÍNGUEZ BLANCO, *ob.ult.cit.*

El Tribunal Supremo desestimó esta alegación y, partiendo del carácter autónomo del aspecto sancionador respecto del de restitución, declaró que con la modificación de la Ley de Costas no se ha alterado la regulación de las obligaciones de restitución y reposición de las cosas al estado anterior a la infracción, dado que el art. 95.1 de la ley no imponía, ni impone, plazo alguno para la imposición de tales obligaciones ya sea por la Administración o por los Tribunales penales. Este plazo, dice la Sentencia, «vendrá, en cada caso, determinado por la naturaleza de la resolución en que se imponga (judicial o administrativa), de las circunstancias concretas del caso y, en fin, del concreto procedimiento, penal o expediente administrativo, en que se hubiera adoptado la decisión».

Se mantiene, por tanto, el carácter imprescriptible de la acción para exigir la restitución. Ahora bien, como la propia Sentencia del Tribunal Supremo reconoce, una vez impuestas las obligaciones de restitución, ahora sí que se establece un plazo máximo de quince años para exigir su cumplimiento con lo que se suscita una nueva cuestión que, como ha puesto de relieve la doctrina¹³, está pendiente de resolver: cuando una orden de restitución no se haya ejecutado en el plazo de quince años, ¿podrá iniciarse un nuevo procedimiento administrativo o bien, en el caso de construcciones ilegales, prima el principio de conservación de la edificación sobre la imprescriptibilidad de la acción de restitución?

Alguna Sentencia ha entendido que, aunque haya prescrito la obligación de ejecutar la orden de restitución, se podría iniciar un nuevo procedimiento al no estar sometida a plazo la acción administrativa (Sentencia del Juzgado de Pontevedra núm. 72/2017, de 7 de abril).

En cambio, en la Comunidad Autónoma de Galicia se ha adoptado una solución legislativa distinta. Así, el artículo 39 de la Ley 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación ha dispuesto que, cuando se produzca el plazo de prescripción de quince años para exigir la obligación de restitución, las obras, edificios, construcciones o instalaciones afectados situados dentro de la servidumbre de protección quedarán en una situación asimilable a la de fuera de ordenación en la que solo se podrán realizar, previa autorización del órgano autonómico competente, «obras imprescindibles para la conservación y el mantenimiento del uso preexistente, sin que puedan incrementar el valor expropiatorio». Se añade que en la resolución que declare la prescripción de la obligación de restitución se recogerá expresamente este régimen específico.

¹³ J. M^o. DOMÍNGUEZ BLANCO, *ob.ult.cit.*, pág. 175.

Este es un ejemplo más de los múltiples problemas que genera el déficit de regulación legal de las obligaciones de reparación derivadas de la comisión de una infracción, En la propia Ley de Costas resulta criticable que no exista ninguna referencia expresa, tras su reforma en 2013, a la necesidad de que en el caso de daños medioambientales su reparación se lleve a cabo conforme a lo establecido en la LRM, limitándose su artículo 95 a reproducir, como hemos visto, la fórmula general (tampoco contiene esta referencia el Reglamento de General de Costas aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre).

Todo ello denota un cierto «cansancio del legislador», que, si ya demuestra poca finura al regular en los últimos artículos de las leyes la potestad sancionadora, aún parece mostrar menos interés por regular adecuadamente la reparación de los daños y perjuicios causados a pesar de su enorme relevancia para la defensa de los intereses público y, entre ellos, el de la conservación de los recursos naturales y del dominio público.

XI. Pasado, presente y futuro de la responsabilidad medioambiental

José Miguel Beltrán Castellanos

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Universidad de Alicante

RESUMEN:

Este trabajo tiene por objeto analizar las principales líneas de evolución del régimen de la responsabilidad medioambiental instaurado por la Ley 26/2007, de 23 de octubre. Se parte del estudio de sus principales características originarias para reflejar los cambios normativos que se han producido a lo largo de estos años y las consecuencias que han traído consigo en el presente. Finalmente, se identifican las cuestiones que están pendientes de resolver para garantizar la eficacia plena del régimen y se plantean propuesta sobre cómo abordarlas.

ABSTRACT:

This paper tackles the main evolution lines of the environmental responsibility regime established by the Law 26/2007, of 23 October. It is based on the study of its main original characteristics to reflect the normative changes that have taken place during these years and the consequences that they have brought about in the present. Finally, this work identifies the pending issues to ensure the full effectiveness of the regime and proposes how to address them.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad medioambiental; Garantías financieras; Daños significativos; Principio de precaución.

KEYWORDS: Environmental liability; Financial guarantees; Significant damage; Precautionary principle.

SUMARIO

1. El pasado.....	311
2. El presente.....	316
2.1. Las garantías financieras	319
2.2. La determinación de la significatividad del daño	324
2.3. La incorrecta aplicación de las medidas de reparación	330
3. El futuro.....	332
4. Bibliografía.....	336

1. EL PASADO

El régimen de responsabilidad medioambiental introducido por la Directiva 35/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DRM), fue, sin lugar a duda, un importante avance en la lucha por la preservación de los recursos naturales de nuestro país. En efecto, el ordenamiento jurídico español desde hace ya tiempo cuenta con numerosas normas destinadas a prevenir los daños ambientales, como son, en sus versiones vigentes, el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, o la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, entre otras. Ello se debe a que el primer objetivo de cualquier ordenamiento ambiental es evitar que se produzcan daños, ya que la mejor manera de proteger el medio ambiente es la prevención, mucho más sencilla y menos costosa que la reparación de un daño. Además, por regla general, los recursos naturales son singulares o de valor incalculable, como la posidonia, las especies en peligro de extinción, los humedales, etc. Ya lo advertía así MARTÍN MATEO¹, al señalar que «el problema fundamental que suscita la reparación de los daños ambientales es el de su expresión en términos de economía monetaria» y añade que «si bien resulta fácil valorar un árbol en función de la madera o de los frutos que produce, el precio obtenido en el mercado a partir de estos bienes no tiene en cuenta su valor ambiental, como mecanismo de

¹ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV, Edisofer, Madrid, 2003, págs. 241-242.

prevención o erosión del suelo, o como hogar de pájaros o insectos o como almacén de dióxido de carbono que de otro modo podría añadirse a los gases responsables del efecto invernadero de la atmósfera».

Sin embargo, la única norma ambiental que tiene una naturaleza casi por completo reactiva, la Ley que tiene por objeto actuar cuando la protección que otorgan las anteriores leyes ha fallado o se estas se han incumplido por los operadores económicos, es la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental (LRM). De este modo, consiste en una regulación que permite exigir la restitución de los recursos naturales al estado en que se encontraban antes de que se produjese la agresión, el hecho contaminante o dañino (vertidos, filtraciones al subsuelo, incendios², etc.). No se trata, pese a que la Directiva de la cual trae causa señale en su título «en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales», de una norma preventiva *strictu sensu*³. Es un aspecto que conviene precisar, pues pese a ello, de la LRM sí derivan algunos efectos preventivos. En primer lugar, esta Ley produce el mismo efecto preventivo que el que tiene el Código Penal para evitar que se comenten delitos, este es, el «efecto disuasorio» que supone la exigencia de que se repare el daño causado, en aplicación del «principio quien contamina paga»⁴, pero de una forma efectiva, con mecanismos útiles (reparación siempre *in natura* del daño ambiental), y su aplicación en sede administrativa por la Administración para dotarle de celeridad y medios técnicos, lo que supone que un operador económico⁵ se piense dos veces relajar su diligencia en el cumplimiento de los requisitos y límites impuestos por el ordenamiento jurídico

² Aunque el Reglamento de Desarrollo parcial de la LRM (aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre), no contempla a los incendios como un agente causante del daño, el [Modelo de Oferta de Responsabilidad Ambiental \(MORA\)](#) los incluye como un agente causante del daño, dada la elevada especificidad de su técnica reparadora, considerándolos como una combinación de agentes físicos y químicos.

³ En el mismo sentido, VALENCIA MARTÍN, Germán, «La responsabilidad medioambiental» *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, pág. 7.

⁴ Como explica JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medioambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 137, el principio «significa optar, entre las diversas alternativas posibles de atribución de los costos de descontaminación (sociedad en su conjunto – contaminador directo), por la solución en la que los costos se imputan al sujeto contaminador».

⁵ La LRM solo se aplica respecto de los daños causados por operadores económicos (art. 1) entendiendo por estos: «cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico» (art. 2.10).

ambiental, y evite así causar daños. Dicho de otro modo, si el deterioro del ambiente se debe, básicamente, al enriquecimiento que lleva aparejado a quien lo causa, lo que va desde talar un bosque, a ocupar una zona húmeda litoral para crear una urbanización⁶, al establecerse la obligación de invertir el beneficio obtenido en la reparación del daño ambiental en aplicación de la LRM, ya no tiene sentido cometer el mismo.

En segundo lugar, la LRM habla de prevención únicamente en un supuesto concreto: en relación con las «medidas de prevención» (art. 2.14). Se puede pensar a simple vista que entonces sí se trata de una ley que previene daños, pero sin embargo, este tipo de medidas únicamente se aplican cuando nos encontremos ante una «amenaza inminente de daño ambiental», esto es, cuando existe una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo (art. 2.13 LRM), por ejemplo, una balsa o tanque que contiene un producto contaminante que está a punto de desbordarse por una rotura, o incluso, el daño ha empezado a producirse -siguiendo con el ejemplo- el fluido contaminante ha empezado de derramarse. Y si este fuera el caso, además de adoptar el operador las medidas necesarias para prevenir el inminente daño ambiental, deberá ejecutar las «medidas de evitación de nuevos daños» (art. 2.15 LRM), por ejemplo, recoger o limpiar el fluido en cuestión para que no se filtre al subsuelo y cause mayores daños que los superficiales al terreno.

En tercer lugar, puede advertirse un efecto preventivo pero completamente indirecto o reflejo de las exigencias de la LRM. Así, la Ley exige para determinados operadores (más adelante se precisará cuáles) contratar una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente a la actividad que se pretendan desarrollar (art. 24 LRM). En este sentido, ninguna aseguradora (o ninguna entidad financiera si se opta por la modalidad de aval) concederá una garantía financiera a un operador que no haya reducido al máximo posible los mayores riesgos de su actividad (por ejemplo, la revisión de materiales e instalaciones y sustitución de los deteriorados, formación de sus empleados en riesgos medioambientales, instalación de sistemas de alerta temprana, etc.), por ello, de manera indirecta se está reforzando la prevención de que un daño ocurra, al reducirse el riesgo de que la actividad pueda causar daños para que esta pueda ser «asegurable».

⁶ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV, op. cit. 270.

Finalmente, y aunque sea adelantarnos al «futuro», la «Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales [2016/2251(INI)]⁷, en su apartado 41, «subraya la importancia de desarrollar una cultura de prevención del daño medioambiental mediante una campaña de información sistemática, a través de la cual los Estados miembros garanticen que los operadores cuyas actividades puedan causar contaminación y las víctimas potenciales reciben información sobre los riesgos que corren, sobre la disponibilidad de un seguro u otros medios financieros y legales que pueden protegerlos frente a dichos riesgos, y sobre las ventajas que pueden derivarse de estos últimos». Por tanto, la difusión de información en materia de responsabilidad medioambiental a los colectivos apuntados también aumentaría, de llevarse a cabo, el efecto preventivo de causar daños.

Por otro lado, además de la LRM, otras normas, al regular la protección de los distintos recursos naturales, prevén la reparación de los daños a los mismos, como el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (art. 323); la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (art. 54); y la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino (Disposición adicional tercera). A estos efectos, la LRM ha influido en estas regulaciones y se modificaron para adaptarse a sus previsiones, generalmente mediante remisiones a la misma, aunque paradójicamente seguimos encontrando previsiones que la contradicen. Particularmente, el artículo 79.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad dispone que «el infractor deberá reparar el daño causado en la forma y condiciones fijadas en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental», pero sigue diciendo que «sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios que no puedan ser reparados, en los términos de la correspondiente resolución». En efecto, esta previsión es totalmente contraria a lo que dispone la LRM, pues como señala VALENCIA MARTÍN⁸, «el daño ambiental sólo consiente (o sólo debería consentir) la reparación *in natura*. En nada contribuye a la reparación de esta clase de daños

⁷ Disponible en [este enlace](#): (acceso: 16 de septiembre de 2019).

⁸ VALENCIA MARTÍN, Germán, «La responsabilidad medioambiental», op. cit., págs. 11-12.

que la Administración perciba una indemnización sustitutoria, aunque solo sea por los *daños irreparables* o no completamente reparados». De hecho, tanto la DRM como la LRM descartan el empleo de la expresión indemnización, y utilizan, de manera constante, incluso en el propio título de la directiva, la palabra reparación⁹. De este modo, el Anexo II de la LRM distingue tres tipos de medidas para reparar el daño, es decir, tres formas de reparación (o una combinación de las mismas), que son todas ellas formas de reparación *in natura*. En consecuencia, ante la imposibilidad de una reparación primaria, procedería la complementaria, que es también por el equivalente, y que consiste en proporcionar un nivel de recursos naturales o servicios de recursos naturales (inclusive, si procede, en un lugar alternativo y preferentemente vinculado geográficamente al lugar dañado buscando como señala JORDANO FRAGA¹⁰ «la proximidad en la reparación») similar al que se habría proporcionado si el lugar dañado se hubiera restituido a su estado básico¹¹.

Con ello se supera lo que establecía el Libro Blanco presentado por la Comisión de 9 de febrero de 2000¹², al disponer que «si, por razones técnicas o económicas, la reparación de los daños no es posible o sólo lo es en parte, el importe de la compensación por el valor del daño que queda sin reparar deberá gastarse en proyectos similares de restauración o mejora de recursos naturales protegidos». Pero como decimos, con la LRM ya no hay indemnización, sino que obliga al operador a reparar en los términos aludidos, evitándose así que la Administración con su excesiva carga de trabajo tenga de diseñar y ejecutar un proyecto de reparación (salvo en los supuestos previstos de actuación directa *ex art.* 23 de la LRM) o que las indemnizaciones nunca se inviertan con esta finalidad por las razones que sean.

Finalmente, y sin detenernos ya mucho más en los primeros pasos de la LRM, es necesario señalar que esta Ley va más allá de la Directiva de la cual trae causa, siendo más exigente que el texto europeo, buscando una mayor efectividad. Y no solo por extender su protección a

⁹ Cfr. GARCÍA AMEZ, Javier, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pág. 93.

¹⁰ JORDANO FRAGA, Jesús, «Responsabilidad por daños al medio ambiente», en ESTEVE PARDO, José (Coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno local, 2006, pág. 453.

¹¹ Vid. BELTRÁN CASTELLANOS, José M., *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 69 y 85.

¹² Bruselas 9 de febrero 2000 COM 66 final, pág. 23.

la ribera del mar y de las rías [art. 2.c)], o por exigir que se adopten las medidas de prevención y de evitación aunque no haya mediado dolo, culpa o negligencia al producirse el daño [art. 3.2b)], sino sobre todo, por establecer un régimen de garantías financieras obligatorias, que en origen se exigía a los operadores de todas las actividades del Anexo III, garantizándose así la disponibilidad de recursos económicos para reparar, al menos parcialmente, los daños causados y buscando que desastres como el acaecido en las minas aznalcóllar no tuvieran que ser reparados, en última instancia, con dinero público. Digo exigía, porque como luego se reflejará, se han dado importantes pasos atrás en esta cuestión.

En definitiva, nos encontramos ante una Ley de innegable perfección técnica, ambiciosa en sus planteamientos, aunque plausible en alcanzar las metas que persigue pues como argumenta MARTÍN MATEO¹³, «el objetivo del ordenamiento ambiental es, como sabemos, evitar que se produzcan daños de esta índole. Si estos no obstante llegan a ocasionarse, lo aconsejable es la erradicación de sus efectos negativos, es decir, la restauración de las circunstancias naturales deterioradas». Por ello, si se aplica correctamente la LRM, esta permite restablecer *in natura*, los recursos naturales que sean dañados por actividades económicas. Por desgracia, la aplicación efectiva de esta norma está siendo lenta¹⁴, las reformas posteriores han rebajado el nivel de exigencia en algunos importantes aspectos y varios de sus postulados no se están cumpliendo o se aplican incorrectamente, como se demostrará en este trabajo.

2. EL PRESENTE

En el año 2008 se aprobó un Reglamento de desarrollo parcial de la LRM, por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, posteriormente modificado por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo. Según explica LÓPEZ RAMÓN¹⁵, «como es sabido, nuestro sistema

¹³ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo IV, op. cit., pág. 253.

¹⁴ En este sentido, en el apartado 27 de la Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, el Parlamento Europeo pide a la Comisión que adopte las normas necesarias para determinar de forma clara e indiscutible los casos en que es de aplicación la DRM y cuándo debe aplicarse en cambio la norma nacional, si es más exigente.

¹⁵ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «[Valoración General: la importancia de las burocracias ambientales](#)» en LÓPEZ RAMÓN, Fernando (Coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2009*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra),

constitucional sólo excepcionalmente admite que lo básico sea definido en normas reglamentarias, de donde deriva la necesidad de ofrecer justificaciones adecuadas de su empleo. En este caso, el fundamento de la vía reglamentaria se refiere al *carácter exclusiva y marcadamente técnico* de la materia regulada». En efecto, el Real Decreto se centra en regular, a grandes rasgos, tres cuestiones cruciales, técnicas y muy complejas, los criterios para determinar la significatividad del daño, la determinación de las medidas de reparación y las reglas para concretar la cuantía de las garantías financieras.

Pues bien, en su texto hay un gran olvidado, un artículo al que no se le ha prestado demasiada atención y que sin embargo es vital para el éxito del régimen, nos referimos al artículo 4 que regula el deber de información y que lo establece en un doble sentido junto con el artículo 6. En primer lugar, el deber de información exige que el operador colabore con la Administración y le comunique aquellas amenazas de daño medioambiental o aquellos daños medioambientales de los que tenga conocimiento a fin de que ésta, en su caso, pueda controlar la correcta aplicación de las medidas de prevención, evitación de nuevos daños y reparación o actuar por sí misma (art. 6). Y, en segundo lugar, incorpora una verdadera obligación para la Administración, y concretamente, para el Ministerio de Medio Ambiente (MITECO), de forma que este, en colaboración con las Comunidades Autónomas y demás Administraciones Públicas debe recopilar, sistematizar y poner a disposición del público aquella información que pueda facilitar a los operadores el cumplimiento de sus obligaciones en esta materia, datos que abarcan desde la determinación del estado básico de los recursos naturales, a los indicadores para valorar y cuantificar los daños, pero entre los que destacaremos los «datos más relevantes sobre experiencias previas de reparación»¹⁶, prácticamente desconocidos hasta fechas muy recientes.

2009, pág. 29.

¹⁶ Asimismo, otro deber de información aunque con un objetivo diferente lo encontramos en el considerando 31 de la DRM: «Los Estados miembros deben poner en conocimiento de la Comisión la experiencia que hayan adquirido en la aplicación de la presente Directiva, de modo que la Comisión tenga elementos de juicio para determinar, teniendo en cuenta las repercusiones en el desarrollo sostenible y los riesgos futuros para el medio ambiente, si es conveniente proceder a la revisión de la presente Directiva». A este respecto, en el apartado 49 de la Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, el Parlamento Europeo pide a la Comisión, en el marco de la revisión de la DRM, que estudie la posibilidad de imponer la obligación a los Estados miembros de presentar informes cada dos años sobre la aplicación de la Directiva.

En concreto, ha sido diez años después de la entrada en vigor del Reglamento, en 2018, cuando en el portal web del MITECO se ha publicado, por fin, en primer lugar, el «informe remitido por España a la Comisión Europea, en aplicación del artículo 18.1 de la Directiva 2004/35/CE», de marzo de 2014. En efecto, se trata de un informe cuyos resultados empleó la Comisión para elaborar su informe COM (2016) 204 final. Si bien, ciertos datos del informe de España se podían inferir del publicado por la Comisión, carecía totalmente de sentido que aquél no estuviera disponible para su consulta por el público interesado. En dicho informe del Ministerio se puede comprobar que desde el 30 de abril de 2007 hasta marzo de 2012 se iniciaron doce casos de responsabilidad medioambiental¹⁷. Y, en segundo lugar, el «informe al Consejo Asesor de Medio Ambiente» remitido por el MITECO en julio de 2018, en cumplimiento de la Disposición adicional undécima de la LRM, y que obliga a informar al Consejo con una periodicidad bienal, lo que denota que, o bien no se ha hecho, o bien dichos informes bienales existen y no han sido publicados. En cualquier caso, el informe publicado en 2018 incluye una relación de los casos de daños medioambientales ocurridos entre los años 2013 y 2017¹⁸. En concreto, en estos años se han producido veintidós casos de responsabilidad medioambiental, por lo que en total desde 2007 hasta 2017 se han reportado 34 casos de aplicación de la Ley. Por último, los informes también afirman que de todos los casos reportados siete han llegado a los Tribunales de lo Contencioso, aunque no señalan expresamente cuáles. En una relación de elaboración propia serían los resueltos por las siguientes sentencias: STS de 4 de noviembre de 2011; STSJ de Valencia, de 8 de enero de 2013; STSJ de Galicia, de 17 de octubre de 2013; STSJ del País Vasco, de 29 de mayo de 2014; STS de 28 de noviembre de 2014; SAN de 30 de mayo de 2016; SAN de 19 de julio de 2016). Procede ahora analizar detenidamente estos y otros datos obrantes en dichos informes para determinar, con la mayor precisión posible, la situación actual del régimen de la responsabilidad medioambiental en España.

¹⁷ Tramitados por las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía, Galicia, Madrid, Extremadura y Canarias y que afectaron a los siguientes recursos: uno hace referencia a los daños producidos al suelo; nueve a las aguas y al suelo; uno a las aguas, al suelo y a la ribera del mar y de las rías; y uno únicamente a las aguas.

¹⁸ Tramitados por las Comunidades Autónomas de Aragón, Canarias, Castilla La Mancha, Cataluña, Galicia, Comunidad de Madrid y Comunidad Valenciana, por daños a los siguientes recursos: dos hacen referencia a daños producidos al suelo; uno al suelo y los hábitat; once a las aguas y al suelo; dos al suelo, a las aguas y los hábitats; dos a las aguas y tres a las especies y los hábitat.

2.1. Las garantías financieras

Los informes a los que hemos hecho alusión abordan, entre otros aspectos, la cuestión relativa a las reformas que durante estos años se han efectuado respecto del régimen de las garantías financieras que la LRM y su Reglamento de desarrollo prevén. En efecto, los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 8/2011¹⁹, de 1 de julio y la Ley 11/2014, de 3 de julio²⁰, así como por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo²¹, trajeron como resultado la drástica reducción del número de operadores obligados a constituir garantía financiera. Actualmente, el Reglamento de desarrollo recoge en su artículo 37.2 las actividades exentas de la obligación de constituir la garantía financiera obligatoria conforme a la previsión del artículo 28.d) de la Ley, y las que sí mantienen dicha obligación. En base al mismo, los operadores obligados son:

- Operadores sujetos al ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre (IPPC).
- Operadores sujetos al ámbito de aplicación del Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (SEVESO).
- Operadores dedicados a la gestión de residuos de las industrias extractivas, cuando se trate de instalaciones clasificadas como de «categoría A», según lo dispuesto en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio.

Es decir, que de los 15 puntos que contiene el Anexo III de la LRM²², únicamente, en el caso del primero y del decimocuarto se mantiene la obligación para los operadores de esas

¹⁹ Vid. LOZANO CUTANDA Blanca, «Garantía financiera obligatoria en materia de responsabilidad medioambiental: novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 8/2011», en Gómez-Acebo & Pombo, noticias breves, agosto de 2011.

²⁰ Vid. LOZANO CUTANDA, Blanca y POVEDA GÓMEZ, Pedro, «Ley 11/2014, de 3 de julio, de modificación de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental: análisis de sus novedades», *Gómez-Acebo & Pombo*, julio de 2014.

²¹ Vid. BELTRÁN CASTELLANOS, José M., «Responsabilidad Medioambiental: ¿Exigir garantías financieras en tiempos de crisis?», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 7, núm. 1, 2016.

²² A pesar de la amplitud de este Listado, el apartado 11 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de

actividades económicas de constituir la garantía financiera. La reducción se justifica, como expresamente declara el apartado II del preámbulo del Real Decreto 183/2015 en que «la experiencia adquirida durante los primeros años de vigencia de este nuevo régimen de responsabilidad medioambiental puso de manifiesto que la exigencia de constituir garantía financiera a todos los operadores del Anexo III de la ley, sin más exenciones que las previstas en el artículo 28, resultaba un tanto desproporcionada teniendo en cuenta que no todos los operadores incluidos en el Anexo III presentan unos mismos índices de peligrosidad y de accidentalidad, y que por ello se consideró oportuno eximir de la obligación de constitución de garantía financiera a los operadores cuyas actividades presentasen bajo riesgo de producir daños medioambientales».

No cabe duda de que las tres categorías de actividades que no quedan exentas «claramente» manifiestan un alto riesgo y nivel de accidentabilidad, como puso de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 2014²³. Ahora bien, los datos obrantes en los informes publicados por el MITECO sobre la aplicación de la LRM dan buena prueba de que no son, ni mucho menos, las actividades que más daños han provocado al medioambiente, al menos en los diez años que abarcan los informes. De los 34 casos de daños ambientales reportados, en primer lugar, la actividad económica que más daños ha producido, con un total de 14 supuestos, es «la fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado liberación en el medio ambiente y transporte *in situ* de

octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM lamenta que «actualmente, haya actividades que pueden tener impactos negativos en la biodiversidad y el medio ambiente, como el transporte de sustancias peligrosas por tuberías, la minería y la introducción de especies exóticas invasoras (sobre la responsabilidad ambiental por los daños causados por especies exóticas invasoras *vid.* BELTRÁN CASTELLANOS, José M., *Fauna Exótica Invasora*, Reus, Madrid, 2019, págs. 115-119) que no están sujetas a la exigencia de responsabilidad objetiva; observa que, en particular con respecto a los daños a la biodiversidad, las actividades contempladas en el anexo III no abarcan lo suficientemente los sectores que podrían causar daños». Por ello, el Parlamento Europeo en el apartado 36 de su resolución «considera prioritario que, en el marco de la revisión de la DRM, la responsabilidad objetiva se amplíe a las actividades no incluidas en el anexo III para todos los daños medioambientales con efectos adversos, a fin de aumentar la eficacia de la legislación en cuanto a la aplicación del principio de *quien contamina paga* y ofrecer un incentivo a los operadores para que lleven a cabo una gestión de riesgos adecuada en relación con sus actividades; pide a la Comisión, en este sentido, que establezca un registro de los operadores que ejercen actividades peligrosas, así como un sistema de control financiero que garantice la solvencia de los mismos».

²³ Disponible en [este enlace](#): (acceso: 17 de septiembre de 2019).

sustancias peligrosas, preparados peligrosos, productos fitosanitarios o biocidas». Sin embargo, en la actualidad, los operadores que ejerzan este tipo de actividad están exentos de la obligación de constituir garantía financiera alguna (aunque pueden contratarla de forma voluntaria), al preverse en el punto 8 del Anexo III de la Ley.

En segundo lugar, hay dos tipos de actividades que han producido 5 casos de daños ambientales cada una, estas son, la explotación de actividades sujetas a autorización IPPC, que sí mantiene la obligación de garantía financiera, (punto 1º del Anexo III) y «el transporte por carretera, por ferrocarril, por vías fluviales, marítimo o aéreo de mercancías peligrosas o contaminantes» que queda, en cambio, exenta de garantía (punto 9º del Anexo III).

En tercer lugar, la actividad de «gestión de residuos, como la recogida, el transporte, la recuperación y la eliminación de residuos y de residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades que estén sujetas a permiso o registro de conformidad con la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados» ha provocado 4 casos de daños medioambientales reconocidos. Dicha actividad también está exenta de la constitución obligatoria de garantía al figurar en el punto 2º del Anexo III de la Ley.

Finalmente, los 6 casos restantes de daños medioambientales se corresponden a otras actividades de las enumeradas en el Anexo III, como la prevista en el punto 5º (vertidos de aguas interiores y mar territorial sujetos a autorización previa) y en el punto 7º (captación y represamiento de aguas sujetos a autorización previa), ambas exentas de la obligación de garantía, mientras que los otros 4 casos corresponden a actividades no incluidas en el Anexo y, por tanto, no sometidas a responsabilidad objetiva ni tampoco a garantía financiera obligatoria. Todo ello nos permite sostener que, de los 34 casos reportados, únicamente en 5 de ellos el operador u operadores responsables estaban obligados a contar, en principio, con una garantía de respaldo para cubrir su responsabilidad, sin perjuicio de que en el resto de los casos, los operadores pudieron constituir la misma de forma voluntaria *ex* artículo 24.1 *in fine* de la LRM (dato que no consta en los informes).

Por otro lado, se debe precisar, además, que la exigencia «real» de constituir garantías financieras obligatorias para las actividades clasificadas con nivel de prioridad 1 conforme a la Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio²⁴, está en vigor desde el 31 de octubre de 2018, tal y como dispone la Orden APM/1040/2017, de 23 de octubre²⁵, por tanto, ni siquiera en realidad en aquellos 5 supuestos de daños causados por actividades IPPC los operadores estuvieron obligados a contar con el respaldo financiero, al ser anteriores a dicha fecha. A mayor abundamiento, la citada Orden señala que las actividades clasificadas con nivel de prioridad 2 deberán contar con una garantía financiera a partir del 31 de octubre de 2019. Pese a todo ello, la gran mayoría de actividades están clasificadas con un nivel de prioridad 3, y respecto de estas recientemente se ha aprobado la Orden TEC/1023/2019, de 10 de octubre²⁶, que retrasa la exigencia de la obligación de constituir garantía financiera dos años más desde su entrada en vigor, es decir, a partir del 16 de octubre de 2021 (16 de octubre de 2022 para las actividades de cría intensiva de aves de corral o de cerdos). En consecuencia, no será hasta pasados 15 años desde que entró en vigor la LRM cuando, por fin, serán efectivas las obligaciones que impone el artículo 24 a todos los operadores económicos [con los límites que señalan el artículo 28 de la LRM y el artículo 37 de su Reglamento de desarrollo].

Todos estos datos nos permiten, además, formular cuatro importantes reflexiones. En primer lugar, si lo pretendido por la Ley con la exigencia de garantías financieras obligatorias a los operadores es, como expresamente declara el artículo 24.1, que éstos cuenten con recursos económicos suficientes para hacer frente a la eventual adopción de las medidas preventivas,

²⁴ Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio, por la que se establece el orden de prioridad y el calendario para la aprobación de las órdenes ministeriales a partir de las cuales será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria, previstas en la disposición final cuarta de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

²⁵ Orden APM/1040/2017, de 23 de octubre, por la que se establece la fecha a partir de la cual será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria para las actividades del anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, clasificadas como nivel de prioridad 1 y 2, mediante Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio, y por la que se modifica su anexo.

²⁶ Orden TEC/1023/2019, de 10 de octubre, por la que se establece la fecha a partir de la cual será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria para las actividades del anexo III de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, clasificadas como nivel de prioridad 3, mediante Orden ARM/1783/2011, de 22 de junio.

de evitación de nuevos daños y de reparación por la responsabilidad ambiental inherente a las actividades económicas que desarrollan, resulta evidente de los datos apuntados, que este objetivo se ha visto claramente mermado con la actual configuración de las actividades que mantienen la obligación de constituir las garantías. Máxime si se tiene en cuenta que en el apartado 14 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, este manifiesta «su inquietud por los casos que ponen de relieve el hecho de que los operadores no estaban en condiciones de soportar los costes de la reparación de los daños al medio ambiente».

En segundo lugar, consideramos que la reducción en la obligación de constituir las garantías financieras puede ser contraria al principio de «no regresión», el cual es una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un proceso solidario con las generaciones futuras²⁷, y que implica la prohibición del retroceso en la protección ambiental como consecuencia de la lucha de intereses (en nuestro objeto de estudio dicha lucha sería el coste o gravamen para los operadores de constituir una garantía financiera para poder ejercer su actividad *versus* la protección de los recursos naturales y el respaldo económico que suponen las garantías para la reparación de los daños ambientales, al menos en parte), y que tiene su última justificación en el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado ex art. 45 CE²⁸, pues un operador con recursos económicos limitados (por ejemplo, las PYMES) y sin garantía financiera, difícilmente podrá adoptar las medidas que la LRM le impone, y en ese sentido, el nivel de protección del medio ambiente es menos garantista. Además, mientras que el Parlamento Europeo en su Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, anima «a los Estados miembros a que adopten medidas para acelerar el desarrollo, por parte de los operadores económicos y financieros correspondientes, de mercados e instrumentos de garantía financiera, incluyendo mecanismos financieros en caso de insolvencia, con el fin de que los operadores puedan recurrir a garantías financieras para hacer frente a sus responsabilidades» (apartado 18), en España damos pasos hacia atrás en este sentido.

²⁷ *vid.* LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho Español» *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, 2011, págs. 13-27.

²⁸ Sobre las regresiones en el Derecho ambiental en los últimos años *vid.* CARREÑO ÁLVAREZ, Santiago M., «La evolución regresiva de la política y el Derecho ambiental en España», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 41, 2018, págs. 15-39.

En tercer lugar, debemos destacar que la práctica totalidad de estos datos (me refiero a los daños producidos en los años de vigencia del régimen) ya se conocían (por el Gobierno) cuando se llevó a cabo la reducción de la obligación en marzo de 2015, pues de los 34 casos reportados, únicamente dos se descubrieron pasadas esas fechas, o dicho en otras palabras, ya se sabía que la mayoría de actividades que habían provocado daños al medio ambiente no están (o no al menos únicamente) en los puntos 1º y 14º del Anexo III, y aun así se optó por la exención en la obligación de las restantes, cuando realmente «no presentan un bajo riesgo de producir daños», criterio en el que se ampara el RD 183/2015 para llevar a cabo la reducción.

Y en cuarto lugar, puesto que el párrafo 2º del artículo 37.2.b) del Reglamento de desarrollo de la LRM dispone que en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor de este real decreto (es decir, en 2020), se realice un estudio que actualice la evaluación del potencial de generar daños medioambientales y el nivel de accidentalidad de las actividades del Anexo III de la LRM exentas de la obligación de constituir la garantía, parece lógico que debería ampliarse el listado de las actividades obligadas, como mínimo, a las que recogen los apartados 2º, 8º y 9º del Anexo III, que durante estos años han provocado el mayor número de daños ambientales (sin perjuicio de los 5 casos de daños causados por las actividades IPPC).

2.2. La determinación de la significatividad del daño

Uno de los aspectos más técnicos y complejos del régimen de la responsabilidad medioambiental es la determinación de la «significatividad del daño». Como ya apuntara MARTÍN MATEO²⁹, «conviene recordar que los perjuicios que se deben prevenir y si esto no ha sido posible reparar, son los que afectan a los grandes sistemas ambientales con una entidad no deseable, lo que no es el caso de aisladas descargas en la atmósfera, en el mar o en ríos caudalosos». En efecto, no todos los daños que sufran los recursos naturales incluidos en el ámbito de aplicación de la LRM (aguas, suelos, biodiversidad y ribera del mar y de las rías, art. 2.1) generarán responsabilidad medioambiental. Para que la Ley pueda ser aplicada, se deberá evaluar si se está en presencia de amenazas de daños o de daños propiamente dichos que produzcan «efectos adversos significativos» sobre los recursos naturales

²⁹ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV, op. cit., pág. 241.

señalados. A estos efectos, la información publicada por el MITECO en su portal web³⁰, nos permite arrojar algo más de luz en la realización de esta difícil tarea prevista en el artículo 2.1.a) y el Anexo I de la LRM y desarrollada por su Reglamento (artículos 15 a 18).

En base a los informes publicados, dicha evaluación debe hacerse «caso por caso», y en ocasiones puede revestir cierta complejidad debido a la incertidumbre asociada a la previsión de los efectos que uno o más agentes causantes del daño pueden ocasionar sobre el medio receptor. En cualquier caso, y a fin de simplificar en tiempo y coste esta tarea, tanto el operador como la autoridad competente pueden aplicar el «principio de precaución», cuyo objetivo es garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente y, en consecuencia, de los recursos naturales susceptibles de sufrir el daño, de forma que «cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas efectivas para impedir la degradación del medio ambiente». De este modo, como afirma SORO MATEO³¹, «el principio de precaución debe jugar su papel en situaciones de riesgo en las que estadísticamente se desconoce si se va a producir el daño y en situaciones de incerteza, en las que se desconoce si se va a producir el daño y, en su caso, el alcance del mismo». En consecuencia, el daño medioambiental deberá considerarse significativo aunque, por la complejidad de la evaluación del daño, no exista evidencia científica de que se exceda el umbral de significatividad, siendo suficiente con que se tengan motivos razonables para que creer que sea así (*reasonable belief* o «duda razonable»)³². Por otro lado, en cuanto al momento en el que debe llevarse a cabo la evaluación de la significatividad, ésta puede realizarse tanto con carácter previo al inicio del procedimiento de

³⁰ Nos referimos, en primer lugar, al «Protocolo de actuación en caso de incidente y procedimiento administrativo» (en adelante Protocolo) que proporciona unas pautas de actuación a seguir, tanto a los operadores como a la Administración competente, en caso de que se produzca un incidente que provoque un daño medioambiental o amenaza inminente de daño medioambiental, en el contexto de la LRM. Además, desarrolla el procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental, que contempla las distintas fases en las que intervienen tanto la autoridad competente, como los interesados y operadores. Y, en segundo lugar, al documento «Estructura y contenidos generales de los proyectos de reparación de daños medioambientales» (en adelante Documento estructura y contenidos) que ofrece una descripción, conforme a lo que establece la normativa de responsabilidad medioambiental, de la estructura y contenido que debe considerar el operador para la elaboración de la propuesta de proyecto de reparación que debe presentar a la autoridad competente.

³¹ SORO MATEO, Blanca, «Construyendo el principio de precaución», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 49-50, 2017, pág. 134.

³² «Protocolo de actuación en caso de incidente y procedimiento administrativo», 2018, pág. 62. Disponible en la página web del MITECO (acceso: 14 de septiembre de 2019).

exigencia de responsabilidad medioambiental, como durante la tramitación del mismo, dependiendo de cuándo el operador o la autoridad competente haya tenido conocimiento del incidente, así como de la naturaleza del mismo y su evolución. En concreto, la evaluación de la significatividad es realizada en primer término por el operador y en el proyecto de reparación que debe elaborar (art. 20.2 del Reglamento) se recopilarán los datos y criterios en base a los cuales determinados daños fueron considerados como significativos. Posteriormente, el operador presentará los datos e información que apoyan la evaluación de la significatividad ante la Administración, atendiendo al criterio escogido, sin olvidar que la autoridad competente también puede, en determinados casos, evaluar la significatividad de los daños medioambientales.

Ahora bien, como paso previo a la evaluación de la significatividad, es necesario que el operador responsable «identifique y cuantifique el daño medioambiental ocasionado», para lo cual deberá tener en cuenta lo recogido en los artículos 8 y siguientes, y en el Anexo I del Reglamento. En este contexto, y atendiendo a lo establecido en el artículo 15 del Reglamento, en dicha tarea deberán considerarse los siguientes aspectos: la identificación del agente causante del daño (si es físico, químico, biológico o un incendio), la cuantificación del daño (que obliga a determinar parámetros como su extensión, intensidad, duración o reversibilidad) y la variación de otros parámetros como el estado de conservación del recurso afectado, y como el daño ha afectado a su integridad física o nivel de calidad y, además, los riesgos que el daño comporta para la salud humana o para el medio ambiente asociado al recurso afectado.

Realizadas las tareas señaladas, el operador estará en condiciones de proceder a determinar si el daño es significativo. A estos efectos, la primera regla a aplicar es que si los daños tienen efectos demostrados en la salud humana, siempre se considerarán como significativos (apartado 1º del Anexo I de la LRM). Sobre la forma de valorar los efectos sobre la salud humana, el apartado III del Anexo I del Reglamento establece que «para la valoración de forma específica de los efectos sobre las especies silvestres y la salud humana se considerará cualquier vía de exposición a través del aire, el agua y el suelo, incluyendo la ingestión, la

inhalación y la absorción»³³. Sin embargo, como afirma MARTÍN MATEO³⁴ «es evidente que los avances ya logrados en el control de la contaminación impiden que la salud humana se vea seriamente afectada, salvo los episodios circunscritos. Pero hay prácticamente igual certeza que la tierra será relativamente pronto inhabitable para la especie humana, aunque la vida seguirá con otras pautas evolutivas», por lo que no hay razón alguna para no sustituir urgentemente el criterio de que los daños sobre la salud humana son siempre significativos, por el de que los daños «a la vida» son significativos, al menos si son de cierta entidad. En el mismo sentido, el Parlamento Europeo en el apartado 10 de su Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, lamenta que, en la DRM, los incidentes se definan como «graves» solo si se producen víctimas mortales o heridos graves, sin que haya una clara referencia a las consecuencias para el medio ambiente; destaca, por tanto, que, aunque no cause muertes ni lesiones graves a personas, un incidente puede tener un impacto grave sobre el medio ambiente por su magnitud o porque afecte, por ejemplo, a zonas protegidas, especies protegidas o hábitats especialmente sensibles.

Pues bien, tal y como está actualmente configurada la LRM y su Reglamento, si no se han producido daños a la salud deberá procederse a evaluar la significatividad por referencia al recurso natural dañado (art. 16 del Reglamento), aplicándose como ya se ha apuntado, el principio de precaución, lo que vamos a ilustrar con algunos ejemplos. De este modo, en relación con las «especies silvestres y hábitats», tal y como establece el artículo 16.1 del Reglamento «los daños ocasionados a las especies silvestres y a los hábitats serán significativos cuando los cambios experimentados por el receptor produzcan efectos adversos que afecten al mantenimiento de un estado favorable de conservación o a la posibilidad de que éste sea alcanzado». A estos efectos, se deberá tener en cuenta cualquier información disponible de carácter local, regional, nacional y comunitario de la especie o del hábitat afectado que resulte relevante. Además, el Anexo I de la LRM recopila una serie de indicadores o datos mensurables que el operador podrá emplear para determinar si se han

³³ En este sentido, como apuntan COSACK, Tilman y ENDERS, Rainald, «Das Umweltschadengesetz im System des Umweltrechts», *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, núm. 7, 2008, «en base a los principios del Derecho europeo, el concepto de salud debe interpretarse ampliamente en la línea de lo establecido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».

³⁴ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV, op. cit., pág. 239.

producido dichos efectos desfavorables (número de individuos afectados, densidad o extensión, capacidad de propagación, etc.) y recopila unos criterios que, de cumplirse, permitirán clasificar los daños como no significativos, y que son los siguientes: 1) las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate; 2) las variaciones negativas que obedecen a causas naturales o se derivan de intervenciones relacionadas con la gestión corriente de los espacios naturales protegidos o los lugares de la Red Natura 2000, según se definan en sus respectivos planes de gestión o instrumentos técnicos equivalentes; y 3) los daños a especies o hábitat con demostrada capacidad de recuperar, en breve plazo y sin intervención, el estado básico o bien un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico (es decir, que pueda producirse la recuperación natural, sin intervención humana, de la especie o hábitat dañado).

Una aplicación práctica del «principio de precaución» podría ser el desconocimiento sobre las fluctuaciones naturales normales del hábitat o de la especie objeto de estudio. En efecto, no siempre se dispone de información sobre la dinámica de la población o del hábitat respecto a las variaciones que experimentan de forma ordinaria. Ante esta ausencia de información, el operador o la autoridad competente podrían concluir la significatividad del daño por aplicación de dicho principio, pues no hay que olvidar como precisara MARTÍN MATEO³⁵ que «los perjuicios que suscitan mayores dificultades son los causados a la biodiversidad. Es viable, en efecto, cifrar las pérdidas causadas vía vertidos a una piscifactoría, pero no lo es tanto el estimar el valor de las pérdidas producidas las mismas causas en el cauce de un río: especies adultas, avellanes, ruptura de la cadena trófica, etc.».

Por poner otro ejemplo, en el caso de las aguas, los daños a las mismas serán significativos «si la masa de agua receptora experimenta un efecto desfavorable de su estado ecológico, químico o cuantitativo, en el caso de aguas superficiales o subterráneas, o de su potencial ecológico, en el caso de aguas artificiales y muy modificadas, que traiga consigo, en ambos casos, un cambio en la clasificación de dicho estado en el momento de producirse la afección, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Planificación Hidrológica aprobado

³⁵ MARTÍN MATEO, Ramón, «Avances en la efectividad de la responsabilidad ambiental» en MORENO MARTÍNEZ, Juan A. (Coord.) *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, DYKINSON, Madrid, 2000, pág. 325.

mediante el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, y demás legislación aplicable»³⁶. Para evaluar si una masa de agua cambia su estado químico, ecológico o cuantitativo al producirse un daño, deberá tenerse en cuenta, en primer lugar, los factores que determinaron la clasificación de su estado, previamente a producirse el daño y posteriormente a que éste se produzca. En el caso de las amenazas inminentes de daños, habrá de preverse las consecuencias de los daños en caso de que estos llegasen a producirse.

Es importante destacar, como advierten los informes del MITECO³⁷, que en la determinación de la significatividad del daño medioambiental a las aguas «se debe tener en cuenta la escala temporal o temporalidad del mismo», como aspecto especialmente importante, puesto que la evaluación del estado de las mismas, en el contexto de la legislación de aguas, se realiza oficialmente al final de cada ciclo de planificación hidrológica, aunque las autoridades competentes realizan informes anuales del estado de las masas de agua. Sin embargo, en el contexto de la LRM, será necesario evaluar el cambio en la clasificación del estado de la masa de agua «en el momento de producirse la afección», tal y como establece el citado artículo 16.2 del Reglamento de desarrollo parcial de la LRM.

Además, en algunos casos, la evaluación del posible cambio en la clasificación del estado de una masa de agua, cuando se produzca la afección, puede ser técnicamente compleja de realizar. Por ello, en la determinación de la significatividad en estos casos se deberá seguir el ya citado principio de precaución y considerar el daño como significativo si existe una duda razonable de que se ha superado el umbral. Incluso, en la evaluación de la significatividad de los daños puede ocurrir que el daño medioambiental se produzca sobre una masa de agua que se encuentre en mal estado antes de que ocurra el incidente. En estos casos, y en línea con lo que establece el artículo 18 del Reglamento, el carácter significativo de los daños ocasionados a las aguas podrá determinarse en función del daño que experimenten las especies silvestres que habiten la masa de agua.

³⁶ Entre la que se encuentra tanto el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, como el Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro; y el Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental.

³⁷ «Estructura y contenidos generales de los proyectos de reparación de daños medioambientales», 2018, pág. 6.

En definitiva, partiendo del hecho de que los efectos adversos significativos que puede causar un daño ambiental constituyen un concepto jurídico indeterminado, y que su determinación deberá llevarse a cabo caso por caso, aplicando los criterios que se han expuesto, no se pueden establecer criterios completamente objetivos o procesos automáticos, pues cada recurso natural presentará características singulares que obedecerán a diversos factores como geográficos o climáticos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que se trata de recursos naturales indispensables para la vida, y que por ello, el umbral de significatividad deberá partir desde un «nivel bajo», pues en caso contrario se estaría privando de antemano de aplicabilidad a la LRM, por ello es necesario aplicar el principio de precaución y considerar el daño como significativo si existe una duda razonable en ese sentido, a pesar de la falta de evidencias científicas. Todo ello teniendo en cuenta, además, como señala el Considerando «L» de la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, «que los nuevos descubrimientos científicos demuestran que la contaminación procedente de actividades industriales puede afectar al medio ambiente y al ser humano de una manera insospechada hasta la fecha y que ello pone en peligro la salud humana, la sostenibilidad y el equilibrio de los procesos biológicos y bioevolutivos».

2.3. La incorrecta aplicación de las medidas de reparación

Según los informes publicados por el MITECO, «en caso de que el daño medioambiental sea calificado de significativo, el operador o, en su defecto, la autoridad competente mediante actuación directa, aplicará las medidas de reparación primarias necesarias, en primera instancia y, en caso de ser necesarias, las medidas de reparación complementarias y/o compensatorias».

Debemos precisar que esta afirmación no es del todo correcta, pues las «medidas complementarias» tienen por objeto compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales o servicios de recursos naturales dañados (por ejemplo, porque el daño es irreversible o desproporcionadamente costoso) y, si bien es cierto que este tipo de medidas pueden no ser necesarias, puede ocurrir que al evaluarse las distintas medidas reparadoras identificadas, se elijan medidas reparadoras primarias que no restituyan por completo a su estado básico los recursos que hayan sufrido el daño, o que lo hagan más lentamente. Ahora bien, se podrá adoptar esta decisión

únicamente si los recursos naturales o los servicios medioambientales dañados se compensan mediante un incremento de las acciones complementarias o compensatorias que proporcione un nivel similar de recursos o servicios (apartado 1.3.2 del Anexo II de la LRM)³⁸.

Además, respecto de las «medidas compensatorias», tal y como precisa el MORA (documento metodológico, pág. 40) se prevé que existan o puedan existir siempre (salvo que la reparación surta efectos inmediatos³⁹), dado que tienen por objeto compensar a la población afectada por las pérdidas provisionales de recursos naturales desde que tiene lugar el daño hasta que surte efecto la reparación primaria o complementaria. De esta forma, y puesto que la reparación primaria o complementaria puede iniciarse una vez pasado cierto periodo de tiempo desde el momento del accidente, se procederá a calcular y dimensionar la cantidad de recurso adicional que debe recuperarse en concepto de reparación compensatoria. Siguiendo el ejemplo que propone ROCASALVA⁴⁰, «si se producen daños a una determinada especie de árboles situados en un terreno concreto afectado por la actividad de un operador u operadores que produce daños a estos recursos naturales, si se tratara de árboles de longevidad alta, se buscaría así resarcir dicha pérdida a través de métodos alternativos como cultivar un mayor número de especies de árboles como los afectados, a los fines de llegar a alcanzar un nivel de compensación del daño provocado y, a su vez, compensar el tiempo en el que el recurso natural no aporta su función, esto es, la aportación concreta de oxígeno a la atmósfera, entre otras».

³⁸ Para favorecer la reparación complementaria y compensatoria, se podrá acudir a los «bancos de conservación de la naturaleza», previstos en la Disposición adicional octava de la LEA. Se trata de «un conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación otorgados por el MAPAMA y, en su caso, por las comunidades autónomas, que representan valores naturales creados o mejorados específicamente» (DA 8^o.1). Por tanto, constituyen un instrumento para evitar la pérdida neta de biodiversidad basada en el mercado, pretendiendo que los efectos negativos ocasionados a un valor natural puedan ser equilibrados por efectos positivos generados en otro lugar. De este modo, los «créditos de conservación», cuantifican los valores ambientales generados o conservados en los terrenos adscritos a un banco de conservación, convirtiéndose así en unidades de valor intercambiables. Vid. CONDE ANTEQUERA, Jesús, «La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?» *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, mayo-diciembre de 2014.

³⁹ Según el MORA (págs. 40-41), se considera efecto inmediato a aquellas medidas que surten efectos en un plazo inferior a 1 mes.

⁴⁰ GARCÍA ROCASALVA, Carles, *La responsabilidad medioambiental*, Atelier, Barcelona, págs. 255-256.

Sin embargo, pese a lo expuesto sobre el funcionamiento de las medidas de reparación del daño que prevé la Ley, llama la atención el hecho de que, si se acude a los informes publicados en 2018 por el MITECO sobre la aplicación de la LRM, de los casos ya resueltos (24 según los referidos informes), en ninguno se han aplicado medidas complementarias, lo que podría encontrar una «forzada» explicación en el hecho de que la reparación primaria, en todos los casos, hubiera permitido restaurar los recursos naturales dañados al estado en que se encontraban antes de sufrir la agresión. Más llamativo resulta el hecho de que tampoco se hayan aplicado medidas compensatorias, lo que resulta mucho más complejo de justificar, pues parece sumamente difícil que en todos los supuestos la reparación fuese «inmediata» y no se produjese ninguna pérdida provisional de las funciones ecológicas o servicios que prestan los recursos naturales dañados. En efecto, los citados informes muestran cómo, en algunos casos, las medidas de reparación primaria tardaron hasta 5 años en ejecutarse completamente (casos 16 y 33). En consecuencia, se revela una incorrecta aplicación de las medidas de reparación que la LRM prevé y, por ende, la pérdida de dos de sus grandes virtudes, por un lado, la restauración del equilibrio ambiental alterado *in natura* cuando la reposición de las cosas al estado anterior al que se encontraban no es posible o excesivamente costosa, empleándose para ello la reparación complementaria y, por otro, la compensación de las pérdidas provisionales de recursos naturales o servicios de recursos naturales hasta que el daño sea completamente subsanado, a través de medidas compensatorias.

3. EL FUTURO

Puede parecer que hemos pintado un escenario negativo o desastroso en el presente de la responsabilidad medioambiental, pero nada más lejos de la realidad. Lo único que se ha demostrado es que queda mucho por hacer. En estos años de vigencia del régimen, este se ha aplicado, y existe información disponible al respecto. Dicha información revela que la LRM que no se ha aplicado correctamente y que determinados cambios introducidos no son coherentes con la finalidad que persigue la norma. Pero se está a tiempo de corregir estas cuestiones, pues como sostiene JORDANO FRAGA⁴¹ «si el problema del Derecho ambiental en muchos países es su falta de eficacia real, las líneas futuras deben orientarse a mecanismos que garanticen la efectiva aplicación del mismo».

⁴¹ JORDANO FRAGA, Jesús, «El futuro del Derecho ambiental», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 23, 2012, pág. 139.

Por ello, el futuro de la responsabilidad medioambiental requiere plantearse cambios, dotar de medios a las Administraciones Públicas para que puedan aplicarlo o perseguir su aplicación, y superar los errores que se han detectado. De este modo, en primer lugar y por lo que respecta al «deber de información», el MITECO no solo debe continuar con su cumplimiento publicando los informes que se elaboren al respecto, sino que deben plantearse nuevas propuestas como la que encontramos en el apartado 38 de la Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, en base a la cual el Parlamento Europeo pide que se establezca un «registro público europeo de los casos de daño ambiental regulados por la DRM» siguiendo, por ejemplo, el modelo irlandés, que consta de un sistema de notificación en línea para la comunicación de los casos de daño ambiental, con el fin de generar mayor confianza en el sistema de la DRM y garantizar su mejor aplicación. Además, una base de datos pública de este tipo permitiría que las partes interesadas, los operadores y los ciudadanos tuviesen más conciencia de la existencia del régimen y su ejecución y contribuiría así a mejorar la prevención y la reparación de los daños medioambientales⁴²; Asimismo, añada en el apartado 42 de su resolución que «para que los verdaderos costes de los daños ambientales sean transparentes para todos, deberían hacerse públicos tanto los casos de responsabilidad probada como los pormenores de las sanciones impuestas».

En segundo lugar, en cuanto a las garantías financieras, en el *Commission Staff Working Document, REFIT Evaluation of the Environmental Liability Directive*, de 14 de abril de 2016⁴³, la Comisión puso de manifiesto que en la mayoría de los mercados se dispone de una cobertura

⁴² A mayor abundamiento, en el apartado 39 de la misma Resolución el Parlamento Europeo recomienda que, a fin de que las bases de datos públicas de casos contemplados en la DRM sean fácilmente accesibles y eficaces, se deberían crear siguiendo los criterios siguientes:

- que estén disponibles en línea y que se proporcione información adicional relativa a los casos cuando se solicite,
- que cada país disponga de una base de datos centralizada mejor que de bases de datos separadas para cada región,
- que las notificaciones de nuevos incidentes se publiquen en línea inmediatamente,
- que cada caso registrado en la base de datos incluya información sobre el nombre del operador que ha contaminado, la naturaleza y el alcance de los daños provocados, las medidas de prevención/reparación adoptadas o que se vayan a adoptar y los procedimientos emprendidos por las autoridades y/o con su colaboración;

⁴³ Pág. 61. Acompaña al [«Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo en el marco del artículo 18, apartado 2, de la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales»](#), Bruselas, 14.4.2016, COM (2016) 204 final.

de seguro suficiente, que incluye las medidas de reparación complementaria y compensatoria, pero la demanda es en general baja debido a la falta de incidentes notificados, la aplicación inadecuada y la evolución más lenta en los mercados emergentes. Añade que, «la posibilidad de una garantía financiera obligatoria armonizada a nivel de la UE sigue siendo débil, siendo recomendable introducir algunas opciones para mejorar la seguridad financiera, como un mejor examen de la viabilidad financiera de los operadores por parte de las autoridades competentes, la promoción de un mejor análisis de riesgos de los operadores y un enfoque gradual en la introducción de la garantía financiera comenzando por las actividades más arriesgadas. Asimismo, los grandes accidentes y las pérdidas de recursos a gran escala, así como la insolvencia y la quiebra de empresas, siguen siendo un problema para las garantías financieras».

Ahora bien, pese a la visión de la Comisión, el Parlamento Europeo en el apartado 29 de su Resolución sobre la aplicación de la DRM, pide a la Comisión que introduzca una «garantía financiera obligatoria», por ejemplo un seguro de responsabilidad medioambiental obligatorio para operadores, y que desarrolle un método armonizado a escala de la Unión para el cálculo de los umbrales máximos de responsabilidad, teniendo en cuenta las características de cada actividad y su entorno; pide además a la Comisión que analice la posibilidad de crear un fondo europeo⁴⁴ para la protección del medio ambiente frente a los daños causados por las actividades industriales contempladas en la DRM⁴⁵, sin socavar el principio de «quien contamina paga», en relación con el riesgo de insolvencia y solo en aquellos casos en que no respondan los mercados de garantía financiera; y considera que lo

⁴⁴ La LRM regula dos fondos, en primer lugar, el «Fondo de Compensación de Daños Medioambientales», administrado y gestionado por el Consorcio de Compensación de Seguros (de forma independiente financiera y contablemente respecto del resto de las actividades que realiza), el cual se nutre de las aportaciones de los operadores que contraten un seguro en garantía de responsabilidad medioambiental, mediante un recargo sobre la prima (art. 33.1 LRM) y responde cuando los daños causados durante la vigencia de la póliza se manifiesten o reclamen una vez vencida ésta. Y, en segundo lugar, la Ley crea el «Fondo Estatal para la reparación de Daños Medioambientales», (art. 34 LRM) el cual se encarga de reparar los daños causados a determinados bienes de dominio público de titularidad Estatal, únicamente cuando el operador no esté obligado a correr con los costes de la adopción de las medidas de prevención, evitación y reparación por no ser el daño ambiental «antijurídico» (supuestos del artículo 14.2 de la LRM).

⁴⁵ En lo que respecta a esta posibilidad, véase el documento publicado por la Comisión el 17 de abril de 2013, titulado «Study to explore the feasibility of creating a fund to cover environmental liability and losses occurring from industrial accidents».

mismo debería aplicarse en los casos de accidentes a gran escala, cuando resulte imposible identificar al operador responsable de los daños». En efecto, no cabe duda, como afirma LOZANO CUTANDA, que «todo sistema de responsabilidad objetiva requiere que se aplique un sistema de aseguramiento de los daños para evitar los supuestos de insolvencia y, además, la propia valoración por las empresas de los riesgos ambientales de su actividad para cuantificar la póliza de seguro u otro medio de aseguramiento, constituye ya, de por sí, una de las mayores ventajas ambientales que puede tener la implantación del sistema»⁴⁶.

En cualquier caso, por el momento, en tanto en cuanto pueda llegar una garantía financiera armonizada a nivel europeo, el régimen de responsabilidad medioambiental instaurado en España por la LRM en 2007, que se desmarcó de la mayoría países de la Unión Europea (solo 7 Estados miembros más prevén en sus leyes de transposición de la Directiva las garantías obligatorias⁴⁷) introduciendo la obligación de constituir garantía financiera a los operadores de «aquellas actividades de mayor riesgo» (inicialmente todas las del Anexo III) requiere, en coherencia con el espíritu original de la norma plasmado en el apartado V de su preámbulo, y con los propios razonamientos de las reformas del régimen (eximir únicamente las actividades que tengan bajo riesgo de producir daños) que en 2020 se modifique el Real Decreto 183/2015 y se amplíe el listado de actividades sometidas a la obligación, al menos, respecto de aquellas que han demostrado ser las más peligrosas al haber ocasionado un número mayor de incidentes. Además, una vez ampliado, en su caso, dicho listado de actividades, deberán modificarse las Órdenes Ministeriales de 2017 y 2019 para incluirlas en los calendarios, lo que, presumiblemente, atendiendo a la «gradualidad de la implantación de las garantías financieras» conllevará un nuevo plazo de demora para su exigencia, de previsiblemente, y de acuerdo con los precedentes sentados, dos años desde que se apruebe su exigencia.

En tercer lugar, en cuanto a las dificultades que entraña la determinación de la significatividad del daño para que la LRM pueda ser aplicada, deberá modificarse cuanto antes el Reglamento de desarrollo de la LRM e incluirse como criterio para determinar la significatividad del daño ambiental el «principio de precaución». En efecto, parece muy poco razonable que un criterio

⁴⁶ LOZANO CUTANDA, Blanca y ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz, *Administración y Legislación Ambiental*, 10ª edición, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 239.

⁴⁷ Bulgaria, Portugal, Grecia, Hungría, Eslovaquia, Chequia y Rumanía.

que permite aplicar la LRM con mayor facilidad y menor coste, pero sobre todo, con un mayor éxito, figure únicamente en un informe publicado en un portal web escondido tras varios enlaces. En cualquier caso, esperamos que la Comisión atienda también a la solicitud planteada por el Parlamento Europeo en el apartado 25 de su Resolución de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la DRM, a efectos de que «aclare, defina y detalle del modo apropiado el concepto de *umbral de importancia relativa* y que evalúe la aplicación de umbrales máximos de responsabilidad diferenciados por actividades, con el fin de lograr una aplicación homogénea y uniforme de la DRM en todos los Estados miembros».

Por último, pero no por ello menos importante, este estudio ha dejado constancia en base a los datos obrante en los informes publicados por el MITECO sobre la aplicación de la LRM que una parte esencial de la misma, «la aplicación de las medidas de reparación» no se ha entendido o no se está aplicando correctamente, resulta inadmisibile que, en su caso, que los recursos naturales que no hayan podido ser devueltos a su estado anterior no se reparen a través de medidas complementarias, la gran baza de esta ley, y que permite recuperar *in natura* el «equilibrio ambiental alterado». Pero igual de grave es que no se haya compensado en ningún caso la privación de los servicios ambientales que produce el daño, a través de acciones positivas al medioambiente (medidas compensatorias).

En definitiva, como dijera MARTÍN MATEO, «el medio ambiente se compone de recursos que son finitos, en consecuencia, del mismo modo que cuando se nos rompe una cosa que no podemos cambiar la reparamos, por ejemplo, un coche antiguo que ya no se fabrica, con el mismo mimo hay que tratar a los recursos naturales, no hay más que los que son, se deben conservar y cuando se dañan, se han de reparar, por quien los agredió». Tenemos la herramienta para conseguirlo, la LRM, la experiencia para hacerlo y la forma de obtener los medios para lograrlo (garantías financieras, los fondos, etc.). Solo se trata de hacer las cosas bien.

4. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN CASTELLANOS, José M. *Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

- Fauna Exótica Invasora. Madrid: Reus, 2019.
 - Responsabilidad Medioambiental: ¿Exigir garantías financieras en tiempos de crisis?. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 7, n. 1, 2016.
- CARREÑO ÁLVAREZ, Santiago M. La evolución regresiva de la política y el Derecho ambiental en España. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 41, 2018.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús. La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, mayo-diciembre 2014.
- COSACK, Tilman; ENDERS, Rainald. Das Umweltschadensgesetz im System des Umweltrechts. *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl)*, n. 7, 2008.
- GARCÍA AMEZ, Javier. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- JORDANO FRAGA, Jesús. *La protección del derecho a un medioambiente adecuado*. Barcelona: Bosch, 1995.
- Responsabilidad por daños al medio ambiente. En: ESTEVE PARDO, José (Coord.). *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno local, 2006.
 - El futuro del Derecho ambiental. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 23, 2012,
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho Español. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 20, 2011.
- LOZANO CUTANDA Blanca. Garantía financiera obligatoria en materia de responsabilidad medioambiental: novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 8/2011. *Gómez-Acebo & Pombo*, noticias breves, agosto 2011.
- ; POVEDA GÓMEZ, Pedro. Ley 11/2014, de 3 de julio, de modificación de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental: análisis de sus novedades. *Gómez-Acebo & Pombo*, julio 2014.
 - Orden TEC/1023/2019: se fija la fecha de la garantía financiera de la responsabilidad medioambiental para actividades con nivel de prioridad 3. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 95, noviembre 2019, pp. 564-57. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2012/01/2019_11_Recopilatorio_95_AJA_Noviembre.pdf#page=56 (Fecha de último acceso 30-04-2020).

– ; ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz. *Administración y Legislación Ambiental*, 10ª edición. Madrid: Dykinson, 2018.

MARTÍN MATEO, Ramón. Avances en la efectividad de la responsabilidad ambiental. En: MORENO MARTÍNEZ, Juan A. (Coord.). *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000.

– *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV. Madrid: Edisofer, 2003.

SORO MATEO, Blanca. Construyendo el principio de precaución. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 49-50, 2017.

VALENCIA MARTÍN, Germán. La responsabilidad medioambiental. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 25, 2010.

MESA PLENARIA 5:

EVALUACIÓN DE

IMPACTO AMBIENTAL:

BALANCE DE TREINTA Y

CUATRO AÑOS

MODERADOR: GERMÁN VALENCIA MARTÍN

XII. Evaluación de impacto ambiental: un balance desde la perspectiva del derecho de la UE

Agustín García Ureta

Catedrático de Derecho administrativo

Universidad del País Vasco

RESUMEN:

Este trabajo examina la evolución de la normativa de evaluación de impacto ambiental (EIA) desde la adopción de la Directiva 85/337. Para ello se analiza la naturaleza jurídica de la EIA y la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha determinado el alcance expansivo de las obligaciones que imponen las tres directivas que exigen la evaluación de proyectos y planes. La EIA es una técnica que está consolidada en la UE, aunque lo anterior no quiere decir que no carezca de lagunas, algunas evidentes, tanto en el plano normativo como, en particular, en el aplicativo.

ABSTRACT:

This paper examines the evolution of environmental impact assessment (EIA) law since the adoption of Directive 85/337. It analyses the legal nature of EIA and the work of the European Court of Justice which has determined the expansive scope of the obligations imposed by the three directives requiring the EIA of projects and plans. EIA is a well-established technique in the EU, although this does not mean that it is not free of gaps and inconsistencies, some of which are evident, both at regulatory and implementation level.

PALABRAS CLAVE: Evaluación de impacto Ambiental; naturaleza jurídica; evolución; jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE

KEYWORDS: Environmental impact assessment; legal nature; evolution; case law of the EU Court of Justice

SUMARIO

1. Introducción	341
2. La naturaleza de la EIA.....	342
3. El potencial número de proyectos y planes sujetos	344
3.1. Proyectos	344
3.2. Planes	347
3.3. La labor del TJUE.....	348
4. La base cognoscitiva de la EIA.....	349
5. Las obligaciones de las autoridades públicas: objetividad, acceso al conocimiento y evaluación.....	351
6. La “regularización” de las EIA	352
7. Comentarios conclusivos.....	355

1. INTRODUCCIÓN

1. Han transcurrido ya más de treinta y cuatro años desde la adopción de la Directiva 85/337, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DEIA), una norma que vino a sacudir los cimientos de los procesos de decisión en los Estados miembros.¹ El hecho de que las discusiones sobre la directiva abarcaron un período de más de cinco años confirma el temor de los Estados miembros a aprobar una norma que pretendía integrar la denominada “variable ambiental” en el proceso de autorización de una serie, no menor, de proyectos de construcción. La dinámica de la UE llevó ulteriormente a completar la DEIA con su paralela de planes y programas dieciséis años después (Directiva 2001/42, DEAE) y a modificar la DEIA en 1997 (ampliando de manera evidente el rango de proyectos y clarificando los criterios para la determinación de los incluidos en el Anexo II). Sin embargo, la UE no ha sido capaz de exigir el requisito de la EIA más arriba en el proceso decisorio de los poderes públicos, imponiéndola también en el contexto de las “políticas”. Sea como fuere, en el espacio que transcurrió entre 1985 y 2001, la UE aprobó la Directiva 92/43 (DH), que incluye una disposición cuya virtud jurídica se

¹ Born, C-H., “El juez europeo y la Directiva de impacto Ambiental: balance de treinta años”, en García Ureta, A., (coord.), *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años* (Marcial Pons, 2016), pp. 9-28.

ha expandido sobremanera, causando un impacto sustancial sobre los Estados miembros y su capacidad para autorizar planes o proyectos con afecciones sobre las zonas de la red Natura 2000.² Todo ese marco normativo ocasiona no pocos problemas de adaptación a los Estados miembros y exige una atención constante a la vista de la evolución de la jurisprudencia del TJUE, tanto en lo relativo a los aspectos positivos de incrementar las garantías de la EIA como de aquellos otros no tanto aceptables, sobre todo debido a la poca concreción de los criterios empleados y de la asistencia al juez estatal (v.g., las denominadas “regularizaciones”).

2. LA NATURALEZA DE LA EIA

2. Una de las cuestiones que rodea a la EIA tiene que ver con su naturaleza jurídica. En este punto se encuentran aquellas opiniones que insisten en su cualidad “instrumental”, como es el caso del legislador español. En otras palabras, la EIA sería un medio para considerar las implicaciones ambientales de un proyecto o plan y con ello ilustrar a quien tenga que autorizarlo respecto de tales efectos. Por tanto, se trataría de un aspecto más a considerar en el balance de intereses que puedan concurrir en el proceso decisorial. Las implicaciones ambientales no tendrían un peso mayor que otras en el procedimiento, aunque sí deban estar necesariamente presentes. Para otras posiciones, la EIA vendría a exigir algo más, de manera que, habiéndose resaltado por el legislador de la UE, su incidencia en el procedimiento no puede ser cualquiera, sino un elemento sustancial a tener en cuenta. La Directiva 85/337 estableció la EIA como una herramienta para la introducción de “unos *principios generales* de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente a fin de completar y coordinar los procedimientos de autorización de los proyectos públicos y privados que pudiesen tener un impacto importante sobre el medio ambiente”.³ Esto se llevaría a cabo sobre la base de la información apropiada proporcionada por el promotor, que podría ser complementada por las autoridades y por las personas afectadas por el proyecto en cuestión. Ahora bien, la EIA (salvo en el contexto de la DH) no determina estándares u objetivos medibles para las autoridades públicas, ni necesariamente prevalecería sobre otras consideraciones (v.g.,

² García Ureta, A., “Environmental assessment under the Habitats Directive: something other than a procedure?”, (2018) *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, 113-125.

³ Quinto considerando del preámbulo, cursiva añadida.

económicas o sociales) dentro del procedimiento de toma de decisiones. Esta situación se mantiene en buena medida. Es decir, a pesar de que una EIA resulte negativa, es posible la ejecución de un plan o proyecto con tales implicaciones, puesto que tanto la DEIA como DEAE mantienen silencio respecto de esta cuestión tan trascendente (y a salvo de las normas más estrictas que puedan aprobar los Estados miembros). La abogada general expresa esta idea en el asunto *Stadt Wiener Neustadt*:

“[L]a evaluación en sí no implica consecuencias jurídicas de fondo relativas a la ponderación de las repercusiones sobre el medio ambiente con otros factores ni prohíbe tampoco la realización de proyectos que puedan tener efectos negativos para el medio ambiente. Aunque es previsible que la detección de daños significativos en el medio ambiente lleve a la imposición de medidas preventivas o al rechazo del proyecto, si esto no llega a suceder la evaluación de impacto ambiental mantendrá en todo caso su función de reunir, documentar y difundir información sobre las repercusiones en el medio ambiente”⁴

3. La DH resulta diferente a la DEIA y DEAE, en la medida en que no es posible adoptar una decisión favorable para la ejecución de un proyecto si las conclusiones de la EIA son negativas.⁵ En este caso, la misma norma impide que se pueda autorizar, salvo que se superen dos obstáculos adicionales, a saber, la ausencia de alternativas y la concurrencia de una causa de excepción. Sin embargo, lo anterior no implica dejar en manos de los científicos la imposibilidad de ejecución de un proyecto con una evaluación negativa. No obstante, si la información científica (lo más completa posible) no avala, desde esta perspectiva, la realización del proyecto, la autoridad competente no puede autorizarlo. Tampoco cabe la autorización de un proyecto si el estado de conservación de un hábitat natural es desfavorable. Según el TJUE, en una declaración que resulta un tanto novedosa en su jurisprudencia, la posibilidad de autorizar actividades que puedan afectar posteriormente a la situación ecológica de los lugares de que se trate resulta “forzosamente limitada”.⁶

⁴ Asunto C-348/15, *Stadt Wiener Neustadt v. Niederösterreichische Landesregierung*, ECLI:EU:C:2016:662, apt. 46 de sus conclusiones.

⁵ Asunto C-209/02, *Comisión v. Austria*, ECLI:EU:C:2004:61.

⁶ Asuntos acumulados C-293/17 and C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA*, ECLI:EU:C:2018:882, apt. 103.

4. Ahora bien, si en el caso de la DEIA y DEAE el “campo de juego” es el que ha fijado el legislador de la UE, sin una mayor incidencia sustantiva en la decisión final que se pueda adoptar, la realidad jurídica pone de manifiesto que aquel ha ido reduciéndose a lo largo del tiempo, mediante obligaciones más estrictas para llevar a cabo la EIA. Ciertamente, el paso del tiempo también exigía medidas de mayor protección al contarse con referencias acumuladas de defectos en el sistema inicialmente perfeñado. A ello también ha contribuido la jurisprudencia derivada de la DH.

3. EL POTENCIAL NÚMERO DE PROYECTOS Y PLANES SUJETOS

3.1. Proyectos

5. No es este el lugar en el desarrollar en detalle una de las cuestiones clave de la DEIA, cual es la determinación de los proyectos del Anexo II, a diferencia de los del Anexo I, pero sí resulta necesario recordar que su definición depende de los tres criterios a los que hace alusión la DEIA, esto es su naturaleza, dimensiones y localización.⁷ En consecuencia, el número de proyectos que potencialmente pueden verse sujetos a EIA resulta mucho más amplio que el que inicialmente habrían pretendido los Estados miembros. El TJUE dejó aclarada esta cuestión al indicar en un asunto contra Irlanda (Estado miembro que, por cierto, ha dado lugar a sucesivos pronunciamientos sobre la DEIA):

“[U]n Estado miembro que estableciera criterios y/o umbrales teniendo en cuenta únicamente las dimensiones de los proyectos, sin tomar en consideración asimismo su naturaleza y su localización, sobrepasaría el margen de apreciación de que dispone en virtud del artículo 2, apartado 1, y del artículo 4, apartado 2, de la Directiva”.⁸

⁷ Art. 2.1.

⁸ Asunto C-392/96, *Comisión v. Irlanda*, ECLI:EU:C:1999:431, apt. 65

6. Si bien esta declaración constituye un mandato explícito, la Comisión Europea no ha podido menos que reconocer que “[n]o hay datos sobre la aplicación de la Directiva en el ámbito regional o local” (en particular la determinación de proyectos del Anexo II).⁹ La conclusión que se puede extraer de lo anterior es, por tanto, que un número, no menor, de proyectos sigue escapando de las previsiones de la DEIA, tal y como las ha precisado el TJUE.

7. Por otra parte, la DEIA ha limitado las posibles exenciones que inicialmente recogía. Esto es evidente en el supuesto de los proyectos aprobados por “acto legislativo”:

Tabla 1: Directiva 85/337 y Directiva 2011/92

Directiva 85/337	Directiva 2011/92 (tras su modificación por la Directiva 2014/52)
“5. La presente Directiva no se aplicará a los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo nacional específico, dado que los objetivos perseguidos por la presente Directiva, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones, se consiguen a través del procedimiento legislativo.”	“5. Sin perjuicio del artículo 7, en los casos en los que se apruebe un proyecto mediante un acto legislativo nacional específico y siempre que se cumplan los objetivos de la presente Directiva, los Estados miembros podrán excluir dicho proyecto de las disposiciones de la presente Directiva relacionadas con la consulta pública.”

8. Como se puede comprobar, la posible excepción de la DEIA no es tal, ya que ha de efectuarse una EIA en el propio procedimiento legislativo.

9. También se percibe un endurecimiento en el caso de la exención parcial o total de un proyecto. Por una parte, como es bien sabido, la DEIA no deja en manos de los Estados miembros la decisión de exclusión sin cumplimentar previamente algunas garantías. De ahí

⁹ SWD(2012)355 final, Commission staff working paper impact assessment accompanying the document proposal for a directive of the European Parliament and of the council amending directive 2011/92/EU on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment this report commits only the commission's services involved in its preparation and does not prejudice the final form of any decision to be taken by the Commission, p. 10, nota 56 (la única versión es en inglés).

la concurrencia de una triple obligación de: a) examinar la conveniencia de *otra forma* de evaluación y si procede poner a disposición del público las informaciones así recogidas; b) poner a disposición del público interesado las informaciones relativas a dicha exención y las razones por las cuales ha sido concedida; y c) informar a la Comisión, previamente a la concesión de la autorización, sobre los motivos que justifican la exención concedida y le proporcionarán las informaciones que ponen, eventualmente, a disposición de sus propios nacionales. Como ha indicado el TJUE, tales obligaciones no constituyen meras formalidades, sino requisitos destinados a que se cumplan, en la medida de lo posible, los objetivos de la DEIA.¹⁰ Correlativamente constituyen elementos de control exigibles ante la jurisdicción estatal, pero también, en su caso, ante el TJUE, en la medida en que la Comisión puede comenzar el correspondiente procedimiento por infracción,¹¹ junto con la solicitud de medidas cautelares.

10. El endurecimiento de las anteriores condiciones se percibe en un asunto contra Bélgica,¹² relativo al reinicio de actividad de dos centrales nucleares. El TJUE afirmó que la DEIA solo permitía eximir un proyecto de EIA si el Estado miembro pudiese demostrar que el riesgo para la seguridad de suministro de electricidad invocado era “razonablemente probable” y que la urgencia del proyecto en cuestión justificase prescindir de la EIA. Ha de advertirse que estos requisitos se mencionan en la sentencia a los efectos de poder excluir un proyecto de EIA (con independencia de cumplimentarse las tres obligaciones antes referidas). Ahora bien, como se puede observar, el TJUE ciñe la capacidad de los Estados miembros para motivar la invocación de la exención. En otras palabras, no es posible alegar cualquier justificación a los efectos de superar el umbral que establece la DEIA. En el análisis que llevó a cabo el TJUE, la justificación del suministro eléctrico no bastaba por sí misma, sino que era preciso (“solo”) que el riesgo para el suministro fuese probable y urgente.

¹⁰ Asunto C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL y Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL v. Conseil des ministers*, ECLI:EU:C:2019:622, apt. 99.

¹¹ Art. 258 TFUE.

¹² Asunto C-411/17, *supra* nota 10.

3.2. Planes

11. La DEAE tiene una deficiencia intrínseca, en la medida en que la noción de plan se define de manera poco clara. En efecto, esta se fundamenta en el nivel de decisión en el que se adopta, y en su contenido, pero no en su naturaleza. De acuerdo con la DEAE, un plan es un “plan” (como cualquier modificación de los mismos) cuya elaboración o adopción, o ambas, incumba a una autoridad nacional, regional o local, o que esté siendo elaborados por una autoridad para su adopción, mediante un procedimiento legislativo, por parte de un Parlamento o Gobierno, y que sea exigido por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas.¹³

12. El TJUE ha aportado una definición más elaborada, como “cualquier acto que establezca, definiendo reglas y procedimientos de control aplicables al sector de que se trate, un conjunto significativo de criterios y condiciones para la autorización y la ejecución de uno o de varios proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente”.¹⁴ Como en otros sectores, la clave radica en el contenido del plan. Algunas indicaciones se pueden extraer de la jurisprudencia. Un asunto contra Italia tuvo por objeto unos denominados acuerdos programáticos adoptados por un municipio, referentes a un centenar de proyectos de construcciones industriales, una gran parte de los cuales se hallaba situada dentro de una ZEPA.¹⁵ El TJUE observó, por una parte, que el gobierno italiano había alegado que los citados acuerdos no revestían las características jurídicas de un plan o proyecto, en el sentido del artículo 6.3 DH, pero, sobre todo, que la Comisión no podía limitarse a alegar la mera existencia de tales acuerdos, sino que debía facilitar asimismo unos datos suficientemente concretos para poder afirmar que esos acuerdos superaban la fase “de una reflexión administrativa preliminar” y que tenían “un cierto grado de precisión en el planeamiento”, que exigiese una evaluación ambiental de sus efectos.¹⁶ Qué sea una reflexión preliminar es una cuestión que dependerá de las circunstancias de cada caso. Sin embargo, una conclusión distinta se encuentra en un asunto contra el Reino Unido a raíz de la ausencia de evaluación de planes de ocupación de terrenos establecidos en la normativa de ordenación del territorio

¹³ Art. 2.

¹⁴ Asunto C-290/15, *D'Oultremont v. Région wallonne*, ECLI:EU:C:2016:816, para. 49.

¹⁵ Asunto C-179/06, *Comisión v. Italia*, ECLI:EU:C:2007:578.

¹⁶ Asunto C-179/06, *supra* nota 15, apt. 41.

y urbanismo. Para el gobierno británico los planes de ocupación eran planes en el sentido de la Directiva, pero no tenían un efecto apreciable sobre las zonas protegidas, ya que no permitían por sí solos la realización de un programa determinado. Sólo la autorización posterior podía causar daños a tales lugares. Sin embargo, según el TJUE, de acuerdo con la normativa de ordenación del territorio, las solicitudes de licencias de obras debían examinarse a la luz de los planes de ocupación de los terrenos pertinentes, lo que implicaba necesariamente que tales planes podían “influir considerablemente” en las decisiones adoptadas en la materia y afectar a las zonas protegidas.¹⁷

3.3. La labor del TJUE

13. A pesar de las definiciones en DEIA y DEAE, se ha solicitado regularmente al TJUE que aclare el significado de diferentes nociones debido a la profunda influencia de las directivas en los procedimientos estatales. Por lo tanto, una serie de casos refleja su papel en la descripción de conceptos básicos (estáticos) como “proyecto” (intervenciones en el medio natural o el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación de los recursos del suelo, pero no la mera renovación de un permiso o acuerdo existente), o “plan” (mencionado anteriormente).

14. Del mismo modo, el TJUE ha especificado que, si bien la noción de “clase de proyectos” en los anexos I y II DEIA no puede diferir, las categorías incluidas en el primer anexo no corresponden a las del anexo II sino a sus subdivisiones.¹⁸ La sucesiva reducción del “margen de apreciación” de los Estados miembros ha dotado de mayor coherencia a la EIA. Así, la noción de “modificaciones” de los proyectos del Anexo I DEIA no puede implicar que determinados proyectos puedan escapar de una evaluación,¹⁹ las demoliciones deben ser evaluadas, a pesar de que no aparecían citadas en la DEIA, como tampoco otros casos (v.g., la tala de franjas de bosque),²⁰ las tareas de dragado o la fertilización del suelo debido a su

¹⁷ Asunto C-6/04, *Comisión v. Reino Unido*, ECLI:EU:C:2005:626, apt. 55.

¹⁸ Asunto C-301/95, *Comisión v. Alemania*, ECLI:EU:C:1998:493, paras. 38-42.

¹⁹ Asunto 72/95, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. v. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, ECLI:EU:C:1996:404, paras. 38-41.

²⁰ Asunto C-329/17, *Prenninger, Helmberger, Zimmer, Scharinger, Pübringer, Agrargemeinschaft Pettenbach, Marktgemeinde Vorchdorf, Marktgemeinde Pettenbach, Gemeinde Steinbach am Zieberg v. Oberösterreichische Landesregierung*, ECLI:EU:C:2018:640, apt. 37.

persistencia o sus condiciones de realización, puede entenderse que constituyen una operación única y por tanto considerarse un único y mismo proyecto y no varios sucesivos,²¹ y los Estados miembros no pueden invocar las peculiaridades “nacionales” de determinadas infraestructuras (v.g., diques de contención en los Países Bajos) con la finalidad de quedar exentos de EIA, puesto que de lo que se trata es de proteger el medio ambiente.²²

15. La jurisprudencia también ha considerado otros aspectos que se podrían considerar como dinámicos en relación con los proyectos, caso de: (a) la aplicación transitoria de la DEIA a las solicitudes presentadas antes de la fecha límite para su transposición, (b) la necesidad de presentar una solicitud formal (rechazando así que se puedan considerar reuniones informales como una solicitud de consentimiento),²³ (c) la incompatibilidad de un sistema de autorización tácita con el deber de examinar individualmente cada solicitud de autorización,²⁴ (d) si la prevención del daño material, en la medida en que ese daño es la consecuencia económica directa de los efectos ambientales de una actividad, está cubierto por el objetivo de protección perseguido por la DEIA,²⁵ o (e) la necesidad de tener en cuenta de manera anticipada los efectos ambientales al adoptar una decisión principal si el procedimiento de consentimiento se divide en varias etapas.²⁶

4. LA BASE COGNOSCITIVA DE LA EIA

16. El legislador exige que se cuente con una base suficiente de conocimiento sobre los efectos ambientales de una actividad. Aquí también se ha producido un incremento de los aspectos a analizar, aunque la normativa de la UE, ya sea de proyectos, planes o en materia de hábitats no prescriba una determinada técnica científica, posiblemente por la variedad de

²¹ Asunto C-226/08, *Stadt Papenburg v Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:10; Asuntos acumulados C-293/17 y C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA, Vereniging Leefmilieu v. College van gedeputeerde staten van Limburg, College van gedeputeerde staten van Gelderland*, ECLI:EU:C:2018:882.

²² Asunto 72/95, *supra* nota 19, apt. 34.

²³ Asunto C-431/92, *Comisión v. Alemania*, ECLI:EU:C:1995:260, para. 32.

²⁴ Asunto C-230/00, *Comisión v. Bélgica*, ECLI:EU:C:2001:341.

²⁵ Asunto C-420/11, *Leth v. Republik Österreich, Land Niederösterreich*, ECLI:EU:C:2013:166.

²⁶ Asunto C-201/02, *The Queen, a instancia de Delena Wells v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, ECLI:EU:C:2004:12, apts. 50-52.

las empleables y porque resultaría difícil establecer tales criterios en todo el contexto europeo.²⁷ Ahora bien, este argumento puede resultar endeble a la luz de otras experiencias, caso del control integrado de la contaminación y la determinación de las mejores técnicas disponibles, concretadas en unas “conclusiones” aprobadas por decisión de la Comisión Europea, que “deben constituir la referencia para el establecimiento de las condiciones del permiso de la instalación.”²⁸

17. De las reformas normativas y de la jurisprudencia del TJUE se desprende una serie de principios básicos a la hora de llevar a cabo una EIA. La Directiva 2014/52 ha incidido en la capacidad de las personas que redacten los estudios de impacto ambiental. Como señala su preámbulo, “[l]os expertos que participen en la preparación de los informes de evaluación de impacto ambiental deben estar *cualificados* y ser *competentes*. Para garantizar que la información proporcionada por el promotor sea completa y tenga un nivel de calidad elevado, se requieren conocimientos especializados suficientes en el ámbito *del proyecto de que se trate* a efectos de su examen por las autoridades competentes”.²⁹ Por una parte, el proceso de EIA no es un mero acto administrativo formal, sino que debe proporcionar un análisis *en profundidad* de los efectos ambientales de un proyecto o plan.³⁰ Segundo, la EIA exige identificar, a la luz de los mejores conocimientos científicos en la materia, *todos los aspectos* del plan o del proyecto que, por sí solos o en combinación con otros planes o proyectos, puedan afectar al medio ambiente.³¹ La determinación de las repercusiones “constituye un requisito previo indispensable”.³² La necesidad de que la adecuada EIA se lleve a cabo tomando como base los mejores conocimientos científicos existentes es una constante en la jurisprudencia del TJUE, ya que es preciso que no exista “ninguna duda razonable” sobre la inexistencia de efectos perjudiciales para la integridad del lugar de que se trate.³³ Tercero, resulta importante

²⁷ Santamaría Arinas, R., “Evaluando al evaluador razones técnica, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos”, en García Ureta, *supra* nota 1, 29-63.

²⁸ Directiva 2010/75, art. 14.3.

²⁹ Considerando (33), cursiva añadida.

³⁰ Asunto C-441/03, *Comisión v. Países Bajos*, ECLI:EU:C:2005:233, apt. 22, cursiva añadida.

³¹ Asunto C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee y Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels v. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ECLI:EU:C:2004:482, apt. 54, cursiva añadida.

³² Asunto C-560/08, *Comisión v. España*, ECLI:EU:C:2011:835, apt. 138.

³³ Asunto C-127/02, *supra* nota 30, apts. 56 y 59; asunto C-239/04, *Comisión v. Portugal*, ECLI:EU:C:2006:665, apt. 20; asunto C-304/05, *Comisión v. Italia*, apts. 58 y 59.

la obligación de considerar los efectos cumulativos con otros proyectos o planes. El TJUE ha señalado, que se produce una infracción de la DEIA en el supuesto de un Estado miembro que se limitase a fijar un criterio de dimensión de los proyectos y no se asegurase, por otra parte, de que no se eludiera el objetivo de la normativa mediante un fraccionamiento de los proyectos. El hecho de que no considerara el efecto acumulativo de los proyectos tiene como consecuencia práctica que la totalidad de los proyectos de un determinado tipo quede exenta de la obligación de evaluación, aunque, considerados conjuntamente, puedan tener repercusiones importantes sobre el ambiente.³⁴ Cuarto, resulta contrario a la obligación de EIA tomar únicamente en consideración los efectos directos de las propias obras proyectadas, sin tener en cuenta las repercusiones que puedan tener sobre el ambiente la utilización y la explotación de las construcciones resultantes de dichas obras.³⁵

5. LAS OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS: OBJETIVIDAD, ACCESO AL CONOCIMIENTO Y EVALUACIÓN

18. La evolución normativa desde la adopción de la DEIA ha traído consigo nuevas exigencias para las autoridades encargadas de la EIA. Así la Directiva 2014/52 requiere que las autoridades competentes deben ejercer las funciones derivadas de la Directiva “de manera objetiva” y sin encontrarse en “una situación que dé lugar a un conflicto de intereses”. Además, en los casos en los que la autoridad competente” también sea el promotor”, es obligado “cuando menos aplicar en su organización de las competencias administrativas una adecuada separación entre funciones en conflicto” al ejercer las funciones derivadas de la Directiva. Esta no define los términos de objetividad o de conflicto de intereses y tampoco aclara debidamente hasta qué grado debe llegar la separación de funciones. No obstante, no resulta complejo afirmar que se está refiriendo a aquellas situaciones que tienen que ver con la evaluación del proyecto y las correspondientes a la decisión final del mismo, que bien pueden encontrarse unidas.

³⁴ Asunto C-392/96, *Comisión v. Irlanda*, ECLI:EU:C:1999:431.

³⁵ Asunto 142/07, *Ecologistas en Acción-CODA v. Ayuntamiento de Madrid*, ECLI:EU:C:2008:445.

19. Por su parte, TJUE ha distinguido entre: a) la obligación de EIA, y b) la de tomar debidamente en cuenta los resultados de todo el proceso de intercambio de información, consultas y publicidad.³⁶ De acuerdo con el TJUE, la EIA que se debe realizar implica un examen a fondo de la información recogida y una reflexión sobre la oportunidad de completarla, en su caso, con datos adicionales. La autoridad competente debe realizar un trabajo *tanto de investigación como de análisis* para llegar a una apreciación lo más completa posible de los efectos directos e indirectos del proyecto de que se trate. La anterior obligación es diferente de las relativas a la recogida e intercambio de información, consulta o publicidad, al tratarse de disposiciones de naturaleza procedimental.³⁷ La exigencia de tener debidamente en cuenta toda la anterior información implica que sea posible interrogarse sobre la adecuación del análisis, no ya solo del promotor, sino de la propia EIA que debe hacer la autoridad competente y, en definitiva, en la integración ambiental en el procedimiento sustantivo. En este punto, el elemento central tiene que ver con el carácter completo de tal análisis (dentro del conocimiento que se haya debido acreditar).

6. LA “REGULARIZACIÓN” DE LAS EIA

20. Una de las lagunas más llamativas (e importantes) en la DEIA y DH es que no determinan las consecuencias derivadas de un incumplimiento de sus obligaciones. El legislador de la UE ha evitado en los treinta y un años de vigencia de la DEIA, los veintisiete de la DH y los dieciocho de la Directiva 2001/42 (planes) entrar a regular esta cuestión. De manera especulativa podría quizás señalarse que ha optado porque sea cada Estado miembro el que, de acuerdo con su sistema procesal, determine esta cuestión, sorteando así posibles quejas de injerencia de la UE en sus sistemas jurídicos. Claro está que una ausencia de pautas comunes implica diferentes enfoques. El TJUE tampoco ayuda con una doctrina que, de manera discutible, ha establecido algunos (indeterminados) principios que pueden resultar de escasa asistencia para el juez estatal, debilitando la función de la cuestión prejudicial y, en última instancia, el alcance de la EIA. En efecto, por una parte, ha señalado cuestiones generales sobre la “regularización” de las evaluaciones, sin justificar debidamente sus afirmaciones.³⁸ En segundo término, ha trasladado al juez estatal una nada sencilla

³⁶ Asunto C-50/09, *Comisión v. Irlanda*, ECLI:EU:C:2011:109.

³⁷ Asunto C-50/09, *supra* nota 36, apt. 40.

³⁸ García Ureta, Agustín, “The regularisation of environmental impact assessments in the case law of the

ponderación de aspectos (lo que no se reduce solo a las regularizaciones bajo la DEIA).³⁹ Según el TJUE, el Derecho de la UE no puede oponerse a que las normas nacionales aplicables permitan, en determinados casos, regularizar operaciones o actos que son irregulares desde el punto de vista del Derecho comunitario. Tal posibilidad debe quedar supeditada a la condición de que no ofrezca a los interesados la oportunidad de eludir las normas europeas o de verse dispensados de su aplicación y, de que dicha posibilidad siga siendo excepcional.⁴⁰ Como resulta apreciable el TJUE no ha explicado el por qué de la autolimitación del Derecho de UE, en qué concretos casos se puede llevar a cabo una regularización, qué implica eludir la aplicación de la DEIA, si es posible “cuadrar el círculo” de llevar a cabo una EIA *ex post* y cumplir con la normativa de la UE o, en última instancia, cuándo la excepción es tal excepción (valga la redundancia). A diferencia de iniciales sentencias, es destacable que, con el paso del tiempo, el TJUE ya no indique que una regularización es posible “en ciertos” casos (nunca definidos en su jurisprudencia). Más bien, reconoce claramente que la legislación de la UE no impide la regularización mediante la realización de una EIA después de que el proyecto en cuestión se haya construido y entrado en funcionamiento”. En otras palabras, las regularizaciones ya no son excepcionales, aunque el TJUE no explique cómo se puede “cuadrar el círculo” y cumplir con los objetivos de la Directiva en el caso de un proyecto ya ejecutado y dejando esta cuestión en manos de los Estados miembros y sus órganos jurisdiccionales

*“[E]l Derecho de la Unión no se opone a que se efectúe una evaluación de ese impacto para regularizarla, durante la ejecución del proyecto o incluso una vez realizado este, siempre que se cumpla el doble requisito de que, por un lado, las normas nacionales que permiten esa regularización no ofrezcan a los interesados la oportunidad de eludir las normas del Derecho de la Unión o de verse dispensados de su aplicación y, por otro, que la evaluación efectuada para regularizarla no abarque únicamente el impacto ambiental futuro de ese proyecto, sino que tenga en cuenta también el impacto ambiental ocasionado desde su realización”.*⁴¹

European Court of Justice”, (2018) *Environmental Liability*, 2018, 43-52.

³⁹ Véase en el caso de la DH, el asunto C-399/14, *Grüne Liga Sachsen eV v. Freistaat Sachsen*, ECLI:EU:C:2016:10.

⁴⁰ Asunto C-215/06, *Comisión v. Irlanda*, ECLI:EU:C:2008:380, apt. 57; Asunto C-411/17, *Inter-Environnement Wallonie ASBL, Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen ASBL v. Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2019:622, apts. 175-176.

⁴¹ Asuntos acumulados C-196/16 y C-197/16, *Comune di Corridonia v. Provincia di Macerata, Provincia di Macerata Settore 10 — Ambiente*, ECLI: EU:C:2017:589, apts. 37-38.

21. El alcance de esta doctrina es tal que el TJUE no ha tenido reparo en aplicarla, por primera vez en el asunto C-411/17, a la DH. Queda por ver si esta doctrina será extensible a la evaluación de impacto estratégica. En todo caso, la ausencia de criterios más específicos abre la puerta a una variedad de enfoques en los Estados miembros que redundan en contra de la armonización que se ha venido logrando desde 1985.

22. Con todo, el TJUE ha venido fijando y recordando algunas cuestiones de importancia en relación con los proyectos que, debiendo haberse sometidos a EIA, no lo hayan sido, al igual que respecto de la competencia de los Estados miembros para llevar a cabo una regularización. Por una parte, a pesar de admitir que las autorizaciones de proyectos que hayan incumplido la DEIA puedan estar sujetos a un determinado plazo de recurso, sin embargo, el TJUE ha afirmado que es incompatible con la directiva una norma estatal de la que resulte que el proyecto cuya autorización ya no está expuesta a un recurso jurisdiccional directo como consecuencia de la expiración del plazo para recurrir previsto por la normativa nacional, han de considerarse “sencilla y llanamente” legalmente autorizados por lo que respecta a la obligación de EIA. La clave radica en que, de otra manera, se dispensa a la autoridad competente de la obligación de tener en cuenta el hecho de que un proyecto haya sido ejecutado sin que se hayan evaluado sus repercusiones sobre el medio ambiente y de velar porque se realice tal EIA cuando obras o intervenciones físicas vinculadas a ese proyecto precisen de una autorización posterior.⁴² Añadido a lo anterior, el TJUE ha afirmado que, si bien es cierto que la revocación de un acto ilícito debe producirse en un plazo razonable y que debe tener en cuenta hasta qué punto el interesado ha podido eventualmente confiar en la legalidad del acto, no es menos cierto que tal revocación está, en principio, permitida.⁴³ Todo lo anterior se enmarca en la declaración del TJUE en el asunto *Wells*, según el cual, incumbe a las autoridades competentes de un Estado miembro, en el marco de sus competencias, adoptar *todas las medidas*, generales o particulares, necesarias para que los proyectos sean examinados con el fin de determinar si pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente y, en caso afirmativo, para que se sometan a un estudio sobre impacto ambiental. En concreto, afirmó el TJUE, “la *revocación o suspensión* de una autorización ya concedida con el fin de efectuar una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente del proyecto en cuestión como la prevista por la Directiva 85/337 constituye, dentro de los límites del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, *una* de estas medidas particulares”.⁴⁴

⁴² Asunto C-348/15, *supra* nota 4, apts. 43-44.

⁴³ Asunto C-261/18, *Comisión v. Irlanda*, ECLI:EU:C:2019:955, apt. 92.

⁴⁴ Asunto C-201/02, *supra* nota 26, apt. 65, cursiva añadida.

7. COMENTARIOS CONCLUSIVOS

23. La EIA constituye una técnica que está consolidada en la UE. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que no carezca de lagunas, algunas evidentes como puede ser la sujeción de los proyectos del Anexo II DEIA a los tres criterios que esta enumera o la calidad del análisis que tanto el promotor como la autoridad competente pueda realizar de la actividad de que se trate, ya sea un proyecto o un plan. En el fondo subyace el “estigma” de tratarse de una técnica que necesariamente no ha de evitar la ejecución de actuaciones con efectos ambientales, a pesar de que estos puedan resultar negativos, tanto en un plano individual como acumulado. Ciertamente es que la jurisprudencia del TJUE (y por derivación de sus homólogos estatales) ha fijado criterios estrictos sobre la información ambiental y otras garantías (v.g., de participación o legitimación), pero como otras cuestiones, tales criterios tardan en penetrar en la actuación de las Administraciones y otros operadores. Es la DH la norma que está marcando la pauta de la EIA, aunque ciertamente, el objeto de la misma resulte diferente de la DEIA y DEAE. No obstante, las obligaciones básicas resultan comunes a estas dos normas. Con todo, la DH contiene una condición vinculante que imposibilita autorizar un proyecto en el caso de la que EIA resulte negativa, aspecto que diverge de manera evidente de las otras dos directivas. Quizás deba plantearse con mayor seriedad en la UE traspasar tal criterio a la DEIA y DEAE para reforzar con ello la vertiente preventiva de la EIA. Por otra parte, la doctrina poco elaborada del TJUE sobre las regularizaciones plantea nuevos frentes de incertidumbre, que pueden dificultar el control sobre el cumplimiento de lo que la normativa de la UE exige.

XIII. La evaluación ambiental adecuada exigida sobre proyectos y planes con incidencia en Espacios Red Natura 2000¹

Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa
Profesor Titular de Derecho administrativo. Universidad de Navarra.

RESUMEN:

El presente trabajo hace un análisis doctrinal y jurisprudencial reciente sobre la evaluación ambiental adecuada que, de acuerdo con la Directiva de Hábitats y la Ley estatal de Patrimonio Natural, debe llevarse a cabo sobre cualquier proyecto o plan que tenga o pueda tener efectos sobre los espacios que integran la Red Natura 2000. Del mismo modo, pese a ser una evaluación distinta, se analiza el procedimiento conjunto con la evaluación de impacto ambiental de proyectos o planes y programas.

ABSTRACT:

That work makes a doctrinal and jurisprudential analysis about the adequate environmental assessment that, according to the Habitats Directive and the Spanish Law, must be carried out on any project or plan that has or may have effects on Natura 2000 Network. Although it's a different environmental assessment, the procedure is analysed jointly with the environmental impact assessment of projects or plans and programmes.

¹ El presente trabajo es fruto de la ponencia expuesta en el VIII Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Homenaje a D. Ramón Martín Mateo, celebrado en Sevilla el 11 de octubre de 2019, organizado por ADAME (Asociación Española de Derecho Ambiental), CEDAT (Centre d'Estudis de Dret Ambiental) y el Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla.

PALABRAS CLAVE: evaluación ambiental adecuada, evaluación de impacto ambiental, Red Natura 2000.

KEYWORDS: Appropriate environmental assesmet; environmental impact assesment, Natura 2000 Network.

SUMARIO

1. Introducción	358
2. Las obligaciones de protección de los espacios Red Natura y la evaluación adecuada ante proyectos o planes que incidan en ella.	360
2.1 La adopción de planes o instrumentos de gestión, medidas normativas, administrativas o contractuales.	361
2.2 Medias apropiadas para evitar el deterioro de los hábitats.	363
2.3 La Evaluación adecuada de las repercusiones en el lugar Red Natura de los planes, programas o proyectos.	364
3. Metodología de la evaluación adecuada.....	368
4. Sobre la necesidad de procedimientos coordinados o conjuntos EIA o EAE con evaluación adecuada de proyectos sobre Red Natura 2000.	371
5. Previsiones en la LEA 21/2013, sobre la evaluación adecuada relativa a espacios Red Natura 2000.	373
5.1 Ámbito de la LEA y Red Natura 2000.....	373
5.2 La reciente modificación de la LEA y sus previsiones sobre la evaluación en espacios Red Natura.	375
5.3 Otras previsiones contenidas en la LEA en relación a la evaluación adecuada sobre espacios Red Natura 2000.	377
6. Y si el resultado de la evaluación adecuada fuese negativa.....medidas compensatorias.....	379
7. Para concluir dos sentencias recientes (TJUE, TC) relacionadas con la Red Natura 2000 y su necesaria protección.....	383
8. Bibliografía citada	385

1. INTRODUCCIÓN

Es habitual hablar de evaluación de impacto ambiental de proyectos, por mor de la Directiva de 1985, de la evaluación ambiental estratégica de planes y programas por mor de la Directiva de 2001, pero también de “evaluación adecuada” que es a la que se refiere el artículo 6.3 de la Directiva de Hábitats de 1992 y de la que no se habla tanto. Una evaluación exigible a cualquier proyecto, plan o programa que sin tener relación directa con la gestión del espacio o ser necesario pueda tener efectos apreciables sobre el mismo. De hecho, como reconoce la Comisión Europea, el contenido de la evaluación adecuada sobre Red Natura 2000 es más reducido que el de la evaluación ambiental de proyectos, porque se limita a valorar las implicaciones del proyecto para el lugar a la vista de sus objetivos de conservación, pero es una evaluación más que la Directiva de hábitats exige.

Un régimen de protección que exige evaluación ambiental especial por tanto respecto de cualquier nuevo proyecto que pueda tener incidencia sobre estos espacios que configuran la Red Natura 2000, creada por la Directiva 92/43/CEE, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y la Directiva 2009/147/CE, relativa a la conservación de las aves silvestres.

Como es sabido, el objetivo de esta Red Natura es el mantenimiento o restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de determinados tipos de hábitats y especies, en sus áreas de distribución natural, por medio de zonas especiales para su protección y conservación².

Creo que no decir nada nuevo si como señala el reciente Informe de la Comisión sobre el cumplimiento de la legislación ambiental en España,

² Sobre la adecuada evaluación de proyectos y planes sobre espacios Red Natura 2000, entre otros, GARCÍA URETA, A. *Derecho de la biodiversidad*, Iustel-Gómez Acebo, 2010; *La Directiva de Hábitats de la Unión Europea: Balance de 20 años* (GARCÍA URETA, A., Director), Aranzadi, 2012; SERRANO PAREDES, O. “Red Natura 2000, régimen de intervención ambiental y derechos de los particulares” *RADA*, núm. 23, 2012; SOLDEVILLA FRAGOSO, S. “Red Natura 2000 y las evaluaciones de impacto ambiental”, *Actualidad Administrativa*, núms.7-8, 2019; SALINAS ALCEGA, S. “Procedimiento de evaluación de planes y proyectos que pueden afectar a los lugares incluidos en la Red Natura 2000” *La conservación de la naturaleza: su régimen jurídico en Colombia y España* (coords. Embid Irujo, E. García Pachón, P.), 2018;

“España es un marco de referencia excepcional dentro de la UE por su capital natural, que ofrece oportunidades pero también implica una especial responsabilidad. España cuenta con una biodiversidad muy rica y aporta la mayor superficie terrestre a la red Natura 2000 de la UE, que ocupa alrededor del 27 % de su territorio. Una vez completado el proceso de declaración de espacios, el principal reto consiste en poner en marcha las medidas necesarias para proteger y gestionar la red Natura 2000 con recursos suficientes. Además, España podría explotar aún más su extraordinariamente valioso capital natural para promover el crecimiento ecológico y la creación de empleo.”³

España es el país de la UE que más territorio aporta a la Red Natura⁴ y por tanto son muchas las obligaciones que tiene en aras a su adecuada conservación y protección.

De todos estos espacios en España más del 70% han sido declarados ZEC⁵, correspondiendo tal competencia a las CCAA, yendo algunas de ellas con retraso caso de Aragón, Cantabria, Comunidad Valenciana o Región de Murcia, o la propia Administración General del Estado, en aquellos territorios Red Natura 2000 que son de su competencia.⁶

El hecho de que el 27% del territorio español integre la Red Natura 2000 ya sea como ZEC o como ZEPA plantea no pocos litigios para el desarrollo de actividades o proyectos que directa o indirectamente puedan tener incidencia sobre este elevado porcentaje del territorio español. Muchas de estas actividades o proyectos estarán sujetas a autorización o licencia y a la conocida técnica de la evaluación de impacto ambiental de proyectos. La cuestión hasta

³ Revisión de la aplicación de la normativa medioambiental de la UE 2019. Informe de España que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la aplicación de la normativa medioambiental 2019: Una Europa que protege a sus ciudadanos y mejora su calidad de vida. Bruselas, 4.4.2019. SWD(2019) 132 final

⁴ España ha declarado 1863 espacios Natura 2000, 647 Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA) con arreglo a la Directiva sobre aves y 1467 lugares de importancia comunitaria (LIC) de conformidad con la Directiva sobre hábitats. Todos ellos ocupan el 27,3 % de su territorio terrestre (media de la UE: 18,2 %), lo que hace de España el Estado miembro que aporta la mayor superficie a la red Natura 2000 (más de 222 000 km² en total: 138 330 km² de superficie terrestre y 84 322 km² de superficie marina).

⁵ En virtud de esa legislación española deben elaborarse planes de gestión antes de que los lugares puedan ser declarados ZEC. Así se garantiza que la designación de ZEC active la adopción de medidas de conservación, como se exige en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva sobre hábitats.

⁶ BLASCO HEDO, E. y LÓPEZ PÉREZ, F. [“Red Natura 2000: infraestructura verde y el alcance de una evaluación adecuada”](#) *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, CIEDA-CIEMAT, 2020.

aquí sería sencilla de entender si no fuera porque la propia Directiva de hábitats y su transposición al ordenamiento jurídico español prevé también en estos casos una evaluación de tales proyectos o planes en relación a su afección sobre los espacios con independencia de que estén o no sometidos a EIA o EAE. Aquí surge un problema claro de coordinación, de posible duplicidad de evaluaciones que es necesario aclarar.

En este breve estudio me limitaré principalmente a poner de manifiesto la regulación de ambas Directivas y particularmente de las normas estatales que han llevado a cabo su transposición, especialmente la Ley 21/2013 de Evaluación Ambiental recientemente modificada en 2018 y con alusiones, como ya se ha dicho, a los proyectos que tengan incidencia en la Red Natura 2000.

2. LAS OBLIGACIONES DE PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS RED NATURA Y LA EVALUACIÓN ADECUADA ANTE PROYECTOS O PLANES QUE INCIDAN EN ELLA.

La Directiva de Hábitats obliga a los Estados miembros a proteger y conservar la integridad de los espacios que integran la Red Natura 2000. Para ello, tanto la Directiva de Hábitats como la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad,⁷ establecen una serie de instrumentos de protección entre los que obviamente destaca la necesidad de una evaluación adecuada respecto de cualquier proyecto o actividad que pueda tener incidencia apreciable sobre cualquier espacio integrante de la Red.

En concreto, me referiré brevemente a lo previsto en los artículos 6 de la Directiva y 46 de la LPNB, centrándome en la denominada evaluación adecuada que como ya se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y por la doctrina, **no es la misma evaluación** que se exige por la conocida normativa de evaluación de impacto ambiental de proyectos o de planes y programas.

⁷ Sobre esta Directiva y sus más de 20 años en vigor, *in totum* GARCÍA URETA, A. (Coordinador), *La Directiva de Hábitats de la Unión Europea: Balance de 20 años*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012 y en particular sobre su aplicación en España en la misma obra, el trabajo de LAZKANO BROTONS, I. “La aplicación de la Directiva de Hábitats en el Estado español y la Comunidad Autónoma del País Vasco. Novedades tras la aprobación de la Ley del Patrimonio Natural y la Biodiversidad de 2007”, pp.163 y ss.

Las técnicas de protección con mandatos concretos a las Administraciones ambientales competentes previstos por la Directiva “habitats” y por la LPNB son los siguientes:

2.1 La adopción de planes o instrumentos de gestión, medidas normativas, administrativas o contractuales.

La primera de las obligaciones respecto de los espacios Red Natura tras su designación como LIC es la adopción de los planes de gestión, instrumentos de planificación que establecen el régimen de usos y actividades permisibles y las limitaciones que se consideren necesarias para la conservación de estos espacios, así como las medidas para la conservación de hábitats y especies.⁸ Así se deduce del 6.1 de la Directiva y del 46.1 LPNB.

Estos planes de gestión tienen una gran importancia y nadie duda de su naturaleza reglamentaria y de que para su aprobación es necesaria la previa información y participación públicas, como señala la reciente STS de 28 de enero de 2019, que además de ratificar su naturaleza reglamentaria y su exigencia de publicación, deja clara su prevalencia sobre los planes urbanísticos.

“(...) no puede compartirse la interpretación de las normas efectuada por la Administración recurrente, para mantener que los planes de gestión en cuestión no tienen carácter normativo, planteamiento que tampoco puede acogerse desde la alegación de que, en el caso de los planes controvertidos que se aprueban por la Orden impugnada, sus previsiones se orientan a la gestión preventiva y gestión activa mediante el diálogo y concertación con todos los agentes del territorio, la adopción de catálogos de buenas prácticas y el establecimiento de manuales de gestión, el reforzamiento de la participación y la colaboración de entidades de conservación (...) de manera que se trata del establecimiento de objetivos, medidas y criterios de actuación ejecutivos, que, en cuanto se proyectan sobre los correspondientes espacios ZEC, afectan a quienes tienen titularidades e intereses en el ámbito de los mismos en los términos previstos y objeto de regulación en el Plan.”

⁸ A modo de ejemplo, la reciente Ley gallega 5/2019, de patrimonio natural que señala que estos planes contendrán a) la delimitación de su ámbito de protección b) la identificación de los valores que han de protegerse, su estado de conservación y los posibles riesgos que puedan afectar a sus valores naturales c) los objetivos de conservación d) las normas de uso y aprovechamiento del suelo y de los recursos naturales, destinadas a proteger y conservar o mejorar los valores ambientales e) las normas relativas al uso público, así como a las actividades científicas o educativas f) la programación de las actuaciones a desarrollar en el espacio natural g) el programa de seguimiento h) la identificación de medidas para garantizar la conectividad ecológica, estableciendo o restableciendo corredores con otros espacios naturales de singular relevancia para la biodiversidad i) los instrumentos financieros precisos para cumplir los fines perseguidos.

Es necesario destacar además que los planes de gestión que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental deberán someterse a evaluación ambiental estratégica (Disposición adicional décima LPNB). En cuanto a su contenido, de acuerdo con la Comisión Europea (FAQs sobre RN 2000) los planes de gestión:

- Proporcionan una relación completa de los objetivos de conservación y de la condición y los requisitos ecológicos de los hábitats y las especies presentes en el lugar, de manera que resulta claro qué se está conservando y por qué.
- Analizan el contexto socioeconómico y cultural de la zona y las interacciones entre los diferentes usos del suelo y las especies y los hábitats presentes.
- Proporcionan un marco para un debate abierto entre todas las agrupaciones de interés y ayudan a generar una opinión de consenso sobre la gestión a largo plazo del lugar, así como a crear un sentimiento de propiedad compartida del resultado final.
- Ayudan a encontrar soluciones de gestión prácticas, que son sostenibles y que se integran mejor en otras prácticas de uso del suelo.
- Proporcionan un medio para establecer las respectivas responsabilidades de los diferentes interesados socioeconómicos, las autoridades y las ONG en lo tocante a la aplicación de las medidas de conservación necesarias determinadas.

Sobre la adecuada previsión y contenido de los planes de gestión de espacios RN 2000, merece ser también citada la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 19 de junio de 2018, por la que se anulan los planes de gestión aprobados mediante Decreto 110/2015, denominado Plan Director de la Red Natura 2000, incluyendo la aprobación de los planes de gestión de hasta 75 lugares conformantes de la Red (Anexo V) en esta Comunidad Autónoma. La sentencia estimando los argumentos de los recurrentes, señala la falta de definición de las medidas de conservación y mecanismos que aseguren su efectiva aplicación, así como la ausencia de un plan de seguimiento anulándolos al vulnerar precisamente el artículo 46.1 LPNB.

Como señala el TSJ de Extremadura en esta sentencia, tales planes deben procurar el mantenimiento de los espacios en un estado de conservación favorable y evitar el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de las especies, así como las alteraciones que

repercutan en las especies que hayan motivado la designación de estas áreas, lo que no parece a priori que se logre mediante la aprobación de 75 planes simultáneamente⁹.

2.2 Medias apropiadas para evitar el deterioro de los hábitats.

A la obligación de adoptar estas medidas apropiadas para evita el deterioro de los hábitats Red Natura, se refieren los artículos 6.2 de la Directiva y el 46.2 LPNB.

El TJUE, señala a las claras que

“El artículo 6 de la Directiva de hábitats impone a los Estados miembros una serie de obligaciones y de procedimientos específicos dirigidos a garantizar, como se desprende del artículo 2, apartado 2, de esta Directiva, el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los hábitats naturales y de las especies silvestres de la fauna y de la flora de interés de la Unión para alcanzar el objetivo más general de la misma Directiva que es garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente en lo que atañe a los lugares protegidos por ella [véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2018, Comisión/Polonia (Bosque de Białowieża), C-441/17, apartado 106 y jurisprudencia citada].

Los Estados miembros deben por tanto adoptar las medidas necesarias para evitar el deterioro de los hábitats de especies y hábitats naturales así como la alteración de las especies. Así el ámbito del 6.2 de la Directiva se refiere necesariamente a todo tipo de planes, actividades o instalaciones ya estén sujetas a autorización o no, ya hayan sido autorizadas o no con anterioridad a la Directiva de Hábitats, si bien a las anteriores obviamente no cabe exigirles la evaluación ambiental adecuada del 6.3. Así en todo caso, deben adoptarse todas las medidas que sean necesarias de carácter preventivo para evitar el deterioro (hábitats) o la alteración (especies) que le hacen acreedor de tal condición.

Precisamente, una de las formas de incumplimiento del 6.2 de la Directiva de hábitats radica en los supuestos en que la evaluación del 6.3 no sea adecuada, evaluación a la que nos referimos a continuación.

⁹ BLASCO HEDO, E. y LÓPEZ PÉREZ, F. “[Red Natura 2000: infraestructura verde y el alcance de una evaluación adecuada](#)” *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, CIEDA-CIEMAT, 2020.

2.3 La Evaluación adecuada de las repercusiones en el lugar Red Natura de los planes, programas o proyectos.

Estamos a mi juicio ante el precepto fundamental y más desarrollado de la Directiva de Hábitats y que también ha dado lugar a una numerosa jurisprudencia del TJUE.

El artículo 6.3 de la Directiva señala que

“Cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 4, las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública.”

En primer lugar, la decisión de evaluación requerida por el 6.3 de la Directiva, debe llevarse a cabo aplicando un lógico principio preventivo, precautorio diría yo, ya que es exigible desde el momento en que “exista la mera probabilidad de que el plan o proyecto pueda afectar de manera apreciable”. Teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela, tal posibilidad existe desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto pueda afectar al lugar en cuestión de forma apreciable.

Como señala la reciente STJUE de 29 de julio de 2019,

“De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la exigencia de una adecuada evaluación de las repercusiones de un plan o proyecto, establecida en el artículo 6, apartado 3, de la Directiva de hábitats, está condicionada a que exista la probabilidad o el riesgo de que ese plan o proyecto afecte de manera apreciable al lugar de que se trate. Teniendo en cuenta, en particular, el principio de cautela, se considera que tal riesgo existe desde el momento en que no pueda excluirse, a la luz de los mejores conocimientos científicos en la materia, que el plan o el proyecto pueda afectar a los objetivos de conservación de dicho lugar. Esta posibilidad debe apreciarse, en particular, a la luz de las características y condiciones medioambientales específicas del lugar afectado por tal plan o proyecto [véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2018, Comisión/Polonia (Bosque de Białowieża), C-441/17, apartados 111 y 112 y jurisprudencia citada].”

Por consiguiente, en caso de duda sobre la posible afección procede realizar la evaluación adecuada, no cabiendo que una Comunidad Autónoma en el caso de España pueda establecer criterios de exclusión no previstos en la legislación básica, como sobre este particular se ha pronunciado STC 86/2019, de 20 de junio, relativa a un recurso de inconstitucionalidad contra la ley canaria. El TC deja claro lo siguiente:

“El legislador estatal exige someter a evaluación cualquier proyecto que puede afectar de forma “apreciable” al espacio de la red natura 2000; esta es la única condición prevista en el artículo 46.4 de la Ley 42/2007 y de forma idéntica, tras su reforma, por el artículo 8.5 LEA, también de carácter básico. Sin embargo, el legislador canario, tras reproducir en el artículo 174.1 la legislación básica, introduce criterios para determinar si un proyecto que afecta a la Red Natura 2000 debe ser sometido a evaluación, y lo excluye cuando “no se prevé que la actuación pueda generar efectos apreciables en el lugar”. Ninguna contradicción cabe apreciar hasta este momento entre el precepto impugnado y la norma de contraste. No obstante, a continuación se define qué ha de entenderse por “efectos apreciables” en sentido negativo: no lo serán los que “quepa excluir, sobre la base de datos objetivos” por no afectar de “forma importante”, conforme al principio de cautela.

Ya hemos tenido ocasión de declarar que «lo básico, como propio de la competencia estatal en la materia de medio ambiente, cumple una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que deben permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos» y lo que “haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución” (STC 33/2005, de 17 de febrero, FJ 6). En el presente caso, el reproche constitucional al artículo 174.2 de la Ley del suelo y de los espacios naturales protegidos de Canarias no radica en el empleo del término “importante” frente al de “apreciable”, términos que, por lo demás, no son equivalentes, sino en la definición de lo básico realizada por dicho precepto. Por consiguiente, declaramos la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “A tales efectos, se entenderá que no se estima que puedan generarse efectos apreciables en los casos en que, teniendo en cuenta el principio de cautela, quepa excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho proyecto pueda afectar al lugar en cuestión de forma importante”, del artículo 174.2 de la ley controvertida.”

Así queda meridianamente claro que la decisión sobre la evaluación sólo depende de la posible afección aunque no sea cierta sobre el lugar, los hábitats y las especies. Aquí no cabe entrar a valorar si el plan o proyecto compromete o no los objetivos de conservación del lugar, aspecto fundamental que como veremos se determinará en la ulterior evaluación adecuada.¹⁰

¹⁰ GARCÍA URETA, A. “Directiva de Hábitats y Evaluación de impacto ambiental”, en *La Directiva de Hábitats de la Unión Europea. Balance de 20 años*, Aranzadi, 2012, pp.114-115.

Decidida la realización de la evaluación adecuada con los criterios señalados, se procederá a la misma. La Directiva no define qué se entiende por evaluación adecuada, un concepto jurídico indeterminado, que ha sido determinado por la jurisprudencia del TJUE principalmente y que debe referenciarse obligatoriamente a los objetivos de conservación del lugar que habrán fijado en el correspondiente plan de gestión, excluyendo factores que no sean los ambientales tales como pueden ser los sociales o económicos, y en esto se diferencia claramente de la EIA de proyectos.

“Tal evaluación adecuada no es un mero acto administrativo formal, sino que deben proporcionar un análisis en profundidad acorde con los objetivos de conservación establecidos para el lugar de que se trate, tal y como se recogen en el citado artículo 6, en particular en lo relativo a la protección de los hábitats naturales y de las especies prioritarios » (STJUE de 14 de abril de 2005, asunto C-441/03, apartado 22).

Los objetivos de conservación son los que se determinan en el correspondiente Plan de gestión de la zona de que se trate para cada una de las especies y hábitats presentes, salvo aquellas especies y hábitats cuya presencia no sea significativa.

Como señala STJUE de 7 de noviembre de 2018,

“la evaluación adecuada de las repercusiones de un plan o proyecto en un lugar protegido implica, en primer término, antes de la aprobación del plan o proyecto, la identificación de todos los aspectos del plan o proyecto que puedan afectar a los objetivos de conservación de ese lugar. En segundo término, tal evaluación no puede considerarse adecuada si comporta lagunas y no contiene constataciones ni conclusiones completas, precisas y definitivas que permitan disipar cualquier duda científica razonable sobre los efectos del plan o proyecto en cuestión en dicho lugar. En tercer término, todos los aspectos del plan o proyecto en cuestión que, por sí solos o conjuntamente con otros planes o proyectos, puedan afectar a los objetivos de conservación de ese mismo lugar deben identificarse a la luz de los mejores conocimientos científicos en la materia.

45. De ello se infiere que esta disposición impone a la autoridad competente contabilizar y evaluar todos los aspectos de un plan o proyecto que puedan afectar a los objetivos de conservación del lugar protegido antes de la concesión de la autorización en cuestión.”

Por tanto la evaluación adecuada debe valorar los efectos, las repercusiones sobre estos elementos si el proyecto se realiza, “a la luz de los mejores conocimientos científicos en la materia” (STJUE de 7 de septiembre de 2004, « mar de Wadden », apartado 54)¹¹ y sólo podrá ser autorizado si no causa perjuicio a la integridad, es decir, que pese a realizarse el proyecto el espacio se mantenga (hábitats, especies) en un estado de conservación favorable.

Lógicamente la integridad del lugar estará ligada al cumplimiento de los objetivos de conservación de lugar, de manera que el proyecto no los obstaculice, ponga en peligro o los dificulte. Por otro lado, el perjuicio a la integridad no se puede ligar a la superficie del proyecto dado que igualmente puede llegar a afectar a la integridad.

Realizada la evaluación adecuada exigida, debe quedar claro de manera motivada y en ello la jurisprudencia comunitaria ha sido exigente, que sólo podrá autorizarse un proyecto como exige el 6.3 *in fine*, si se tiene certeza, tras la evaluación de que no causará perjuicio a la integridad (concepto jurídico indeterminado) de dicho lugar. Algo que no está exento de conflicto porque en el mundo del Derecho y de la Ciencia las certezas son difíciles de tener y acudiendo al principio de cautela, habrá que ponderar los riesgos ya que es sabido que el riesgo cero no existe. En esto se alinea claramente con el principio de precaución que se deduce del propio artículo 6.3 de la Directiva de hábitats. Y como señala el TJUE una vez más en la reciente sentencia de 29 de julio de 2019,

*“(...) únicamente se autorice en la medida en que no cause perjuicio a la integridad de dicho lugar [sentencias de 17 de abril de 2018, Comisión/ Polonia (Bosque de Białowieża), C-441/17, apartado 108 y jurisprudencia citada, y de 25 de julio de 2018, Grace y Sweetman, C-164/17, apartado 38. Es decir, que “tal evaluación debe entenderse de modo que las autoridades competentes puedan tener la certeza de que un plan o proyecto no producirá efectos perjudiciales para la integridad del lugar de que se trate, ya que, cuando haya incertidumbre sobre la inexistencia de tales efectos, dichas autoridades deberán denegar la autorización solicitada”.*¹²

¹¹ *Directrices para la evaluación de proyectos que pueden afectar a Red Natura 2000*, Activa Red Natura-Seo Bird Life, 2014, pp.38-39.

¹² Sentencia de 15 de diciembre de 2011, asunto C-560/08, que condenó a España por el incumplimiento de la realización de evaluación ambiental sobre diversos proyectos de una carretera que afectaba a una ZEPA y varios LICs.

Ahora bien, a mi juicio, hacer una interpretación extrema del principio de precaución supondría la obligación de denegar la aprobación de cualquier proyecto ante cualquier duda (grande, pequeña, mínima) sobre la existencia de efectos perjudiciales. Obviamente, si se autoriza un proyecto es porque se presume que no causará perjuicio a la integridad del espacio y es que si se tuviera certeza de tal perjuicio se recurriría a la autorización excepcional del 6.4 de la Directiva que presupone que se causan perjuicios a las zonas de conservación, sobre el que volveremos.

Tal principio reclama una interpretación objetiva, es decir, que tal falta de certeza sobre los efectos sea real y demostrable y que los mismos hiciesen imposible o poco probable la consecución de los objetivos de conservación, o supusiesen la destrucción de manera irreversible una parte fundamental del ecosistema que caracteriza a la zona y que es esencial para su integridad o su importancia para la coherencia de la red Natura 2000.

3. METODOLOGÍA DE LA EVALUACIÓN ADECUADA

Ya se ha reiterado por la doctrina y la jurisprudencia que la Directiva de Hábitats no impone ningún método ni forma de evaluación de las repercusiones para cumplir con el 6.3, es decir, no es necesaria una evaluación en los términos de la Directiva de evaluación de impacto ambiental de proyectos, ni la Directiva EAE. La concreción de estas medidas y evaluaciones adecuadas no ha sido tarea sencilla y de hecho tanto la jurisprudencia comunitaria y estatal, al igual que con carácter previo interpretativo, la Comisión han ido concretando su alcance.¹³ La evaluación del artículo 6.3 de la Directiva de Hábitats, como ha declarado el TJUE, “*pese a su proximidad con la ELA, es singular y con diferencias de contenido de determinadas prescripciones de ésta*”.¹⁴

¹³ Comisión Europea, Gestión de espacios naturales. Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, sobre hábitats, 2000; Comisión Europea, Assesment plans and projects significantly affecting Natura 2000 sites. Methodological guidance on the provisions of article 6.3 and 6.4 of the Habitats Directive 92/43/CEE, 2001; Comisión Europea Documento orientativo sobre el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats, 92/43/CEE, 2007.

¹⁴ STJUE de 23 de marzo de 2006, asunto C-209, Comisión c. Austria

No obstante, tanto la Comisión, como la legislación estatal básica y la autonómica que se ha aprobado en materia de EAE o de EIA, entienden que en el caso de proyectos o planes estén bajo el ámbito de aplicación de la normativa de evaluación ambiental, la evaluación exigida por el 6.3 debe integrarse mediante un informe en la propia evaluación de impacto ambiental o estratégica.¹⁵

La cuestión de cómo debe realizarse esa evaluación adecuada no es baladí. Muchas de las denuncias que recibe la Comisión sobre la aplicación de la Directiva de Hábitats se refieren no ya a la degradación de lugares designados, o a una gestión inadecuada sino a la mala calidad de las evaluaciones adecuadas exigidas por el artículo 6.3, de la Directiva sobre hábitats.

No es sencillo determinar el significado de “evaluación adecuada”, ni establecer el grado de repercusión que un proyecto o plan pueda tener sobre un espacio Red Natura. En definitiva, lo que podríamos denominar el alcance del control previo.¹⁶ Es la jurisprudencia la que caso por caso lo ha ido determinando.

La anterior regulación estatal de EIA, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2008, en su disposición final segunda autorizaba al Gobierno a regular

“los requisitos adicionales y la metodología que deba utilizarse en la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de competencia de la Administración General del Estado que puedan afectar de forma apreciable a los espacios protegidos de la Red Natura 2000, de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad”,

si bien esa norma no se llegó a aprobar.

Sobre la metodología de la evaluación de impacto ambiental, debe señalarse como destaca en su extraordinario estudio SANTAMARÍA ARINAS, que en este caso también ni la Directiva, ni la LEA establecen una concreta y determinada metodología en las

¹⁵ SERRANO PAREDES, O. “Red Natura 2000, régimen de intervención ambiental y derechos de los particulares” RADA, núm. 23, 2012, p.447.

¹⁶ BLASCO HEDO, E. y LÓPEZ PÉREZ, F. “[Red Natura 2000: infraestructura verde y el alcance de una evaluación adecuada](#)” *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, CIEDA-CIEMAT, 2020.

evaluaciones.¹⁷ Quizá sería buen momento para que se establecieran, más allá de los criterios contenidos en los Anexos, unas normas técnicas, no sé si de normalización en cuanto a la metodología correcta de las evaluaciones ambientales, que dotaran de esta manera de seguridad jurídica tanto al promotor como a la Administración ambiental y así se redujera sustancialmente la discrecionalidad, no ya en cuanto a la metodología, sino también incluso ante la valoración de los impactos. Esto facilitaría mucho desde mi modesto punto de vista, el control judicial sin tener que estar al socaire de la frecuente judicialización de proyectos sometidos a evaluación en los que el juez tiene que enfrentarse a diferentes informes periciales de parte, además de la DIA formulada, todos ellos curiosamente contradictorios en algunos casos, incluso respecto de datos objetivos, como puede ser el número de árboles que deben ser talados o la extensión del proyecto.

En este sentido, merece ser destacada la STS de 2 de febrero de 2016 que confirmando la SAN de 3 de junio de 2014, hace claro hincapié en la metodología de la evaluación ambiental de un proyecto, analizando con exhaustividad la calidad y justificación del estudio de impacto ambiental, la ausencia de contradicciones y la consiguiente declaración de impacto debidamente motivada, aplicando sobre la misma una justificación clara y un control sobre el ejercicio de la discrecionalidad técnica en la valoración de impactos. Así señala la sentencia

“En relación con la elección del emplazamiento de la EDAR entre las cuatro alternativas estudiadas y la justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales, sobre la que se centra la impugnación de la demandante, se constata que la declaración de impacto ambiental no justifica en modo alguno la elección del método utilizado para contrastar la incidencia medioambiental de cada una de las alternativas sopesadas y, por ende, su solvencia técnica a tal efecto, aunque se hace referencia de forma indiscriminada a un largo listado bibliográfico, que se afirma ha sido consultado, sin mayor especificación. El estudio de impacto ambiental se limita a aplicar una escala de puntuaciones comprendidas entre +6 y -10 a diferentes variables que se toman en consideración en relación con cada una de las alternativas de emplazamiento (clima, geología, edafología, hidrología, calidad del agua, calidad del aire, residuos, botánica, micología, zoología, paisaje, etnografía, arqueología, geografía, sonoridad y olores), sin explicar el significado de dicha escala, los criterios a considerar en su aplicación o cuando se ha de asignar una u otra puntuación a cada alternativa en

¹⁷ SANTAMARÍA ARINAS, R.J “Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos”, *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, (GARCÍA URETA, A., Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p.33.

relación con cada variable empleada. Simplemente se expone la franja de puntuación que se corresponde con los diferentes conceptos de impactos negativos ambientales que en teoría pueden producir las acciones de un proyecto, concretamente de impacto ambiental compatible (+6 a -2), impacto ambiental moderado (-3 a -5), impacto ambiental severo (-6 a -9), e impacto ambiental crítico (-10), cuya definición se establece en el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que aprueba el Reglamento para la Evaluación de Impacto Ambiental.

En efecto, queda sin concretar de entrada el modo de asignación de las puntuaciones otorgadas con base en los conceptos normativamente predeterminados en cada una de las variables evaluadas...”

Con esta sentencia, queda a las claras que las evaluaciones ambientales, todas, deben ser rigurosas y motivadas y que el control judicial debe entrar a fondo sobre su motivación.

4. SOBRE LA NECESIDAD DE PROCEDIMIENTOS COORDINADOS O CONJUNTOS EIA O EAE CON EVALUACIÓN ADECUADA DE PROYECTOS SOBRE RED NATURA 2000.

Uno de los principios contenidos en la LEA (artículo 2.c) es la racionalización, simplificación y concertación de los procedimientos de evaluación ambiental, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.3 de la Directiva EIA

“En el caso de los proyectos para los que exista la obligación de efectuar evaluaciones de los efectos medioambientales a la vez en virtud de la presente Directiva y de la Directiva 92/43/CEE o la Directiva 2009/147/CE, los Estados miembros velarán, cuando sea conveniente, porque se dispongan procedimientos coordinados o conjuntos que cumplan los requisitos de estos actos legislativos de la Unión”.

La finalidad de esta previsión no es otra que la de fomentar la racionalización de las evaluaciones ambientales para reducir duplicaciones y evitar solapamientos en las distintas evaluaciones aplicables a un mismo proyecto o plan.

Para ello, en 2016, respecto de los proyectos, la Comisión publicó un Documento de orientación sobre la racionalización de las evaluaciones ambientales efectuadas en virtud del artículo 2 apartado 3 de la Directiva de evaluación de impacto ambiental.¹⁸

Como señala el citado Documento:

“El Derecho de la UE puede requerir en ocasiones varias evaluaciones ambientales de un solo proyecto. No obstante... la existencia de evaluaciones paralelas de un solo proyecto puede dar lugar a retrasos, discrepancias e inseguridad administrativa en su aplicación”

La Comunicación señala que a un proyecto puede aplicársele uno de los procedimientos (conjunto) o los dos combinados (coordinado).

Nuestro ordenamiento, como veremos, opta por un procedimiento conjunto una sola evaluación realizada con arreglo a la Directiva EIA, procurando reducir cargas administrativas innecesarias, acelerando la toma de decisiones, siempre sin comprometer la calidad del procedimiento de evaluación ambiental.

Sobre la toma de decisiones, merece destacarse que la evaluación adecuada del 6.3 de la Directiva de Hábitats es vinculante, de manera que las autoridades no pueden autorizar un proyecto a menos que concluya tal evaluación adecuada que el proyecto no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión, como señala GARCÍA URETA la evaluación ambiental de la Directiva de Hábitats no es la misma que la prescrita por la Directiva EIA, no sólo en cuanto a su contenido, sino también en cuanto a que la evaluación negativa de proyectos sometidos a EIA no impide su realización, mientras que esto no cabe con arreglo a la Directiva de hábitats¹⁹, salvo las excepciones previstas en su artículo 6.4.

Por otro lado, no es casi necesario decirlo, pero la omisión de la evaluación adecuada determinad la nulidad del plan o proyecto, de la misma manera que cuando se omite la evaluación de impacto ambiental o la estratégica. Como botón de muestra la STS de 9 de

¹⁸ DO C 273 de 27.7.2016, p. 1.

¹⁹ GARCÍA URETA, A. “La Directiva 2014/52 de evaluación de impacto ambiental” en *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, (GARCÍA URETA, A., Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2016, p.197

octubre de 2019, que confirma la STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2018, por la que se declaró nula la resolución por la que Dirección General de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid eximió de la evaluación ambiental para la construcción de una mansión en una ZEC. La sentencia confirma que el proyecto debía haberse sometido a evaluación ambiental adecuada, de manera anterior a la ejecución de la obra, al encontrarse en Red Natura 2000. A juicio de la Comisión, el procedimiento conjunto de EIA y evaluación adecuada (RN 2000) garantiza una evaluación de mayor calidad y es la forma recomendada de llevar a cabo ambas evaluaciones, forma por la que opta la LEA.

5. PREVISIONES EN LA LEA 21/2013, SOBRE LA EVALUACIÓN ADECUADA RELATIVA A ESPACIOS RED NATURA 2000.

Llegados a este punto, es necesario citar las referencias que contiene la Ley 21/2013, de evaluación ambiental²⁰ y su reciente modificación operada por la Ley 9/2018, respecto a la evaluación sobre proyectos que puedan afectar a la Red Natura 2000.²¹

5.1 Ámbito de la LEA y Red Natura 2000

En cuanto al ámbito de aplicación, mientras que la evaluación de impacto ambiental o estratégica se refiere a los proyectos o planes que se enumeran en los respectivos anexos, la evaluación adecuada se refiere a cualquier proyecto o plan que pueda afectar a la Red y en particular a sus objetivos de conservación.

La jurisprudencia del TJUE señala que:

²⁰ Sobre la LEA 21/2013, en particular QUINTANA LÓPEZ, T. (Director); CASARES MARCOS, A. (Coord.), *Evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (Director), *Régimen jurídico de la evaluación ambiental. Comentario a la Ley 21/2013*, Aranzadi, 2014.

²¹ Sobre la modificación de la Ley 21/2013, operada por la Ley 9/2018, LOZANO CUTANDA, B. "[La Ley 9/2018: Análisis de la modificación de la Ley de evaluación ambiental](#)" *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 86, enero de 2019; GARCÍA URETA, A. "[Un comentario sobre la Ley 9/2018, de reforma de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental](#)", *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm.87, febrero de 2019.

“la definición del concepto de «proyecto» resultante de la Directiva 85/337 es más restrictiva que la resultante de la Directiva «hábitats», si a una actividad se le aplica la Directiva 85/337, debe aplicársele, con mayor motivo, la Directiva «hábitats» (sentencia de 7 de septiembre de 2004, Waddenvereniging y Vogelbeschermingsvereniging, C-127/02, apartados 26 y 27).

“si una actividad se considera «proyecto», en el sentido de la Directiva EIA, puede ser un «proyecto», en el sentido de la Directiva «hábitats». No obstante, el mero hecho de que una actividad no pueda clasificarse como «proyecto», en el sentido de la Directiva EIA, no basta, por sí solo, para deducir de ello que no se le pueda aplicar el concepto de «proyecto» en el sentido de la Directiva «hábitats».”²²

De hecho, el TJUE llega a admitir incluso como proyecto sometido a evaluación adecuada, las actividades de pastoreo de ganado y de vertido de residuos líquidos en el suelo. (Contaminación por nitratos).²³

La LEA en este sentido sigue estas pautas, ¿qué proyectos están sujetos a “evaluación adecuada”? por supuesto los del Anexo I y II que puedan afectar a RN 2000.

El Tribunal de Justicia ya ha declarado que si a una actividad se le aplica la Directiva EIA, debe aplicársele, con mayor motivo, la Directiva de hábitats.

Esta evaluación adecuada se exige también respecto de los Planes o programas que requieran una evaluación por afectar a espacios Red Natura 2000 en los términos previstos en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

No obstante, la LEA en lo que a proyectos se refiere contiene en ambos anejos (ordinaria y simplificada) sendos grupos en relación a proyectos por su mera localización en RN 2000. En el Anexo I relativo a la EIA ordinaria en un extenso Grupo 9, se prevén proyectos que requerirán de EIA ordinaria cuando se desarrollen en Red Natura 2000 y en el Anexo II relativo a la evaluación simplificada, se prevé el grupo 10 referido a los proyectos en Espacios Naturales protegidos, Red Natura 2000 y Áreas protegidas.²⁴

²² STJUE noviembre de 2018, Coöperatie Mobilisation for the Environment y otros, C-293/17 y C-294/17, apartado 65

²³ STJUE de 25 de julio de 2018, asunto C-164/17.

²⁴ Grupo 10. Los siguientes proyectos que se desarrollen en Espacios Naturales Protegidos, Red Natura 2000 y Áreas protegidas por instrumentos internacionales, según la regulación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre,

Como es sabido en el Anexo II se prevén proyectos de menor impacto o con umbrales inferiores a los establecidos en el Anexo I, para la evaluación de impacto ambiental ordinaria. El informe ambiental derivado de la simplificada, decidirá si procede su sometimiento o no a evaluación ordinaria con base en los criterios establecidos en el Anexo III de la LEA (ubicación, efecto acumulativo, descripción...).

Es por tanto decisión de la Administración someter o no a tal proyecto a EIA ordinaria. Y ¿qué ocurre con los proyectos no incluidos en ninguno de los Anexos pero que pueden afectar a la Red Natura 2000?

Pues bien, el artículo 7 LEA señala que serán objeto de evaluación ambiental simplificada, por lo que no se llega a entender la previsión del Anexo II si en todo caso han de someterse a simplificada derivando el correspondiente informe que con arreglo a los criterios del Anexo III pueda decidir si el proyecto en cuestión debe someterse a evaluación de impacto ambiental ordinaria.

5.2 La reciente modificación de la LEA y sus previsiones sobre la evaluación en espacios Red Natura.

La Ley 9/2018, aumenta las referencias normativas relativas a aquellas evaluaciones que puedan afectar a la Red Natura 2000. En concreto ha añadido una Disposición adicional séptima, relativa a la Evaluación ambiental de los planes, programas y proyectos que puedan afectar a espacios de la Red Natura 2000. Esta Disposición señala lo siguiente:

1. “La evaluación de los planes, programas y proyectos que, sin tener relación directa con la gestión de un espacio Red Natura 2000 o sin ser necesario para la misma, puedan afectar de forma apreciable a los citados lugares ya sea individualmente o en combinación con otros planes, programas o proyectos, se

del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

- a) Plantas de tratamiento de aguas residuales cuando puedan suponer transformaciones ecológicas negativas para el espacio.
- b) Obras de encauzamiento y proyectos de defensa de cursos naturales cuando puedan suponer transformaciones ecológicas negativas para el espacio.
- c) Cualquier proyecto no contemplado en el presente anexo II que suponga un cambio de uso del suelo en una superficie igual o superior a 10 ha.

someterá, dentro de los procedimientos previstos en la presente ley, a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar, conforme a lo dispuesto en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.”

Nada nuevo, se reproduce en primer término lo previsto en el 6.3 de la Directiva. Por otro lado, el artículo 7 LEA lo establece claramente, los procedimientos serán los previstos en la LEA,²⁵ ejemplo claro de que nuestro legislador opta por un procedimiento conjunto.

A continuación, se incluyen dos excepciones a la evaluación adecuada, si el plan o proyecto tiene relación con la gestión y si no tiene efectos adversos de acuerdo en ambos casos con las previsiones contenidas en el respectivo plan de gestión del espacio Red Natura de que se trate.

“Para acreditar que un plan, programa o proyecto tiene relación directa con la gestión de un espacio Red Natura 2000 o es necesario para su gestión, el promotor podrá señalar el correspondiente apartado del plan de gestión en el que conste dicha circunstancia, o bien solicitar informe al órgano competente para la gestión de dicho espacio.”

Será necesario en primer lugar que el Lugar en cuestión tenga Plan Gestión y en segundo lugar además de estar previstos han de estar relacionados directamente con la gestión del espacio o ser necesarios para tal gestión. En tal caso no será por tanto necesaria la evaluación adecuada.

“Así mismo, para acreditar que un plan, programa o proyecto no es susceptible de causar efectos adversos apreciables sobre un espacio Red Natura 2000, el promotor podrá señalar el correspondiente apartado del plan de gestión en el que conste expresamente, como actividad permitida, el objeto de dicho plan, programa o proyecto, o bien solicitar informe al órgano competente para la gestión de dicho espacio.”

No debe bastar con ello, es decir su previsión en el plan de gestión, sino que además es necesario demostrar con datos objetivos que tal plan, programa o proyecto no es susceptible de causar efectos adversos. Por otro lado, el hecho de que de acuerdo con el plan de gestión

²⁵ GARCÍA URETA, A. entiende que es una incorrección del legislador esta previsión ya que la “evaluación adecuada” no es la que se prevé en la legislación de evaluación de impacto ambiental, [Actualidad Jurídica Ambiental](#), p.40

sea actividad permitida o autorizada debe ser indiferente a efectos de una necesaria evaluación, ya que la Directiva de Hábitats no hace distinción entre actividades permitidas o no.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, no será necesario someter el plan, programa o proyecto a evaluación ambiental.

A juicio de GARCÍA URETA, la LEA ha establecido dos (discutibles) causas de exclusión de EIA de proyectos y programas que afecten a las zonas de Natura 2000, ya que para él

“la adecuación a la gestión de un lugar Natura 2000 no es nominal, esto es, no basta con que así se declare en un plan de gestión, sino que, por el contrario, debe examinarse desde una perspectiva material. Segundo, el TJUE se ha manifestado en contra de las exclusiones con fundamento, entre otras, en el hecho de que un proyecto no precise de autorización.”²⁶

Otra de las novedades contenidas en la reciente modificación de la LEA en relación a los espacios Red Natura 2000 versa sobre los proyectos y planes exceptuados de evaluación ambiental, caso de que así se prevea o lo decida el Consejo de Ministros o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma. En tal caso, tales excepciones *no eximirán al promotor de efectuar una evaluación de las repercusiones sobre los espacios Red Natura 2000*” (artículo 8.5 LEA).

5.3 Otras previsiones contenidas en la LEA en relación a la evaluación adecuada sobre espacios Red Natura 2000.

Teniendo claro que el legislador español ha optado por una evaluación conjunta cuando se trata de proyectos o planes que puedan afectar espacios Red Natura 2000, la LEA contiene una serie de previsiones específicas de cara a contener las obligaciones relacionadas con la evaluación adecuada, que no es, como se ha reiterado, la evaluación ambiental.

²⁶ GARCÍA URETA, A. “[Un comentario sobre la Ley 9/2018, de reforma de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental](#)”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm.87, febrero de 2019.

Así en el estudio de impacto ambiental de proyectos (artículo 35), se incluirá un apartado específico para la evaluación de las repercusiones del proyecto sobre espacios Red Natura 2000 teniendo en cuenta los objetivos de conservación de cada lugar, que incluya los referidos impactos, las correspondientes medidas preventivas, correctoras y compensatorias Red Natura 2000 y su seguimiento.

Cuando se compruebe la existencia de un perjuicio a la integridad de la Red Natura 2000, el promotor justificará documentalmente la inexistencia de alternativas, y la concurrencia de las razones imperiosas de interés público de primer orden mencionadas en el artículo 46, apartados 5, 6 y 7, de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Lo mismo en el estudio ambiental estratégico. Anexo IV, que deberá incluir “los problemas relacionados con cualquier zona de especial importancia medioambiental, como las zonas designadas de conformidad con la legislación aplicable sobre espacios naturales y especies protegidas y los espacios protegidos de la Red Natura 2000”

En el Anexo VI LEA se desarrollan con detalle la forma de cuantificar y evaluar las repercusiones del proyecto en la Red Natura 2000.

Cuando se trata de EIA simplificada, proyectos del Anexo II o proyectos que sin estarlo afecten o puedan afectar a RN 2000, el artículo 45 LEA prevé que en la solicitud

se incluirá un apartado específico para la evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación del espacio. En los supuestos previstos en el artículo 7.2.b), se describirán y analizarán, exclusivamente, las repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación del espacio Red Natura 2000.

Finalmente, el contenido de la DIA (artículo 41) señala que la misma contendrá la evaluación adecuada, lo que se plasma de la siguiente manera “e) *En su caso, la conclusión de la evaluación de las repercusiones sobre la Red Natura 2000...*”

Por último la LEA prevé en este punto en su Disposición Adicional novena la “certificación de no afección a la Red Natura 2000”, a los efectos de lo previsto en la normativa europea sobre fondos comunitarios, siendo la Administración General del Estado la autoridad competente para la emisión de tal certificación.

6. Y SI EL RESULTADO DE LA EVALUACIÓN ADECUADA FUESE NEGATIVA.....MEDIDAS COMPENSATORIAS.

Probablemente todos pensemos que si una evaluación ambiental sobre la incidencia que un proyecto, actividad o plan sobre nada menos que un espacio Red Natura es negativa, deba desistirse del proyecto. De hecho, a diferencia de la evaluación ambiental de proyectos o planes que no es vinculante sino determinante, la evaluación adecuada de proyectos o planes sobre espacios Red Natura 2000, es vinculante.

De esta manera, ante una evaluación negativa sólo podrá llevarse a cabo el proyecto en los supuestos conocidos del 6.4 de la Directiva de hábitats

”Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado. En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/ o una especie prioritarios, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden.”

Las razones imperiosas de interés general deben estar muy bien justificadas, la ausencia de alternativas y por supuesto, en este caso sí, la determinación de las medidas compensatorias, para eso sirve aquí principalmente la adecuada evaluación.

En estos casos, pese a una evaluación negativa cabe la ejecución del proyecto “bajo cuasi omnicomprendidas excepciones” incluso de índole social o económica, con lo que el objetivo de conservación de las ZEPAS y ZECs es ilusorio pese a las cautelas que se prevén en la propia norma.²⁷

Las medidas de compensación en cualquier caso no pueden servir como excusa para permitir el desarrollo de determinados proyectos que puedan afectar a la integridad o a los objetivos ambientales de un proyecto.

La sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2014²⁸, desconfía abiertamente de las medidas compensatorias afirmando que

“Por añadidura, debe indicarse que, en general, los eventuales efectos positivos de la creación futura de un nuevo hábitat, que pretende compensar la pérdida de superficie y de calidad de ese mismo tipo de hábitat en un lugar protegido, aun cuando tuviera una superficie mayor y de mejor calidad, son difícilmente previsibles y, en cualquier caso, sólo serán visibles dentro de algunos años, como resulta del apartado 87 de la resolución de remisión. Por consiguiente, no pueden ser tenidos en cuenta en el procedimiento previsto en dicha disposición.”

Más recientemente, la STJUE de 29 de julio de 2019, razona como razón imperiosa de interés general la garantía del suministro de electricidad.

En cuanto a la cuestión de si el objetivo de garantizar la seguridad de suministro de electricidad de un Estado miembro constituye una razón imperativa de interés público de primer orden, en el sentido del artículo 6, apartado 4, párrafo primero, de la Directiva de hábitats, procede recordar que el interés que puede justificar la realización de un plan o de un proyecto debe ser a la vez «público» y «de primer orden», lo que implica que sea de tal importancia que pueda ponderarse con el objetivo de conservación de los hábitats naturales, de la fauna, incluida la avifauna, y de la flora silvestre que persigue la citada

²⁷ GARCÍA URETA, A. “Directiva de Hábitats y evaluación de impacto ambiental”, *La Directiva de Hábitats de la Unión Europea: Balance de veinte años*, Aranzadi, 2012, p.104.

²⁸ Asunto 521/12, que tiene por objeto una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 6.3 y 6.4 de la Directiva Hábitats en relación con un proyecto de ampliación de autopista en Holanda que afecta a una ZEC y en particular a uno de sus hábitats, respecto del que se plantean medidas compensatorias.

Directiva (sentencia de 11 de septiembre de 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias y otros, C-43/10, apartado 121).

Sin embargo, si el lugar protegido que puede resultar afectado por un proyecto alberga un tipo de hábitat natural o una especie prioritarios, en el sentido de la Directiva de hábitats, solo la necesidad de evitar una amenaza real y grave de corte del suministro eléctrico del Estado miembro afectado puede constituir, en circunstancias como las del litigio principal, una razón de seguridad pública que, en virtud del artículo 6, apartado 4, párrafo segundo, de esta Directiva, justifique la realización del proyecto.

En España, el artículo 45 LPNB en su apartados 5 a 9 en consonancia admite la posibilidad de que se realice un plan, programa o proyecto, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación, cuando existan razones imperiosas de interés público de primer orden (que deberán acordarse por ley o por acuerdo del Gobierno) y siempre que se adopten “cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida”²⁹. Conocidos son los casos en los que determinados proyectos pese a tener una clara incidencia negativa en espacios RN 2000 y requerir de medidas compensatorias fueron llevados a cabo. Es el caso de las ampliaciones de los aeropuertos de El Prat y Barajas con la construcción de nuevas pistas. Ello requirió advenir los requisitos exigidos:

1. Ausencia de cualquier otra alternativa técnica o ambientalmente viable
2. La existencia de razones imperiosas de interés público de primer orden.
3. Realización de una propuesta de medidas compensatorias para garantizar que la coherencia global de la Red Natura 2000 quedase protegida.

Como detalla DELGADO ECHEVARRÍA³⁰ en el caso del Río Jarama LIC³¹ se aprobó un plan de medidas compensatorias por importe de más de 67 millones de euros, importe aún

²⁹ Sobre esta cuestión SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. “Medidas compensatorias en la evaluación ambiental de zonas comprendidas en Natura 2000: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 15 de mayo de 2014, asunto C-521/12” *Derecho ambiental en tiempo de crisis: comunicaciones presentadas al Congreso de la Red ECOVER (A Coruña, 19 y 20 de noviembre de 2015)* (coord. por Javier Sanz Larruga), Tirant lo Blanch, 2016, pp.289-300.

³⁰ DELGADO ECHEVARRÍA, A. “25 años de evaluación ambiental de aeropuertos” *Revista Ambients* núm. 123, 2018, pp.36-38.

³¹ Requería un encauzamiento de un tramo de 1000 metros y el desvío de un tramo de 1.700 metros del Río Jarama que había sido propuesto como LIC.

abiertos a la ejecución de medidas adicionales. Del mismo modo en el caso del aeropuerto de BCN por la necesidad de construcción de una nueva pista hacia el mar con ocupación de una parte de una ZEPA del Delta del Llobregat, nada menos, se aprobaron medidas compensatorias por importe de 120 millones de euros.

Otro de los ejemplos también conocidos fue el relativo a la presa de La Breña II³² cuya construcción exigió toda una serie de medidas compensatorias para la mejora del hábitat de más de 2000 ha en el Parque Natural de la Sierra de Hornachuelos y de la ZEC Guaditatom-Bembézar. En la DIA formulada en 1997, tras cinco años, de acuerdo con el Artículo 6.4 de la Directiva Hábitats (92/43/CEE), se exige al promotor que a través del órgano ambiental gestione ante la Comisión de la UE la solicitud de compensación de terrenos afectados y de autorización excepcional del proyecto.

El proyecto cumplía los requisitos señalados *supra* y tras varios años por fin con el proyecto de medidas compensatorias, la Comisión dio en 2004 el placet. Por citar algunas de las medidas.³³

En tales casos, (Dad.7ª LEA) el Ministerio competente en materia de medio ambiente fijará y supervisará las medidas compensatorias necesarias para garantizar la coherencia global de la Red Natura 2000. Para su definición, se solicitará preceptivamente informe al órgano competente de las comunidades autónomas afectadas, que dispondrán de un plazo de treinta días hábiles para su evacuación, transcurrido el cual sin que se hubiera recibido el informe, se podrán proseguir las actuaciones.

³² Otro proyecto ejemplo de medidas compensatorias sobre espacios Red Natura 2000, que se explica en detalle en HERNÁNDEZ AGUADO, M.; MUELA GARCÍA, P. y SANDOVAL ZÁBAL, A. “La compensación ecológica, un paso más allá de la corrección ambiental”, *Revista Ambienta*, núm. 123, 2018, pp.40 y ss.

³³ Actuaciones sobre la fauna

- Recuperación y potenciación de especies presa. Se incluyen aquí un conjunto de medidas desarrolladas para generar recursos alimenticios tanto para el lince ibérico, como para las aves rapaces.
- Actuaciones de mejora del hábitat para potenciar la presencia de otras especies
- Revegetación de la Laguna Medina, reserva natural localizada en Jerez de la Frontera (Cádiz).
- Restauración de las riberas del Guadiatillo y Cabrillas.
- Actuaciones de restauración y mejora del hábitat en parcelas de compensación mediante la creación de formaciones boscosas (islas bosques) y lineales (setos y sotos), que sirven de refugio de especies de flora y fauna, favorecen la conectividad y la integridad ecológica.

7. PARA CONCLUIR DOS SENTENCIAS RECIENTES (TJUE, TC) RELACIONADAS CON LA RED NATURA 2000 Y SU NECESARIA PROTECCIÓN.

Me permito en este punto volver a citar una sentencia reciente del TJUE de 29 de julio de 2019,³⁴ que resuelve la cuestión prejudicial sobre las Directivas de hábitats, y de evaluación de impacto ambiental. Se trata de una cuestión prejudicial planteada por los tribunales belgas. En concreto, el legislador belga tras haber anunciado en 2003 el cierre gradual de las centrales nucleares, aprueba mediante Ley la prórroga de explotación de dos de ellas en 2015 por diez años más hasta 2025, con unas condiciones nuevas que suponen una importante inversión de 700 millones de euros para su nueva puesta en marcha. Dos organizaciones ecologistas recurren la decisión alegando infracción de la normativa de evaluación ambiental, de la Directiva de hábitats al no haberse sometido a evaluación ambiental y también de las exigencias de información y participación ambiental.

Se plantean por el Tribunal belga una serie de cuestiones prejudiciales y el TJUE confirma que dada la magnitud del proyecto, debe someterse a EIA como si se tratase de una nueva central³⁵, del mismo modo al afectar a un espacio Red Natura, también debe someterse a evaluación adecuada de sus repercusiones y si la evaluación fuese negativa en este punto y no existieran soluciones alternativas, además de las medidas compensatorias necesarias, podría llevarse a cabo sólo si está justificado por la necesidad de garantizar en todo momento la seguridad de suministro eléctrico. Si el proyecto puede afectar a un espacio que alberga un tipo de hábitat natural o una especie prioritarios, solo la necesidad de evitar una amenaza real y grave de corte del suministro eléctrico del Estado miembro afectado puede constituir una razón de seguridad pública que justifique su realización.

³⁴ Comentario a esta sentencia, [REVUELTA PÉREZ, I. en Actualidad Jurídica ambiental, septiembre de 2019.](#)

³⁵ Postura que va venía sosteniendo hace tiempo respecto de las prórrogas de los permisos de explotación de las centrales nucleares si la misma venía acompañada de importantes modificaciones e inversiones, de manera que sobre todo no se eludieran las obligaciones de información y participación públicas en el proceso autorizador RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. “Marco jurídico actual de la energía nuclear en España” *El futuro de la energía nuclear. Perspectivas (no sólo) jurídicas*, (DOMÉNECH PASCUAL, G. Director), Tirant lo Blanch, 2013, pp.158-164.

La otra de las sentencias es de nuestro Tribunal Constitucional, en concreto la STC 134/2019 de 13 de noviembre de 2019³⁶ que estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Extremadura, declarando nulo el artículo 11.3.1b) de la Ley 15/2001, del suelo y ordenación territorial de Extremadura que señalaba:

"La mera inclusión de unos terrenos en la Red Ecológica Natura 2000 no determinará, por sí sola, su clasificación como suelo no urbanizable, pudiendo ser objeto de una transformación urbanística compatible con la preservación de los valores ambientales necesarios para garantizar la integridad del área, y comprendiendo únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que expresamente se autoricen en el correspondiente procedimiento de evaluación ambiental".

El TC determina la inconstitucionalidad de este precepto de la Ley extremeña señalando las claras que

"De los preceptos básicos de contraste que se han expuesto se deducen claramente unas reglas mínimas que pueden sintetizarse así en lo siguiente: i) se debe preservar el suelo ambientalmente protegido de su transformación mediante la urbanización; ii) se definen unas inclusiones en concepto de mínimos; iii) la utilización de los terrenos con valores ambientales protegidos por la ley queda supeditada imperativamente a preservar esos valores; y iv) solo son admisibles las alteraciones del estado natural de los terrenos protegidos si están expresamente autorizados por la legislación de protección aplicable. En suma, la regla general es la preservación, salvo las autorizaciones expresamente previstas en la legislación de protección — europea, básica estatal y autonómica de desarrollo— sin que la legislación de desarrollo autonómica, ya sea en materia de protección de la naturaleza o dictada con fundamento en otro título competencial (como el urbanístico), pueda autorizar alteraciones del estado natural allí donde la europea y la básica estatal no lo contemplan. La norma autonómica cuestionada, al prever la transformación urbanística allí donde meramente lo permita la evaluación ambiental, es incompatible con las mencionadas reglas básicas.

La urbanización implica siempre una grave alteración —la ocupación de los terrenos por construcciones e instalaciones supone una reducción de facto de la superficie protegida— que, en el caso de los terrenos de la Red Natura 2000, por la especial protección que la propia comunidad autónoma les ha reconocido, con fundamento en la normativa europea y estatal, debe quedar condicionada a un supuesto muy concreto (evolución natural, científicamente demostrada) y un procedimiento exigente (trámite de información

³⁶ Sobre esta sentencia BERNALDO DE QUIRÓS, T. "Transformación urbanística de los terrenos incluidos en Red Natura 2000" *Legal Today*, de 25 de noviembre de 2019, Thomson-Reuters Aranzadi.

pública, remisión de la propuesta a la Comisión Europea y aceptación por ésta) según prevén los arts. 13.4 TRLS 2008 y 52 de la Ley 42/2007, normas de carácter básico que el párrafo cuestionado de la ley autonómica desvirtúa.”

A pesar de que la sentencia cuenta con un voto particular discrepante, el TC deja bien claro que los espacios declarados como Red Natura 2000, deben quedar preservados de la transformación urbanística, permaneciendo en situación de suelo rural excluido del proceso de urbanización.

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERNALDO DE QUIRÓS, T. Transformación urbanística de los terrenos incluidos en Red Natura 2000. *Legal Today*, de 25 de noviembre de 2019, Thomson-Reuters Aranzadi.
- BLASCO HEDO, E. y LÓPEZ PÉREZ, F. “Red Natura 2000: infraestructura verde y el alcance de una evaluación adecuada” *Observatorio de Políticas Ambientales 2019*, CIEDA-CIEMAT, 2020. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2010/06/2019-OPAM-on-line.pdf#page=875> (Fecha de último acceso 30-06-2020)
- COMISIÓN EUROPEA, *Gestión de espacios naturales. Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, sobre hábitats*, 2000.
- Assessment plans and projects significantly affecting Natura 2000 sites. Methodological guidance on the provisions of article 6.3 and 6.4 of the Habitats Directive 92/43/CEE, 2001.
 - Documento orientativo sobre el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva de Hábitats, 92/43/CEE, 2007.
- DELGADO ECHEVARRÍA, A. “25 años de evaluación ambiental de aeropuertos” *Revista Ambiente* núm. 123, 2018.
- GARCÍA URETA, A. “Directiva de Hábitats y evaluación de impacto ambiental”, *La Directiva de Hábitats de la Unión Europea: Balance de veinte años*, Aranzadi, 2012.

- “La Directiva 2014/52 de evaluación de impacto ambiental” en La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años, (GARCÍA URETA, A., Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2016.
- “Un comentario sobre la Ley 9/2018, de reforma de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm.87, febrero de 2019. Disponible en: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2012/01/2019_02_Recopilatorio_87_AJA_Febrero.pdf#page=51 (Fecha de último acceso 30-06-2020).

HERNÁNDEZ AGUADO, M.; MUELA GARCÍA, P. y SANDOVAL ZÁBAL, A. “La compensación ecológica, un paso más allá de la corrección ambiental”, *Revista Ambiental*, núm. 123, 2018.

LAZKANO BROTONS, I. “La aplicación de la Directiva de Hábitats en el Estado español y la Comunidad Autónoma del País Vasco. Novedades tras la aprobación de la Ley del Patrimonio Natural y la Biodiversidad de 2007.”

LOZANO CUTANDA, B. “La Ley 9/2018: Análisis de la modificación de la Ley de evaluación ambiental” *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 86, enero de 2019. Disponible en: https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2012/01/2019_01_Recopilatorio_86_AJA_Enero.pdf#page=74 (Fecha de último acceso 30-06-2020).

QUINTANA LÓPEZ, T. (Director); CASARES MARCOS, A. (Coord.), *Evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

REVUELTA PÉREZ, I. “Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de julio de 2019 (cuestión prejudicial de interpretación), sobre las Directivas 92/43, de hábitats (art. 6, párrafos 3 y 4, conceptos de “proyecto” y “razones imperiosas de interés público de primer orden” y evaluación ambiental); y, 2011/92, de evaluación de proyectos (arts. 2.1; 2.4; y 4.1, concepto de “proyecto”, evaluación de impacto y exenciones)”. *Actualidad Jurídica ambiental*, septiembre de 2019. Disponible en: <https://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-union-europea-belgica-evaluacion-de-impacto-ambiental-energia-nuclear-red-natura/> (Fecha de último acceso 30-06-2020).

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. “Marco jurídico actual de la energía nuclear en España” *El futuro de la energía nuclear. Perspectivas (no sólo) jurídicas*, (DOMÉNECH PASCUAL, G. Director), Tirant lo Blanch, 2013.

- (Director), Régimen jurídico de la evaluación ambiental. Comentario a la Ley 21/2013, Aranzadi, 2014.

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. “Medidas compensatorias en la evaluación ambiental de zonas comprendidas en Natura 2000: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 15 de mayo de 2014, asunto C-521/12” *Derecho ambiental en tiempo de crisis: comunicaciones presentadas al Congreso de la Red ECOVER (A Coruña, 19 y 20 de noviembre de 2015) (coord. por Javier Sanz Larruga), Tirant lo Blanch, 2016.*
- SALINAS ALCEGA, S. “Procedimiento de evaluación de planes y proyectos que pueden afectar a los lugares incluidos en la Red Natura 2000” *La conservación de la naturaleza: su régimen jurídico en Colombia y España (coords. Embid Irujo, E. García Pachón, P.), 2018.*
- SANTAMARÍA ARINAS, R.J “Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos”, *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, (GARCÍA URETA, A., Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2016.
- SERRANO PAREDES, O. “Red Natura 2000, régimen de intervención ambiental y derechos de los particulares” *RADA*, núm. 23, 2012.
- SOLDEVILLA FRAGOSO, S. “Red Natura 2000 y las evaluaciones de impacto ambiental”, *Actualidad Administrativa*, núms.7-8, 2019.

XIV. La interdependencia entre el régimen de la contratación pública y la técnica de la evaluación de impacto ambiental en la ejecución de proyectos públicos¹

Juan José Pernas García

Profesor titular de Derecho administrativo. UDC

RESUMEN:

El presente estudio se centra en analizar las interacciones entre los procedimientos y los regímenes jurídicos de la evaluación de impacto ambiental y de los contratos públicos, así como los efectos que se pueden derivar de su aplicación coordinada. Para la realización de este trabajo hemos analizado y valorado diferentes expedientes de contratación y de evaluación ambiental que afectan a instalaciones públicas de tratamiento de residuos.

SUMMARY:

This study focuses on analyzing the interactions between the legal regimes of environmental impact assessment and public procurement, as well as the positive effects that can be derived from their coordinated application. In order to carry out this work, we have analyzed and evaluated different cases of public procurement and environmental impact assessment that affect public waste treatment facilities.

¹ Este documento es un extracto de algunas de las cuestiones expuestas en la mesa de “Evaluación de impacto ambiental: balance de treinta y cuatro años” del VIII Congreso Nacional de Derecho Ambiental. El desarrollo completo de esta investigación, que por cuestiones de espacio no puede publicarse en estas actas, será objeto de publicación a lo largo de 2020.

PALABRAS CLAVE: intervención pública ambiental; evaluación de impacto ambiental; contratación pública; proyectos públicos.

KEYWORDS: environmental public control; environmental impact assessment; public procurement; public projects.

SUMARIO

1. El impacto de las diferentes fases del procedimiento de contratación en el cumplimiento de la DIA	389
2. La relevancia contractual de la calidad de la DIA	390
3. La relevancia del momento en el que se lleva a cabo la evaluación de impacto ambiental en el marco de las diferentes fases de la contratación pública	392
4. Los modificación de la DIA para introducir nuevas medidas de protección ambiental como causa potencial de desequilibrio económico contractual	398
5. Bibliografía.....	405

1. EL IMPACTO DE LAS DIFERENTES FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE LA DIA

Las fases de preparación, adjudicación y ejecución del contrato pueden ser determinantes en el nivel de cumplimiento de la DIA y del resto de exigencias ambientales. La adecuada determinación en los pliegos de las obligaciones y derechos de las partes con relación al cumplimiento de la normativa ambiental, así como la correcta valoración económica de los costes y determinación idónea del período de recuperación de las inversiones y de la tasa interna de rentabilidad, son elementos esenciales tanto para el cumplimiento de las normas ambientales, como para la ejecución del contrato en sus estrictos términos. En caso contrario, los conflictos derivados de su inadecuada determinación generarán dificultades relevantes para garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental, así como distorsiones en la ejecución del contrato y pérdida de calidad de los servicios prestados y de los objetivos ambientales.

Una inversión ambiental relevante, exigible de acuerdo con la normativa ambiental o sus actos de aplicación, como la DIA (como el sellado de un vertedero o la adopción de medidas ambientales que afecten a los costes de producción), cuya obligación de realización no ha sido precisada en los pliegos y/o cuya valoración económica no ha sido adecuadamente tomada en consideración en el estudio de viabilidad de la concesión, va a tener enormes dificultades de ejecución en el marco del contrato o concesión y va a ser fuente de conflictos jurídicos entre la administración concedente y el concesionario o entre este y la administración ambiental. La elevada cuantía de las inversiones ambientales, en el marco de un contrato regido por unos pliegos imprecisos o de baja calidad ambiental y jurídica o que no hayan previsto esos costes en la fase de preparación, pueden dificultar enormemente o hacer ineficaz las actuaciones de la administración ambiental para garantizar el cumplimiento normativo o de la DIA y/o la AAI. En algunas ocasiones, la calidad (técnica y económica) de la preparación del contrato es el elemento más relevante en el cumplimiento de las condiciones ambientales de un proyecto público de gran impacto, por encima incluso de las propias potestades de intervención de los órganos ambientales.

2. LA RELEVANCIA CONTRACTUAL DE LA CALIDAD DE LA DIA

Es preciso apuntar que la evaluación de impacto ambiental puede tener un impacto reseñable en la actividad contractual, y ser un factor determinante en la realización de los principios y objetivos de la contratación pública. Una DIA que defina de forma concreta y con calidad técnica cuáles son las exigencias ambientales que deben de cumplirse en la ejecución y/o explotación de un contrato de obras o de una concesión de obra o servicios públicos, permite precisar el objeto del contrato o concesión, hacer una valoración económica ajustada a los costes ambientales previsibles y, en consecuencia, mejorar la viabilidad de las decisiones del órgano de contratación.

La preparación del contrato es el momento en que el ente adjudicador identifica y realiza una “definición previa de las necesidades a satisfacer” (artículo 1.1, LCSP). Los poderes adjudicadores disponen de un margen de apreciación importante a la hora de considerar objetivos ambientales en la definición de las necesidades. No obstante, este margen no es

ilimitado. La legislación medioambiental limita esta libertad de elección, como ocurre con la normativa de evaluación de impacto ambiental de aplicación a proyectos públicos de obras². Así, la intervención de la técnica de EIA en la definición del proyecto de obra actúa como un instrumento de integración ambiental en la fase de preparación del contrato. Permite insertar las consideraciones ambientales en el propio proceso de definición de las necesidades y, en consecuencia, mejorar la sostenibilidad de las decisiones del órgano de contratación³. Esto exige establecer o disponer de ciertas reglas de coordinación entre los procedimientos de contratación y de evaluación de impacto ambiental, que veremos más adelante.

Además el procedimiento de evaluación ambiental puede tener una gran relevancia en la calidad de los pliegos técnicos y en la definición de los derechos y las obligaciones de cada una de las partes. Una declaración de impacto ambiental de calidad que acompaña a un proyecto de obra en la licitación de un contrato de obra o en una concesión de obra o de servicios, es un elemento que puede contribuir a la definición de un contrato público equilibrado y viable, así como garantizar una ejecución idónea del contrato, con menos conflictos jurídicos y eventuales reclamaciones de reequilibrio económico. La Comisión ha indicado que el “análisis sobre el impacto medioambiental proporciona a las autoridades nacionales información que les permite tomar una decisión a sabiendas de su impacto medioambiental. Si se lleva a cabo una evaluación del impacto medioambiental durante la fase de definición del objeto del contrato, la decisión que se tome será mucho más equilibrada”⁴.

² Comunicación interpretativa de la Comisión (2001) 274, final, Bruselas 4 de julio de 2001.

³ COMISIÓN EUROPEA, *Compras ecológicas...* (2004), ob. cit., pp. 15 y 16. Porcede destacar a este respecto que la Comisión Europea ha propuesto recientemente la puesta en marcha futura de “un instrumento de control para la contratación pública sostenible que garantice la ecologización de los proyectos de infraestructuras públicas”. Este instrumento permitirá a juicio de la Comisión ayudará a los promotores públicos a “aprovechar todas las posibilidades para ecologizar su contratación pública y garantizar la sostenibilidad de los proyectos y la observancia de las más estrictas normas medioambientales a la largo de la cadena de suministro” (Comunicación “Plan de inversiones para una Europa Sostenible”, COM (2020) 21, final, 14 de enero de 2020). La Comisión no concreta el contenido y la operatividad de este instrumento, lo cual impide realizar una valoración sobre su relevancia en el marco del impulso de la contratación pública verde de proyectos públicos.

⁴ Ídem.

Una DIA de calidad, que defina de forma precisa las obligaciones del promotor, permite a las unidades administrativas del órgano de contratación, responsable de la preparación del contrato, realizar una valoración económica adecuada de los costes del ciclo de vida de la concesión. Esto es particularmente relevante en el caso de instalaciones que gestionan servicios públicos ambientales obligatorios, como las instalaciones de valorización y eliminación de residuos, ya que las implicaciones económicas de las inversiones ambientales a realizar son relevantes, de ahí la importancia de que la DIA determine de forma precisa las obligaciones ambientales del promotor. Una definición inconcreta de dichas exigencias y/o la inadecuada valoración económica de la inversiones y de su periodo de recuperación, elemento determinante de la determinación del plazo de la concesión, puede generar una dinámica de desequilibrio económico contractual, que puede no solo representar una traba para la ejecución del contrato, generando problemas de incumplimiento contractual o conflictos laborales, sino dificultar enormemente la ejecución efectiva de las obligaciones ambientales de la DIA o la AAI.

Una DIA de calidad es en definitiva un elemento clave para acertar en la definición de un contrato viable técnica y económicamente, y para reducir el riesgo de conflictos jurídicos en el marco de la ejecución del contrato, ligados a costes ambientales no previstos o no considerados. Esto lógicamente redundará igualmente en el mejor cumplimiento de las normas ambientales y de la propia DIA, ya que el contexto de un contrato o concesión con un débil equilibrio económico es el peor para garantizar una aplicación estricta del Derecho ambiental y sus eventuales exigencias de mejora continua.

3. LA RELEVANCIA DEL MOMENTO EN EL QUE SE LLEVA A CABO LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN EL MARCO DE LAS DIFERENTES FASES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La realización de la evaluación de impacto ambiental puede tener lugar, según los casos, o bien, en la fase de preparación del contrato, o bien, en la fase de ejecución del contrato. Ello va a determinar quien es el promotor y, en consecuencia, su carácter público o privado, como ya hemos analizado en epígrafes previos.

La evaluación de impacto ambiental puede llevarse a cabo en la fase de preparación del contrato. El órgano de contratación impulsa dicho procedimiento, en calidad de promotor, y obtiene la declaración o informe de impacto ambiental, con carácter previo a la aprobación del proyecto, si procede. En la práctica se aprecian situaciones en las que el órgano de contratación aprueba el proyecto, sin haber solicitado la iniciación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental o, en el caso de instalaciones existentes, sin verificar con el órgano ambiental si la remodelación pretendida debe ser considerada una modificación sometida al procedimiento de evaluación ambiental. Esta omisión debe ser determinante de la nulidad de pleno derecho del acto de aprobación del proyecto.

El contexto político y administrativo de un contrato público, marcado en algunas ocasiones por urgencias políticas cortoplacistas o eventuales conflictos o incertidumbres laborales ligadas a concesiones de larga duración en su fase final, o la falta de independencia y objetividad de los órganos ambientales, cuando la administración en la que se integran es promotora del proyecto, debilitan el peso de las consideraciones ambientales en la fase de preparación del contrato. Como se aprecia en la práctica, esto puede derivar en una justificación pobre y excesivamente general del carácter no sustancial de las inversiones o en la omisión de los trámites de evaluación, y la realización *a posteriori* de los trámites ambientales como una actividad administrativa de mera validación ambiental de un proyecto cuya decisión había sido tomada de antemano, sin integrar la variable ambiental en ese proceso⁵.

Con todo, la fase de preparación del contrato, puede no ser la idónea para la tramitación y el impulso del procedimiento de evaluación ambiental. El órgano de contratación puede licitar proyecto y obra, con la finalidad de que los licitadores puedan desplegar al máximo su capacidad innovadora y expresar su conocimiento del sector en contratos de complejidad

⁵ SANTAMARÍA ARINAS alude a las críticas vertidas por diferentes autores en relación a la deficiente aplicación de la normativa de evaluación de impacto ambiental (“Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos”, en GARCÍA URETA, A., *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, 2016, pp. 30-32). CUBERO MARCOS indica que “en algunos casos (...) la intervención de las administraciones públicas consiste fundamentalmente en encauzar el procedimiento y tratar de cohesionar diversos intereses más que a velar por la protección efectiva del medio ambiente” (“La transposición de la Directiva en el estado español” en GARCÍA URETA, A., *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, 2016, p. 89).

técnica, como las instalaciones de tratamiento de residuos municipales, en donde el conocimiento técnico y el *know-how* reside en el mercado y la capacidad de la Administración de definir la prestación es limitada.

El órgano de contratación puede limitarse en estos casos a definir las especificaciones técnicas “en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única” (art. 99.1, LCSP)⁶. En estos casos, como ya hemos apuntado, el contratista será el que elabore el proyecto y, en buena lógica, el que deba impulsar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y, en su caso, la tramitación de la autorización ambiental integrada, salvo que los pliegos establezcan otra cosa. En todo caso, nos remitimos a las reflexiones ya vertidas sobre el carácter público o privado de los promotores de proyectos públicos.

No obstante, en estas situaciones lo que ocurre es que en el momento de la apertura de la fase de adjudicación, no existe un proyecto y, en consecuencia, puede no haberse tramitado el correspondiente procedimiento de evaluación de impacto ambiental -aunque esto tiene matices con relación a las concesiones, que comentaremos más adelante-. Esto introduce un elemento de incertidumbre sobre las obligaciones ambientales precisas que se van a exigir al contratista en la DIA y, en su caso, en la AAI, que puede afectar a la viabilidad tanto de la oferta técnica como de la oferta económica. Una oferta considerada viable en el marco de un procedimiento de adjudicación contractual, puede devenir técnica y económicamente inviable, tras el sometimiento del proyecto, por el contratista, a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y, en su caso, de autorización ambiental integrada. La emisión en fase de ejecución de la EIA y, en su caso, de la AAI puede hacer que la oferta técnica del contratista no se pueda llevar a efecto total o parcialmente e implicar modificaciones sustanciales del contrato, con las correspondientes repercusiones para el contrato en términos de desistimiento o resolución contractual. También puede incidir en el equilibrio económico contractual del contrato, lo cual puede dar lugar a dificultades relevantes en la ejecución del contrato o concesión, así como en el propio cumplimiento de las obligaciones ambientales.

⁶ Como indica la LCSP, “se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten” (art. 99.1, LCSP).

El sometimiento a EIA de un proyecto público elaborado por el contratista o concesionario, esto es, después de la adjudicación del contrato en la fase de ejecución de la prestación, puede condicionar y reducir la calidad y la incidencia preventiva del procedimiento de evaluación ambiental. Además, la DIA, emitida en fase de ejecución, puede tener repercusión en la oferta del contratista e implicar modificaciones técnicas o generar desequilibrios económicos en la concesión. El órgano de contratación debe tener en cuenta esta posibilidad e introducir en los pliegos las cláusulas que permitan afrontar esta situación, o bien, porque prevea las modificaciones derivadas del impacto de decisiones ambiental, o bien, porque introduzca la flexibilidad suficiente como para adaptarse a los eventuales cambios que sea preciso adoptar como consecuencia de la DIA, como las que afectan por ejemplo a la localización del proyecto o a la corrección de la propuesta técnica del adjudicatario.

La problemática de la que hablamos puede observarse en la Sentencia del TSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2019⁷. Trata de un recurso de apelación contra una sentencia de instancia que atiende el recurso de lesividad presentado por al Ayuntamiento de A Coruña, contra un acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2011 por la que se estimaba parcialmente una demanda de reequilibrio económico de la empresa concesionario de la instalación de tratamiento de residuos de la ciudad, en relación a los costes de transporte y tratamiento de rechazos producidos por la instalación de tratamiento de residuos de dicha entidad. El acuerdo preveía que el Ayuntamiento asumía el coste de gestión externa en vertedero del 55% del rechazo generado por la instalación. En este caso, la recurrente, la empresa concesionaria, alega que la declaración de efecto ambientales, emitida con posterioridad a la adjudicación del contrato, había impedido la ejecución de la oferta, al limitar aquella la capacidad de vertido del depósito de rechazos ofertado, obligando a la gestión externa del rechazo, una vez colmatado el vertedero ofertado, y generando así situación de desequilibrio que sirvió de base al acuerdo municipal de 2011. Con todo, en este caso, el TSJ de Galicia desestimó el recurso presentando al entender que “pese a las limitaciones de la DEA finalmente se construyó [tras sucesivas ampliaciones] un vertedero de capacidad igual al previsto en la oferta”⁸. No obstante, el TSJ de Galicia en la sentencia indicada apunta que

⁷ Rec. 4135/2018, ponente: Antonio Martínez Quintanar.

⁸ Destacamos en este sentido el siguiente extracto de la sentencia: “Por tanto, no es controvertido, a la vista de la argumentación de la sentencia, que las posibilidades de vertido contempladas en la oferta inicial de la UTE adjudicataria eran superiores a las establecidas en la DEA. Este dato, basado en la mera comparación entre la

descripción del vaso de vertido de la oferta y el autorizado por la DEA (siendo este inferior) no es ignorado por la sentencia, sino que, partiendo del mismo, se llega a la conclusión de que, a pesar de esa inferior capacidad de vertido autorizada en la DEA, la realidad de las cosas ha determinado que esa previsión de la DEA no ha impedido, por las circunstancias que se explican en la sentencia, que en la práctica la empresa haya ejecutado unos depósitos con capacidad similar a los previstos inicialmente, de lo que se colige que esa colmatación prematura no es atribuible a la DEA, ya que de hecho las limitaciones impuestas por esta no han impedido alcanzar esa capacidad de vertido.

Lo relevante, por tanto, no es realizar la mera comparación entre los términos de la DEA y la oferta inicial, sino la comparación entre los depósitos finalmente ejecutados por la concesionaria, sumado el inicial y la ampliación, y la descripción inicial contenida en su oferta, y en esta última comparación no se aprecia que los depósitos finalmente ejecutados tengan capacidad inferior a la prevista en la oferta. Por ello, resulta lógica y racional la conclusión que se alcanza en la sentencia cuando afirma que la DEA pudo influir en el coste de inversión que afrontó la UTE -ya que inicialmente, por efecto de la DEA, no pudo construir el depósito previsto en su oferta, sino uno inferior que después se vio obligada a ampliar- pero no influyó en que el vertedero se colmatara mucho antes de lo previsto. Para juzgar sobre la suficiencia de la motivación del acuerdo del año 2011 que estimó parcialmente la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico resulta esencial esta consideración, especialmente a la vista del reconocimiento por el ingeniero municipal Marino, coautor del informe-propuesta que sirvió de motivación a dicho acuerdo, de que no se tuvo en cuenta en ese informe que el volumen final del vaso de vertido fue el mismo de la oferta, sin tener en cuenta las limitaciones de la DEA

Por todo ello resulta compatible asumir, por un lado, la certeza y corrección los datos expuestos en las declaraciones e informes transcritos en el recurso de apelación, en relación al inferior volumen de vertido autorizado en la DEA, y a pesar de ello, por otro lado, concluir que esas mayores limitaciones de la DEA no han impedido que, en la práctica, y como consecuencia de órdenes municipales, en la realidad de los hechos se haya construido un segundo vaso de vertido, para incrementar el volumen del inicial limitado por la DEA, con lo cual el volumen final y real de vertido ejecutado tras la ampliación supera el autorizado por la DEA.

No existe, en consecuencia, error en la valoración de la prueba, en el extremo impugnado, ya que para determinar las causas de la colmatación prematura del vertedero hay que atender al volumen real del vaso de vertido existente, tras la obra inicialmente ejecutada y tras la ampliación ordenada por la Administración municipal y no al nominal autorizado por la DEA, que no se corresponde con la realidad efectiva. En suma, aunque sea cierto que la DEA imposibilitó la construcción inicial de un vaso de vertido superior a 125.000 m³, no ha impedido que posteriormente se hayan ordenado y ejecutado ampliaciones que han determinado un volumen superior, que es el extremo que valora la sentencia, y que es el aspecto relevante para juzgar sobre el defecto de motivación del acuerdo de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, que prescindió del volumen real de vertido, limitándose a valorar la limitación de la DEA como un *factum principis* que había alterado la economía de la concesión, conclusión que no se cohonestaba con las circunstancias posteriores acaecidas y la ampliación del vertedero.” (FJ. 2º)

“(…) En cuanto a la DEA, ya se ha argumentado en fundamentos anteriores que se comparten las conclusiones de la sentencia de instancia sobre la ausencia de relación de causalidad entre la misma y la alegada ruptura del equilibrio económico de la concesión, ya que la colmatación prematura del vertedero se ha visto motivada por

“resulta lógica y racional la conclusión que se alcanza en la sentencia cuando afirma que la DEA pudo influir en el coste de inversión que afrontó la UTE”, derivada de las ampliaciones sucesivas del vertedero, cuestión sobre la que no se pronuncia el Tribunal ya que dio lugar a “otra reclamación indemnizatoria, que se estimó parcialmente en el P.O. 171/2014 por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de A Coruña”.

Por todo lo indicado, siempre que sea posible y conveniente (y ello va a depender del grado de complejidad técnica de la obra y el grado de conocimiento de la Administración), es preferible realizar la EIA en fase de preparación del contrato, de modo que los pliegos y el proyecto integren la DIA y los licitadores puedan presentar sus ofertas con un conocimiento preciso de las obligaciones y costes ambientales. Ello repercutirá, como hemos dicho, en la calidad y viabilidad de la relación contractual y, en su caso, del servicio público obligatorio que vaya a prestar el futuro concesionario. Aunque supone una inversión de tiempo razonable, que retrasa el inicio del procedimiento de adjudicación de la concesión, los licitadores van a poder realizar sus ofertas con la seguridad de disponer de un marco de condiciones ambientales claro y preciso, lo cual reduce los riesgos de reclamaciones de reequilibrio y, en consecuencia, de los posibles conflictos jurídicos ligados a ellas.

otras circunstancias, explicadas en el acto declaratorio de la lesividad y en la sentencia, y no por la DEA, cuyas limitaciones en cuanto a volumen de vertido no han impedido que de hecho se haya ampliado el volumen inicial y por tanto se haya alcanzado la previsión de la oferta sobre este extremo relativo a la capacidad del vertedero. No hay base, por tanto, para considerar la DEA como un *factum principis* determinante de la ruptura del equilibrio económico de la concesión, lo que hace caer la motivación de la resolución del año 2011 que estimó parcialmente la reclamación de la concesionaria (...)

El hecho de que no hubiera previsto el coste esa gestión a través de gestor autorizado no determina derecho a ser compensada, ya que es un error en las previsiones de la concesionaria, que no se origina por ningún hecho imputable a la Administración ni a la DEA, como se ha explicado y se motiva en la sentencia, y por tanto forma parte de los riesgos ordinarios de la explotación, que no se pueden trasladar automáticamente a la Administración sin la concurrencia de alguna circunstancia que permita modular el principio general de riesgo y ventura del contratista.” (FJ. 5º).

4. LOS MODIFICACIÓN DE LA DIA PARA INTRODUCIR NUEVAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO CAUSA POTENCIAL DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL

Las condiciones de la declaración de impacto ambiental pueden modificarse, de oficio o a instancia de parte, cuando concurren una serie de circunstancias, entre ellas, “la entrada en vigor de nueva normativa que incida sustancialmente en el cumplimiento de las condiciones establecidas en la declaración de impacto ambiental”, “cuando durante el seguimiento del cumplimiento de la declaración de impacto ambiental se detecte que las medidas preventivas, correctoras o compensatorias son insuficientes, innecesarias o ineficaces” (art. 44.1, LEA).

En el caso de las instalaciones industriales (como las instalaciones de tratamiento de residuos) sometidas a EIA e igualmente a AAI, el órgano ambiental autonómico (competente para otorgar y controlar la AAI, de acuerdo con el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación. En adelante LPCIC) también deberá revisar y, en su caso, podrá actualizar el condicionado de la AAI durante el ciclo de vida de la actividad (art. 26, LPCIC), cuando hayan transcurrido cuatro años de la aprobación de un nuevo documento de conclusiones relativas a la MTD de la actividad principal, así como también cuando concurren determinadas circunstancias de forma sobrevenida⁹.

⁹ “En cualquier caso, la autorización ambiental integrada será revisada de oficio cuando:

- a) La contaminación producida por la instalación haga conveniente la revisión de los valores límite de emisión impuestos o la adopción de otros nuevos.
- b) Resulte posible reducir significativamente las emisiones sin imponer costes excesivos a consecuencia de importantes cambios en las mejores técnicas disponibles.
- c) La seguridad de funcionamiento del proceso o actividad haga necesario emplear otras técnicas.
- d) El organismo de cuenca, conforme a lo establecido en la legislación de aguas, estime que existen circunstancias que justifiquen la revisión de la autorización ambiental integrada en lo relativo a vertidos al dominio público hidráulico de cuencas gestionadas por la Administración General del Estado. En este supuesto, el organismo de cuenca requerirá, mediante informe vinculante, al órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada, a fin de que inicie el procedimiento de revisión en un plazo máximo de veinte días.
- e) Así lo exija la legislación sectorial que resulte de aplicación a la instalación o sea necesario cumplir normas nuevas o revisadas de calidad ambiental en virtud del artículo 22.3.” (art. 26.4, LPCIC)

Así, el órgano ambiental competente en materia de EIA puede, por tanto, iniciar el procedimiento de modificación de la declaración de impacto ambiental para dar cumplimiento a las exigencias de una nueva norma ambiental o cuando las medidas previstas en aquella sean “insuficientes, innecesarias o ineficaces”. A ello se unen las posibilidades de actualización de la AAI por avances en las MTD o la concurrencia de circunstancias fácticas o legales sobrevenidas.

La LEA no prevé nada en relación al deber de compensación, o no, de los órganos ambientales en caso de modificación del condicionado de la DIA¹⁰. La LPCIC sí se pronuncia sobre la cuestión. Indica expresamente que la revisión y, en su caso, actualización del condicionado de la autorización ambiental integrada no dará derecho a indemnización (art. 26.5, LPCIC), lo cual se deriva de la naturaleza propia de la AAI como autorización de tracto sucesivo. No obstante, una decisión ambiental de esta naturaleza puede generar un desequilibrio económico en la concesión que sí puede dar lugar a la obligación de compensación económica por parte del órgano de contratación, en los términos que establece la LCSP, que veremos a continuación.

Estas medidas de modificación o actualización del condicionado ambiental de la instalación pueden implicar inversiones para el concesionario, responsable de la ejecución del proyecto y de la explotación de la instalación, que no estaban previstas ni en los pliegos, ni el proyecto, ni en la oferta técnica y económica del operador. Así, en la fase de ejecución de un contrato de concesión, el cumplimiento de una nueva obligación legal de protección ambiental o la modificación de la DIA o de la AAI pueden alterar el equilibrio económico del contrato, especialmente en el caso de proyectos de elevada complejidad técnica en el que las inversiones en nuevas técnicas implican costes elevados.

Esta cuestión se planteó precisamente en el Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Pública de la AGE, con relación a un contrato de gestión de residuos para la explotación de una planta de tratamiento. Se trataba de una instalación en funcionamiento que debía cumplir con una nueva exigencia comunitaria en materia ambiental: la disponibilidad de una autorización ambiental integrada, de acuerdo con las previsiones de la ya derogada Ley 16/2002, de prevención y control integrado de la

10 Sobre la modificación del condicionado de la DIA, ALENZA GARCIA indica que “dado el carácter constitutivo y discrecional de las intervenciones ambientales, debe entenderse que dicha modificación no es indemnizable” (RUIZ DE APODACA ESPINOSA (Dir.), *Régimen jurídico de la evaluación ambiental, Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 415).

contaminación¹¹. La autorización ambiental integrada establecía nuevas condiciones de funcionamiento a la actividad, lo cuál suponía la realización de inversiones cuantiosas con relación al volumen de económico total de la concesión. Además el plazo de la concesión expiraba en dos años, por lo que no había tiempo para amortizar las obras a ejecutar. La Junta entendió que se trataba en “de un supuesto claro de aplicación de la denominada doctrina del *factum principis*”:

“Tradicionalmente, para considerar que nos encontramos ante un supuesto de “factum principis” se exige que concurran una serie de requisitos, cuales son una medida administrativa de carácter obligatorio y general de la que se derive un perjuicio para el contratista. Caracteriza de modo trascendental esta figura el hecho de que la medida de que se trate ha de ser adoptada fuera del ámbito propio de la relación contractual.

En el presente caso, podemos considerar que existe una medida de carácter general cual es la exigencia de una autorización para la actividad cuya obtención es exigida “ex novo” en virtud de lo dispuesto en una nueva norma jurídica (la Ley 16/2002, de 1 de julio), y de la que se deriva obligatoriamente la realización de determinadas obras de adaptación de las instalaciones.

(...) examinada la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que ha admitido la figura del “factum principis” como un supuesto de excepción a principio de riesgo y ventura en las concesiones, debe entenderse que en el caso presente nos encontramos claramente ante un supuesto de aplicación de la doctrina mencionada por concurrir los presupuestos que requiere. En efecto, se ha producido la adopción de una medida de carácter general, cual es la exigencia de nuevos requisitos para las instalaciones de tratamiento de residuos sólidos cuyo cumplimiento por parte del concesionario podría suponer la ruptura del equilibrio financiero de la concesión. Ello, implica que, de en igual forma cabría considerar que concurren las condiciones exigidas por el artículo 258 de la actual Ley.”

Con todo, la LCSP introduce previsiones específicas con relación a las concesiones, que matizan las posibilidades de reequilibrio económico derivado de normas o decisiones ambientales. La LCSP restringe en estos casos los supuestos en los que la Administración está obligada a compensar el desequilibrio económico del contrato.

En el caso de las concesiones de obra pública y de servicios, el órgano de contratación deberá de restablecer el equilibrio económico “cuando las actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa

¹¹ Actualmente está en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (en el texto principal referenciada como LPCIC).

la ruptura sustancial de la economía del contrato¹²” (arts. 270.2, letra b, 290.4, letra b, LCSP). Surgen el deber de compensación “solo” en los supuestos en que la “Administración concedente”¹³ sea la que adopta, al mismo tiempo, la decisión ambiental con implicaciones en el equilibrio económico contractual; no, en el caso, por ejemplo, de modificación de las condiciones ambientales de funcionamiento de una instalación de gestión de residuos domésticos, promovida a nivel municipal, que sea llevada a cabo por el órgano ambiental autonómico. En este caso la administración ambiental sería la autonómica, y la administración concedente sería la municipal. Así, esta nueva previsión de la LCSP afecta especialmente a la garantía del reequilibrio de las concesiones municipales. No tiene sentido que, ante una decisión administrativa de modificación de la DIA o de la AAI, sea jurídicamente posible la compensación económica si la administración ambiental es también la administración que ha concedido la concesión, y no en caso de que se traten de administraciones diferentes¹⁴. No obstante, todo esto debe entenderse sin perjuicio, de la posibilidad de modificación contractual, y el consiguiente reequilibrio económico, en el caso de concurrencia de circunstancias sobrevenidas, de acuerdo con las previsiones del artículo 205.2, letra b, LCSP.

¹² LAVILLA RUBIRA, J.J., menciona la indeterminación del concepto “ruptura sustancial de la economía del contrato”. En este sentido entiende que no parece irrazonable “acudir, al aplicar tal concepto a los supuestos concretos que se susciten, a los criterios establecidos por el artículo 250.2.c) de la LCSP/2017 a efectos de determinar el carácter sustancial o no de las modificaciones contractuales” (“Régimen jurídico de la concesión de obras”, en GIMENO FELIÚ, José María, *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2018, p. 1430).

¹³ LAVILLA RUBIRA, J.J., entiende que aunque el artículo 270.2 “alude ahora solo a las actuaciones “de la Administración concedente”, parece razonable entender que existirá el deber de reestablecer el equilibrio económico en el supuesto de que las actuaciones determinantes de la ruptura sustancial de la economía del contrato procedan de una entidad instrumental dependiente de aquella” (*idem*).

¹⁴ GIMENO FELIÚ indica en este mismo sentido que esta regulación del *factum principis* debería haber englobado “cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad”. Entiende asimismo que “la concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura. De tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario- el reequilibrio financiero (...)”. “No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos” (“La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente” en GIMENO FELIÚ, José María, *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2018, p. 125, nota 197). Véase en este mismo orden de cosas GIMENO FELIÚ, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi, 2014, pp. 148 y 149.

Por una parte, la LCSP limita la posibilidad de compensación económica en supuestos de *factum principis*, pero, por otra, reconoce al concesionario un derecho de desistimiento del contrato, como una suerte de compensación ante las restricciones a la posibilidad de reequilibrio económico.

El contratista tendrá derecho a desistir del contrato, sin derecho a indemnización, cuando este resulte “extraordinariamente oneroso”¹⁵ para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

- “a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato;*
- b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.” (arts. 270.4, 290.6 LCSP).*

El carácter restrictivo con el que se regula las posibilidades de reequilibrio económico en las concesiones, así como la posibilidad de desistimiento en el supuesto de aprobación sobrevinida de normas reglamentarias (derivadas de administraciones distintas a la concedente) y legales (que exijan la incorporación de avances técnicos¹⁶), plantean problemas para garantizar la adecuada prestación y continuidad de los servicios públicos obligatorios¹⁷.

¹⁵ “Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar” (arts. 270.4, 290.6, LCSP).

¹⁶ GIMENO entiende, acertadamente, que debería “(...) regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando la inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó la inversión debería ajustarse la TIR” (*El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Aranzadi, 2014, pp. 148 y 149).

¹⁷ TORNO MÁS indica que este derecho del contratista “(...) rompe con la obligación propia del contrato de gestión de servicios públicos de continuar prestando el servicio en todo caso (*exceptio non adimpleti contractus*), obligación que se considera inherente a la finalidad del contrato de gestión de servicios públicos, esto es, la garantía de la continuidad de la prestación” (en GIMENO FELIÚ, José María, *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2018, p. 1480).

Los actos de modificación de las autorizaciones o declaraciones ambientales y la aprobación de normas ambientales a las que deben adaptarse las instalaciones existentes, forma parte del objetivo de mejora continua y adaptación tecnológica que rige las normas ambientales. En las instalaciones gestionadas con concesiones de larga duración y un componente tecnológico muy marcado, como las actividades de tratamiento de residuos, los avances y modificaciones tecnológicas derivadas de la aplicación o desarrollo Derecho ambiental son parte de su naturaleza. La LCSP no se adapta a esta realidad.

En este contexto, lo razonable hubiera sido, desde la perspectiva del objeto de estudio de este artículo, que la Administración concedente, titular del servicio, asumiera los costes ambientales sobrevenidos derivados de decisiones ambientales o de modificaciones normativas, siempre que supusieran una ruptura sustancial del equilibrio del contrato y con independencia de la administración de origen. Sin embargo, la LCSP solo permite compensar cuando el origen del desequilibrio esta en una modificación contractual o una actuación de la Administración concedente, trasladando al concesionario, en el resto de los supuestos, el coste de eventuales revisiones normativas o actualizaciones de actos ambientales, ofreciendo únicamente al operador económico la posibilidad de “devolver las llaves” a la administración concedente, cuando el contrato resulte “extraordinariamente oneroso”. Esta solución no satisface el objetivo de garantizar la continuidad de la prestación de servicios públicos obligatorios, y puede implicar una finalización anticipada, innecesaria e ineficiente de la concesión, por circunstancias sobrevenidas normativas que son eventos ordinarios en el ciclo de vida de algunas instalaciones, como las actividades de tratamiento de residuos.

Además en el caso de que se lleven a cabo modificaciones normativas (reglamentarias, derivadas de una administración distinta a la concedente, o legales que impliquen avances técnicos), pero el impacto en el equilibrio económico de la concesión no resulte “extraordinariamente oneroso” para el concesionario, éste no podrá desistir del contrato, ni podrá obtener compensación por las nuevas exigencias ambientales en la explotación de la actividad. Esto se producirá en el caso en que la incidencia de las “disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse” supongan un incremento neto anualizado de los costes menor al 5 por ciento “del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma” (arts. 270.4, 290.6, LCSP)¹⁸. Teniendo en cuenta los márgenes tan exiguos con los que a veces

¹⁸ LAVILLA RUBIRA, J.J., afirma que “a los efectos de la determinación de tal cifra de negocio —a la que se refiere el artículo 101.1, letra b, de la LCSP/2017 en relación con el cálculo del valor estimado de las concesiones

compiten los operadores económicos en el mercado público de servicios públicos obligatorios, como el tratamiento de residuos, el régimen de la LCSP genera un contexto idóneo para el surgimiento de conflictos jurídicos y laborales durante la ejecución del contrato, que nada suman, sino restan, a la ejecución adecuada de la concesión, y que pueden dificultar la ejecución de la DIA y del derecho ambiental aplicable a la actividad. Asimismo, los operadores económicos pueden verse tentados a compensar los desequilibrios, no extraordinariamente onerosos, por vía interna, mediante la reducción de costes laborales o de mantenimiento, con las implicaciones que ello puede tener para la precarización del servicio. Este tipo de situaciones de incumplimiento contractual no siempre pueden verse desincentivadas si el régimen de control y de imposición de penalidades previsto en los pliegos no está adecuadamente articulado.

La mejor forma de reducir o evitar los efectos nocivos de estas previsiones de la LCSP es incorporar en los pliegos una cláusula de modificación contractual referida a la incorporación de mejores técnicas disponibles, tanto por el ejercicio de la potestad de modificación del condicionado de las autorizaciones o declaraciones ambientales por parte de los órganos ambientales competentes, como por la concurrencia sobrevenida de avances legales que obliguen a los concesionarios a asumir nuevos avances técnicos. Sería conveniente que esta modificación contractual estuviera vinculada a un determinado porcentaje de incremento de costes, de modo que el concesionario debiera asumir el riesgo económico por debajo del porcentaje determinado. Hay que tener en cuenta igualmente en cuenta que las inversiones en mejores técnicas disponibles, podrían incrementar los ingresos para el contratista. Pensemos por ejemplo en el titular de una instalación de tratamiento de residuos que debido a las inversiones puede incrementar el porcentaje de recuperación de envases y, en consecuencia, los ingresos derivados del SIGRE correspondiente por este concepto. En ese caso, en el cálculo del incremento de costes derivado de la modificación contractual habría que tomar en consideración los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar, a los efectos de determinación de una eventual compensación económico en términos de reequilibrio contractual.

de obras-, parece razonable, aplicando por analogía el criterio establecido por los artículos 280.3 y 282.c), tener en cuenta la cifra de negocios obtenida por el concesionario en los años anteriores en número equivalente al de los que resten hasta la terminación normal de la concesión” (“Régimen jurídico de la concesión de obras”, en GIMENO FELIÚ, José María, *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, 2018, p. 1432).

En este último sentido, cabe señalar, que más allá de lo indicado sobre las posibilidades de reequilibrio contractual en caso de avances técnicos derivados de actuaciones administrativas o reformas legales, no hay que perder de vista el potencial del pliego para generar incentivos económicos a la realización efectiva de la cláusula de progreso en el ciclo de vida de la concesión. Así en el caso de las instalaciones públicas de tratamiento de residuos, el pliego puede prever el pago de un precio por tonelada, de acuerdo con el precio unitario ofertado por el operador, y además un pago indirecto derivado de la posibilidad de cobrar directamente, total o parcialmente, los pagos realizados por el Sistema Integrado de Gestión y Recogida de Envases (SIGRE¹⁹) por la recuperación de envases y materiales recuperados, los ingresos procedentes de la venta de electricidad a la red eléctrica generada por la valorización energética del biogás o, en su caso, los ingresos derivados de la recuperación de vidrio en proceso. En este plano, el pliego tiene un elevado potencial para incentivar las inversiones en mejores técnicas disponibles, directamente vinculadas con la mejora de la capacidad de valorización de las instalaciones y, en consecuencia, con el incremento de ingresos para el concesionario explotador de la instalación.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCIA, J. El procedimiento de la evaluación de impacto ambiental. En: RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Á. (Dir.). *Régimen jurídico de la evaluación ambiental: Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental*. Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2014.
- CUBERO MARCOS, J. I. La transposición de la Directiva en el estado español. En: GARCÍA URETA, A. *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J. M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*. Madrid: Aranzadi, 2014.

¹⁹ Es el caso de ECOEMBES, en relación a la recogida de envases.

- La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente. En: GIMENO FELIÚ, J. M. *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*. Madrid: Aranzadi, 2018.

LAVILLA RUBIRA, J.J. Régimen jurídico de la concesión de obras. En: GIMENO FELIÚ, J. M. *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*. Madrid: Aranzadi, 2018.

SANTAMARÍA ARINAS, R. Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos. En: GARCÍA URETA, A. *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

TORNO MÁS, J. El contrato de concesión de servicios. En: GIMENO FELIÚ, J. M. *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*. Madrid: Aranzadi, 2018.

MESA PLENARIA 6:
DERECHO AMBIENTAL
COMPARADO:
TENDENCIAS Y
PERSPECTIVAS

MODERADOR: JESÚS JORDANO FRAGA

XV. Uma professora de Direito do Ambiente à beira de um ataque de nervos¹

Una maestra de Derecho Ambiental al borde de un ataque de nervios

Carla Amado Gomes
Profesora Asociada de Derecho del Ambiente e Derecho Administrativo
Universidad de Lisboa

RESUMEN:

El texto pretende identificar tendencias del Derecho del Ambiente en el plan comparado, incluyendo una nota particular sobre la situación portuguesa, en el contexto de la “emergencia climática”. Se analizan cuatro tendencias registradas un poco por todo el Mundo, como las políticas de transición energética, el surgimiento de las ciudades como líderes de la transición energética, la formación de movimientos sociales insurgentes y la litigancia climática. El balance es preocupante y la solución no pasará ni por la inercia de los Estados ni por la resistencia de las empresas, antes residindo en el comportamiento de los consumidores.

ABSTRACT:

The text aims to identify environmental law trends in the comparative plan, with a particular note on the Portuguese situation within the frame of “climate crisis”. Four trends around the world are analyzed, such as energy transition policies, the emergence of cities as energy transition leaders, the formation of insurgent social movements and climate litigation. The balance is worrisome and the solution will confront the inertia of States and the resistance of companies, depending, at the end of the day, on the behavior of consumers.

¹ Estudio realizado en el marco del proyecto DER2017-85981-C2-2-R, “Derecho Ambiental, Recursos naturales y Vulnerabilidad”, subvencionado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

PALABRAS CLAVE: emergencia climática; transición energética; litigancia climática; consumo sostenible

KEYWORDS: climate crisis; energy transition; climate litigation; sustainable consumption

SUMARIO

0. Our house is on fire but we keep calm and carry on business as usual.....	409
1. Quatro tendências e uma constante.....	411
1.1 As políticas de transição energética.....	411
1.2 A liderança das cidades na luta contra o aquecimento global.....	413
1.3 Os movimentos sociais insurgentes.....	415
1.4 A litigância climática.....	416
1.5. O consumo insustentável.....	419
2. A perspectiva portuguesa.....	420
3. Perspectivas: uma Terra (in)habitável?.....	422

0. OUR HOUSE IS ON FIRE BUT WE KEEP CALM AND CARRY ON BUSINESS AS USUAL

A nova jovem profeta, Greta Thunberg, diz-nos para ter medo, para entrar em pânico, porque a nossa casa está a arder. E, embora haja quem o negue, fomos nós que ateámos o fogo. Desde que temos consciência de que as emissões de CO₂ são letais para o equilíbrio do Planeta tal como o conhecemos — oficialmente, desde a Convenção Quadro sobre alterações climáticas, de 1992/1993, desenvolvida pelo Protocolo de Quioto (1997/2005) e inequivocamente confirmada pelo IPCC no seu V Relatório de Avaliação, de 2013/2014, imputando o aquecimento global à acção humana com 95% de certeza² —, emitimos mais gases com efeito de estufa do que em toda a História da Humanidade. Trata-se, portanto e antes de mais nada, de uma *questão moral*: sabemos incomensuravelmente mais do que sabíamos há um século e optamos por ignorar essa informação, deteriorando o planeta para além das suas capacidades de suportar a vida tal como a conhecemos num lapso temporal que será provavelmente o do próximo século.

² Pode ser consultado [aquí](#).

É verdade que há porventura demasiada informação, em termos estatísticos, técnicos, científicos, sobre a temática das alterações climáticas. E nem sempre concordante nas causas e nos efeitos — e sobretudo no tempo que temos para habitar o planeta tal como o conhecemos. Designadamente, há muitos números em várias tabelas: graus Celsius (entre 2°C a 5°C de aumento de temperatura até 2100, dependendo dos esforços), metros (subida do nível das águas dos oceanos, em razão de degelo), litros (de água potável que vamos perder por causa da desertificação, da poluição de lençóis freáticos pelas actividades extractivas), hectares (de floresta perdida para desmatamento e incêndios), toneladas (de plástico que asfixia a fauna marinha), deslocamentos populacionais (deslocados climáticos, directos e indirectos), índices de intensidade de furacões (já se fala num grau 6 para comportar os seus novos impetus destruidores), percentagens de espécies perdidas (na que já foi considerada a 6ª extinção desde o início dos tempos), kilos de alimentos necessários para sustentar biliões de pessoas (7 biliões em 2011, 9.8 em 2050, 11.2 em 2100). E há também muitos modelos, múltiplos cenários, inúmeras projecções, que apontam para um irreconhecível novo mundo: a península ibérica transformada na continuação do Sahara em 2100, Lisboa com o clima de Casablanca, Londres idêntica a Barcelona, os micro estados insulares do Pacífico engolidos pelo oceano, Manhattan submersa...

Este verdadeiro desfile de horrores numéricos traz consigo autênticas pragas bíblicas bem reais como fome, seca, inundações, incêndios, guerras, num futuro que já está ao alcance do tempo das nossas vidas, numa Terra inabitável — que David Wallace-Wells tão devastadoramente bem antecipa no seu livro *The uninhabitable Earth* (2019). Por seu turno, o IPCC, no seu *Special Report Global Warming of 1.5°C*³, divulgado em Outubro de 2018, afirma que teremos que reduzir as emissões de CO2 em 45% até 2030 (relativamente a 2010) para atingir o aumento de apenas 1.5°C face aos níveis pré-industriais, ideal nos termos do Acordo de Paris. Porém, face a 2010, aumentámos 21% (de 30.6 mil milhões de toneladas para 37.1), o que torna este objectivo inatingível e agrava todos os riscos enumerados. John Kerry, ex-Secretário de Estado dos EUA sob a presidência de Barack Obama, no âmbito da conferência sobre “O futuro do planeta” proferida em Lisboa em Setembro de 2019, confirmou os piores receios: não há um único Estado a fazer aquilo com que se comprometeu em Paris em 2015⁴. Não surpreende, portanto, que o mote do Relatório do IPCC citado seja uma frase de Saint Exupéry: *“Pour ce qui est de l’avenir, il ne s’agit pas de le prévoir, mais de le rendre possible”*.

³ Pode ser consultado [aqui](#):

⁴ Cfr. [Enlace](#)

Enfim, perante a desgraça iminente, os nossos políticos viabilizam o *business as usual*, protraindo para um quadro de inevitabilidade absoluta a tomada de medidas realmente efectivas e coerentes para travar a espiral de destruição em que estamos envolvidos. Enquanto os Parlamentos platonicamente decretam a “emergência climática”, as multinacionais continuam a multiplicar os seus lucros à sombra de políticas que incentivam o uso de combustíveis fósseis e promovem o extrativismo, que destrói ecossistemas e polui água e ar. Quioto foi provavelmente a *last call* para evitar o que hoje a Ciência apresenta como inevitável: a transformação das condições de vida no Planeta, no tempo de um século, de forma insuportável para o ser humano. E ter uma gorda conta bancária não vai ajudar quando o calor nos abrasar ou a água nos engolir.

1. QUATRO TENDÊNCIAS E UMA CONSTANTE

Alguma acção, ainda assim, deve ser registada — que mais não seja, como panaceia moral. Assumindo o risco de ser redutora, indicaria quatro tendências recentes, todas elas dominadas por uma constante: a pulsão de consumo nos Estados desenvolvidos.

1.1 As políticas de transição energética

Se há domínio em que os esforços se têm manifestado de forma particularmente evidente face ao objectivo da descarbonização é o da política de energia. Um pouco por todo o mundo, as opções de reconversão energética têm-se multiplicado no sentido das fontes renováveis, com particular expressão da energia solar embora ainda com predomínio da hídrica. No entanto, nem estas fontes são totalmente inócuas do ponto de vista ecológico (o descarte de painéis solares e de pás eólicas representa um peso considerável; o risco para aves migratórias é alto; os danos socioambientais provocados pelas grandes barragens são vultuosos), nem constituem, sem um outro suporte, uma alternativa real — e falo apenas da geração de electricidade, sem entrar nos combustíveis, que tendem a ser cada vez menos fósseis mas ainda com predomínio destes em sectores como a aviação e a defesa nacional. A segurança energética, com o abandono progressivo do carvão, só consegue manter-se a partir do nuclear — e o recurso a este tipo de energia, pelo risco associado, tende a reduzir-se.

Na União Europeia, a Alemanha afirmou a sua intenção de desligar totalmente as suas centrais nucleares até 2023 — mas isso tem aumentado a sua pegada carbónica, uma vez que tem que recorrer às centrais de carvão para assegurar o fornecimento contínuo. A Agência Internacional da Energia, de resto, apresenta sérias dúvidas sobre a viabilidade económica da transição energética sem o apoio do nuclear, referindo que sem este complemento, a transição envolve um custo adicional de 1.6 triliões de dólares nas economias mais desenvolvidas nas próximas duas décadas⁵. Problemáticas são, todavia, as questões de segurança das centrais nucleares, cuja obsolescência já foi, na maior dos casos, atingida, e cujo prolongamento de vida não está sujeito, nos termos da directiva da Avaliação de Impacto Ambiental, a esse procedimento.

No que tange a transição para fontes renováveis, na União Europeia, a meta mais próxima é de 32% de energia a partir de energias renováveis até 2030, com 14% para o sector dos transportes — índices revisíveis em 2023, tendo em mente os compromissos de Paris⁶. Cada Estado deverá aprovar planos nacionais de energia e clima até Dezembro de 2019, especificando os objectivos em cinco vertentes: a descarbonização; a eficiência energética; a segurança energética; o mercado interno da energia; a investigação, inovação e competitividade⁷.

No plano mundial, segundo análise do ano de 2018 da Agência Internacional de Energia⁸, o contributo das energias renováveis para o computo global de energia deve crescer um quinto nos próximos cinco anos, atingindo 12,4% em 2023, sobretudo no sector da geração de electricidade. A tecnologia solar fotovoltaica lidera as fontes em crescimento, seguida da eólica, hidroeléctrica e bioenergia, sendo que as barragens continuam a ser responsáveis pela maior fatia de electricidade produzida: 16% da procura global de electricidade até 2023. As energias renováveis no transporte têm a menor contribuição dos três sectores, com índice de 3,8% em 2023.

⁵ [Nuclear Power in a Clean Energy System](#).

⁶ [Parlamento Europeu aprova metas para renováveis e eficiência energética até 2030](#)

⁷ A projecção da Agência Internacional de Energia (cfr. [enlace](#)) deixa a União Europeia bem longe deste objectivo uma vez que prevê que, se o progresso continuar no ritmo actualmente previsto, a participação de energias renováveis no consumo final de energia seria de aproximadamente 18% até 2040 – significativamente abaixo do valor de referência considerado sustentável pela Agência, de 28%.

⁸ [Renewables 2018. Analysis and forecasts to 2023](#)

É nos transportes que o cenário não é tão promissor. Nos próximos cinco anos, as energias renováveis cobrem apenas uma pequena parte de toda a procura de energia, devido à manutenção da dependência de produtos petrolíferos. As energias renováveis no transporte vêm principalmente dos biocombustíveis e, embora o consumo de eletricidade renovável nas estradas (como carros eléctricos, veículos de duas e três rodas e autocarros) e nos modos de transporte ferroviário aumente 65% durante o período previsto, estamos a falar de números pouco significativos.

O Brasil é o Estado com o *mix* energético mais verde e a China lidera em crescimento absoluto. Um dos maiores consumidores de energia do mundo, o Brasil emprega de longe a maior parcela de fontes renováveis — quase 45% do consumo final total de energia em 2023. O consumo de bioenergia nos transportes e na indústria é significativo e a energia hidroeléctrica domina no sector da electricidade. Em contrapartida, devido às políticas de descarbonização em todos os sectores e de redução da poluição atmosférica, a China lidera o crescimento global em termos absolutos no próximo quinquénio, ultrapassando a União Europeia e tornando-se o maior consumidor de energia renovável.

Esta tendência de descarbonização das fontes de produção de energia não tem sido, no entanto, totalmente credível mesmo na União Europeia porque, de uma banda, os subsídios aos combustíveis fósseis mantêm-se e, de outra banda, as novas extracções de petróleo e gás não são proibidas. Acresce a resistência ao encerramento das centrais a carvão — um tanto por razões de segurança energética, outro tanto por questões de insegurança laboral — e as dificuldades de adaptação do edificado antigo às novas formas de produção e abastecimento.

1.2 A liderança das cidades na luta contra o aquecimento global

A percepção de que “os Governos não estão a saber tomar conta de nós” (Naomi Klein⁹) tem-se manifestado de várias maneiras. Greta Thunberg assumiu informalmente o papel de porta-voz da geração jovem, com a sua “greve pelo clima”, mas outras vozes de resistência se levantam. As cidades têm-se perfilado como actores cada vez mais presentes. Já desde 2005, com a entrada em vigor do Protocolo de Kyoto, que existe o *World Mayors Council for Climate Change*¹⁰, fundado pelo Mayor da cidade de Quioto para congregar esforços das

⁹ *This changes everything*, London/New York, 2014.

¹⁰ [Enlace](#)

ciudades na implementação das medidas de mitigação e adaptação no quadro do Protocolo (hoje caducado e substituído por Paris) e para lhes proporcionar uma rede de troca de informação e acesso a financiamento. No mesmo ano constituiu-se o *C40 Climate Leadership group*, com vista à troca de experiências no plano da eficiência energética e desempenho energético.

Há exemplos particularmente paradigmáticos. Nova Iorque é um deles. A cidade que nunca dorme provou a sua atenção a esta matéria, adoptando o *PlaNYC 2030*¹¹, um plano de crescimento e sustentabilidade a longo prazo lançado em 2007 pelo Mayor Bloomberg. O plano visa reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 30% a partir dos níveis de 2005 nos próximos 20 anos — aproximadamente a mesma meta que a do governo federal dos EUA de então, de redução em 28% as emissões do país em relação aos níveis de 2005 até 2020. Como quase 80% das emissões da cidade de Nova York são provenientes de prédios, o plano inclui auditorias energéticas obrigatórias nas cidades e nos prédios comerciais de mais de 4.645 metros quadrados.

Para tanto, a cidade criou um Gabinete de Adaptação às Alterações Climáticas (*Climate Change Adaptation Task Force*), composto por 40 entidades públicas e privadas que gerem as infraestruturas essenciais da cidade no plano da energia, fornecimento de água, tratamento de resíduos, transportes e comunicações. O Painel de Mudanças Climáticas de Nova York, um grupo de cientistas e especialistas, fornece informações sobre riscos ligados às alterações climáticas a este Gabinete, incluindo projecções de aumento do nível do mar com e sem degelo rápido, bem como dados para construção de um plano de resiliência climática da cidade. Uma recomendação importante traduz-se em criar estratégias como melhorar a drenagem de estradas, desenvolver telhados verdes e melhorar os planos de evacuação em cenários de risco¹².

Um pouco por todo o mundo, várias cidades fixaram o objectivo de neutralidade carbónica em 2030 ou 2050, produzindo cada vez mais energia a partir de fontes renováveis, introduzindo o transporte público eléctrico, construindo corredores para bicicletas e trotinetes, promovendo políticas de reabilitação urbana com vista à reconversão do edificado

¹¹ O plano pode ser consultado [aqui](#):

¹² Cfr. Cynthia ROSENZWEIG, William SOLECKI, Stephen A. HAMMER, Shagun MEHROTRA, *Comment: Cities lead the way in climate-change action*, in Nature, 21/10/2010, p. 911.

para edifícios autosuficientes do ponto de vista energético e energeticamente eficientes¹³. As medidas de mitigação são mais fáceis de explicar à população — porque têm efeitos imediatos no quotidiano (v.g., medidas de isolamento dos edifícios que os tornam mais eficientes e baixam a factura da luz) — do que as de adaptação (v.g., substituição de espécies de plantas nos jardins públicos por espécies menos consumidoras de água), que visam fazer face a riscos ainda não concretizados. Toda a estratégia de mitigação e adaptação está dependente de financiamentos avultados.

Esta tendência é de assinalar, pela sua crescente contaminação de cidades de todo o mundo, em Estados desenvolvidos e em desenvolvimento. No entanto, o seu impacto global é reduzido dado que se trata de pólos muito localizados e com estratégias desenhadas à medida dos riscos concretos que assombram as cidades. Acresce que as medidas de adaptação, porque se destinam a combater riscos futuros e incertos, competem com medidas vinculadas a outras políticas com objectivos mais imediatos (como educação, saúde, assistência a franjas de população carenciada) o que, num quadro de recursos escassos, as torna mais difíceis de implementar¹⁴. Enfim, a liderança das cidades é apenas de *algumas* cidades — as que angariam mais receitas para financiar as medidas, o que normalmente acontece com cidades do litoral e com cidades com atractivos turísticos.

1.3 Os movimentos sociais insurgentes

A desconfiança das estruturas tradicionais de governação na gestão da "emergência climática" tem sido o detonador de movimentos sociais inorgânicos — ou seja, desvinculados de qualquer tipo de estrutura institucional, pública ou privada — em que o sentimento que une os participantes traduz uma revolta generalizada contra os governos e os grandes actores económicos ligados a empresas geradoras de produtos altamente poluentes (combustíveis; cimento; plástico) e cujo motor funcional são as redes sociais. Como exemplos, ambos desencadeados em 2018, temos o *Friday's for future*¹⁵, que se mobiliza em torno da figura de Greta Thunberg e organiza greves às aulas, e o *Extinction Rebellion*, com primeira irrupção em Londres mas que se estendeu a várias cidades europeias¹⁶.

¹³ Para uma perspectiva europeia, veja-se Jeremy CARTER, [Climate change adaptation in European Cities](#), in Current opinion in environmental sustainability, Maio de 2011, pp. 193 segs.

¹⁴ Cfr. J. CORTEKAR, S. BENDER, M. BRUNE, M. GROTH, [Why climate change adaptation in cities needs customised and flexible climate services](#), in Climate Services, Dezembro de 2016, pp. 42 segs.

¹⁵ [Fridays for future](#)

¹⁶ [Rebellion Earth](#)

Estes movimentos são expressão de cidadania ambiental e traduzem o exercício da democracia participativa para além dos quadros próprios do Direito do Ambiente, que são as consultas públicas no âmbito de procedimentos de aprovação de planos e actos autorizativos. Repare-se que, quando genuínos, eles destacam-se dos tradicionais NIMBY pois denotam um altruísmo que estes não revestem — isto porque o NIMBY visa opor-se a empreendimentos em razão do bem estar individual/grupal, enquanto estes movimentos lutam em nome da colectividade e sem benefício específico. A sua força de resistência será tanto maior quanto mais apoiantes conseguirem congregar e sobretudo se, para além das manifestações, este movimento se traduzir em acções de mobilização real dos consumidores relativamente a práticas/produtos cuja existência contestam por nociva para o ambiente/clima. É que os Estados não podem opor motivos de descuido ou má performance ambiental a outros Estados para sustentar medidas restritivas do comércio internacional — a OMC não os aceita —, mas os consumidores e importadores privados podem fazer escolhas que premeiem os Estados que apliquem regulação mais exigente do ponto de vista do cumprimento dos objectivos de Paris e, ao contrário, penalizem Estados que não se comprometam com aquele cumprimento, assim alterando as regras do jogo a favor da preservação dos recursos do planeta e da travagem do aquecimento global.

1.4 A litigância climática

Uma outra tendência em ascensão é a da litigância climática¹⁷. Um dos primeiros litígios envolveu 12 estados e várias cidades norteamericanos contra a Environmental Protection Agency (EPA), pedindo a condenação desta Agência na aprovação de normas de controlo das emissões de CO₂, competência que lhe cabe nos termos do *Clean Air Act*. Apesar de ter dúvidas sobre a legitimidade dos autores (o pedido ultrapassa os limites territoriais que lhes estão na base), o tribunal, em 2007, considerou que a inacção afectava interesses individualizados e condenou a EPA.

¹⁷ Refiro-me a litígios que têm por fundamento a constatação do aquecimento global e seus efeitos mais ou menos particulares. Não incluo aqui os litígios que visam a obstrução de projectos extrativistas ou a promoção de acções de defesa do ambiente. Nesta sede, o caso *Opposa vs Factoran* (1993) — acção apresentada por um conjunto de menores, representados pelos seus pais, em defesa das florestas das Filipinas, em seu nome e das gerações futuras — terá sido o precursor. Mais recentemente, em 2018, anote-se a decisão do Supremo Tribunal de Justiça da Colombia, numa acção com contornos muito idênticos, de condenar o Estado colombiano a elaborar um plano de combate à desflorestação da Amazônia colombiana, a quem reconheceu como sujeito de direitos.

Um ano depois, cerca de 390 habitantes da cidade de Kivalina, no Alaska, contra várias empresas petrolíferas (2008), pedindo compensação de prejuízos pela subida do nível das águas e necessidade de realocação da cidade. A pretensão foi desatendida pelo tribunal norteamericano com base num duplo argumento: por um lado, as questões levantadas são políticas e portanto, *nonjustiable*; por outro lado, ausência de demonstração da causalidade entre a acção imputada às petrolíferas e o dano.

A estas acções têm-se sucedido dezenas de outras, nos EUA ¹⁸ e um pouco por todo o mundo. Trata-se, no entanto, de um domínio de grande heterogeneidade. Sem pretensão de definitividade, julgo que, no âmbito dos actuais litígios climáticos, se pode detectar dois tipos de perfis:

- Por um lado, casos como *Massachusetts vs EPA*, nos quais está em causa combater a inacção climática em nome da defesa de direitos fundamentais como a vida, a integridade física ou o “direito a um clima estável”, das presentes e futuras gerações. Os autores são associações não governamentais, grupos de cidadãos e grupos de jovens — caso *Urgenda*, 2013; *People’s climate case*, 2018; *Juliana vs USA*, 2015, todos

¹⁸ Veja-se, por exemplo, [a acção apresentada em 2017 por três municípios da Califórnia \(San Mateo County, Marin County, City of Imperial Beach\) contra 37 companhias petrolíferas de entre as quais BP, Chevron, ExxonMobil, Peabody Energy, Shell e Statoil](#), actualmente em curso —. Em 2018, [outras acções se seguiram, protagonizadas por outros municípios da Califórnia](#).

ainda em aberto¹⁹ —, instituições como estados ou municípios²⁰, e mesmo cidadãos isolados²¹;

- Por outro lado, o contencioso iniciado com o caso *Kyvalina* e actualmente repercutido em dezenas de acções movidas por cidades que processam companhias petrolíferas pedindo compensação por custos de adaptação em que incorrerão, alegando — num argumentário muito similar ao utilizado na década de 1990 contra as tabaqueiras — que as petrolíferas sabem, desde a década de 1980, que a queima de combustíveis fósseis provoca aquecimento da Terra, que sonegaram essa informação ao público que consome esses combustíveis e que esse défice de informação os torna responsáveis pelos danos causados²². Estes litígios, assimiláveis a conflitos de consumo, pela sua específica ligação à violação do dever de informar sobre os riscos

¹⁹ [O caso Urgenda](#) é promovido por uma ONG holandesa (Urgenda Foundation) contra o Governo holandês, pedindo a condenação deste na assunção de metas mais ambiciosas no âmbito de redução de emissões de CO2 na medida em que o défice de actuação põe em risco direitos fundamentais dos cidadãos); o [People's climate case](#), no âmbito do qual dez famílias apresentaram junto do Tribunal Geral da União Europeia uma acção de anulação de várias decisões normativas que fixaram metas consideradas fracas face à emergência climática, nomeadamente porque não acautelam devidamente um conjunto de direitos pessoais e económicos, além de um pedido indemnizatório (a petição pode ser vista aqui:

No primeiro caso, os tribunais deram razão à Urgenda e condenaram o Governo holandês; no segundo, actualmente em [recurso para o TJUE](#), o Tribunal Geral não reconheceu legitimidade aos autores na medida em que na sua maior parte, os actos sindicados na sua validade são actos legislativos, que não importam em lesões directas e individualizadas.

O caso *Juliana vs USA* envolve um grupo de 21 jovens que processaram o governo dos EUA, ainda durante a Administração Obama, demandando actuação mais ambiciosa no campo da luta contra o aquecimento global, em nome de presentes e futuras gerações.

²⁰ Cfr. a [acção movida pelo Presidente da Câmara de Grande-Synthe \(cidade modelo de sustentabilidade ambiental francesa\), Damien Carême, contra o Governo francês por “inacção climática”](#).

²¹ Cfr. o caso *Ashgar Legari vs Paquistão* (2015), no âmbito do qual um agricultor processou o Estado paquistanês por não implementação de um Quadro Estratégico contra as alterações climáticas. O tribunal condenou o Estado por omissão e ordenou a criação de uma comissão de acompanhamento da implementação do Quadro, que lhe reporta os avanços graduais.

²² Um relatório produzido por um grupo de cientistas no quadro de um programa promovido pela Exxon Mobil e pela Shell dedicado ao estudo dos efeitos da queima de combustíveis fósseis elaborado entre 1979/1982 concluiu que tal queima liberta CO2 o qual, em larga escala, induz o aquecimento do planeta. Desse relatório, que foi mantido secreto e [divulgado por um whistleblower em 2018](#) constam previsões no sentido de que, em 2060, os níveis de CO2 deveriam rondar as 560 ppm – o dobro da concentração existente na época pré-industrial — e que esse aumento poderia fazer aumentar a temperatura global do planeta em 2°C. Em 1988, uma actualização do relatório por parte da Shell estimou que a duplicação da concentração dos níveis de CO2 poderia duplicar mais cedo, em 2030, se a produção continuasse ao ritmo de então.

dos produtos petrolíferos, convocam expectativas de poder ser bem sucedidos e de abrir precedentes importantes no campo da litigância climática²³.

Estas situações, em número crescente e complexidade acrescida, são sinal de uma animosidade das populações contra as companhias petrolíferas e de uma convicção cada vez mais robusta de que os combustíveis fósseis são os principais responsáveis pelo aquecimento global. A imputação de responsabilidade num contexto de fontes múltiplas e altamente difusas (emissões atmosféricas) constitui um desafio para a teoria da responsabilidade civil; todavia, a pressão da Ciência e a noção de que muito poucos podem inviabilizar a sobrevivência de biliões sem qualquer travão é susceptível de forjar decisões disruptivas.

A via judicial não será, todavia, a mais adequada, por ser altamente aleatória e não estar vinculada a um quadro jurídico único. Os ordenamentos jurídicos apresentam soluções diversas, a cultura jurídica pode fazer variar o posicionamento do julgador, nem todos os Estados são de Direito e dispõem de um sistema judicial credível; além disso, no que toca ao estabelecimento de metas mais ambiciosas e já ressalvada a incerteza que povoa esta matéria, não cabe aos tribunais — órgãos de soberania, sim, mas não democraticamente eleitos —, a sua definição ou reformulação.

1.5. O consumo insustentável

Não consideraria esta breve panorâmica completa sem aludir ao motor das alterações climáticas, quer directamente no que toca ao contributo para as emissões de CO₂, quer indirectamente, explorando exaustivamente os recursos naturais e alterando o equilíbrio dos ecossistemas: o consumo. O consumo insustentável, tal como foi identificado na Declaração do Rio de Janeiro (princípio 8), sobretudo pelas populações do hemisfério Norte, constitui,

²³ Refira-se também o caso *Lluya vs RWE* (2018, em aberto), no quadro do qual um residente numa vila andina peruana ameaçada pelo degelo de um glaciar próximo, apoiado pela ONG Germanwatch, apresentou em Berlim uma acção de efectivação da responsabilidade contra a RWE, a maior companhia alemã de energia que, de acordo com pesquisas levadas a cabo por duas entidades — o *Carbon Disclosure Project* e o *Climate Accountability Institute* —, é responsável por 0,5% das emissões de CO₂ em termos globais. O caso, se bem que ecoando a problemática das alterações climáticas, é original nos fundamentos, uma vez que o Sr. Lluya processou a RWE com base em normas de Direito Civil, numa lógica de perturbação de boa vizinhança: havendo um nexo de causalidade entre a actividade da RWE e o risco de inundação da vila, a companhia deve custear 0,5% do valor total que reforçar as defesas contra a água vai envolver.

no final do dia, a causa da industrialização e do extrativismo, a manutenção de um *status quo* intensamente comercial e de um *western way of life* em rota de colisão com a necessidade de contenção que o planeta exige.

Como alertaram os jornalistas de investigação Naomi Klein e David Wallace-Wells, o factor de redução do consumo, desde a grande explosão consumista do pós II Guerra mundial, foi apenas um: a crise económica. Apenas entre os anos 2008 e 2012 se verificou a redução de emissões, dado que as famílias tinham menos dinheiro para gastar. Para além das crises, só a guerra e os racionamentos que pode acarretar — ou seja, a impossibilidade absoluta — consegue refrear o consumo. É assim que funciona o sistema capitalista: sem procura, não há oferta, porque não é rentável. Ou seja, a vontade de mudar, mais do que induzida por Estados liderados por governos capturados por interesses económicos imediatistas e por multinacionais ávidas de lucro, está, em última análise, nas pessoas.

2. A PERSPECTIVA PORTUGUESA

Não poderia deixar de registar aqui, mesmo que telegraficamente, de que forma as quatro tendências que identifiquei se reflectem em Portugal. Assinalo que Portugal foi recentemente considerado o 26º Estado mais sustentável, num lote de 162 por um grupo de cientistas independentes que, sob a égide da ONU, elaboraram o Relatório *The future is now: Science for achieving sustainable development – Sustainable Development Report 2019* ²⁴. O Relatório tem em conta os objectivos descritos na Agenda 2030 – 17 objectivos para o Desenvolvimento Sustentável, e Portugal obteve esta classificação devido à sua política de incentivo às energias renováveis, que já leva mais de duas décadas (Objectivo 7). Todavia, fica muito aquém do desejado nos objectivos 12, 13 e 14: consumo e produção sustentáveis, combate as alterações climáticas e protecção da biodiversidade marinha.

Com efeito, a política energética, no que toca à produção de electricidade, traduz uma forte aposta na energia eólica e nos anos mais recentes, na fotovoltaica — embora a renovável mais forte continue a ser a hídrica, e a controvérsia em torno da expansão do plano de barragens já tenha gerado litígios judiciais. No que toca aos objectivos de produção e

²⁴ Consultável [aqui](#).

consumo sustentável, falhamos porque: as metas de reutilização e reciclagem ficam muito aquém do desejado²⁵; importamos muitos produtos — o que implica custos em pegada ecológica; estamos pouco sensibilizados para a poupança de água²⁶ e de energia e abusamos do transporte individual²⁷ — salvo quando não temos dinheiro.

No que toca à primeira tendência (a transição energética), podemos dá-la por verificada. Mas as restantes só tenuemente se registam:

1. Um inquérito levado a cabo, em 2015, por um grupo de especialistas em Sociologia junto dos 308 municípios portugueses sobre a sua actuação em face das alterações climáticas teve resultados desoladores: apenas um terço respondeu (109); desse conjunto, a maior parte não contempla as alterações climáticas nas suas agendas de actuação; 97% não tem um gabinete específico para abordar o assunto; apenas 10% têm estratégias de mitigação e adaptação aprovadas; os municípios rurais do interior têm pouca ou nenhuma sensibilidade para o assunto. As cidades portuguesas, para além de Lisboa, Porto, Cascais, Sintra e poucas mais, não fazem parte do movimento emergente de cidades líderes no combate às alterações climáticas;
2. No que toca aos movimentos insurgentes, a mobilização social em torno do Ambiente e da luta contra as alterações climáticas em Portugal é muito pouco expressiva. Descartados alguns movimentos de maior visibilidade que se constituíram em oposição à exploração de petróleo offshore, são as ONG que fazem o trabalho de oposição às medidas que afrontam a protecção do ambiente, tanto por acção como por omissão;
3. Finalmente, quanto à litigância climática, os exemplos são raros e os que há são liderados por ONGs, ainda que pontualmente acompanhadas de outros actores, como aconteceu no caso da oposição aos títulos para prospecção de petróleo. Além de argumentos relacionados com protecção de biodiversidade marinha, segurança face a acidentes e manutenção de boa reputação como destino turístico, o grande fundamento do pedido de suspensão da eficácia dos títulos de prospecção residuiu na

²⁵ Cfr. o [Relatório Anual da APA \(2017\) sobre resíduos urbanos](#), p. 7 —

²⁶ Cfr. a notícia do [Público Portugueses sabem que a água é escassa, mas não a poupam](#)

²⁷ Cfr. dados do [Relatório Anual da APA \(2019\) sobre o crescimento do transporte individual em Portugal desde 2000 aqui](#).

incoerência entre a sua concessão e a vinculação do Estado português ao Acordo de Paris que envolveria, no que toca aos recursos por explorar, que sejam mantidos no subsolo (*Keep them on the ground*).

4. Um outro caso que poderá gerar litigância deste tipo é o do projectado aeroporto no Montijo, embora os fundamentos imediatos se relacionem com a protecção da biodiversidade na região e com a salvaguarda de níveis de tolerabilidade do ruído face às populações residentes na vizinhança.

Resta acrescentar que em Portugal não se pratica a “boa governança ambiental”. Apesar das directivas europeias, malgrado a vinculação à Convenção da Aarhus, o princípio da consulta pública prévia e devidamente informada é uma mistificação. Os governantes apresentam os grandes projectos, públicos e privados como factos consumados, decidindo antes e promovendo avaliações de impacto póstumas, com grau de fiabilidade questionável²⁸. Que consciência ambiental se pode formar quando os governantes esvaziam de sentido e relevo os instrumentos de participação pública?

3. PERSPECTIVAS: UMA TERRA (IN)HABITÁVEL?

O horizonte é negro, e não estou optimista — mas há quem esteja e pense que a Terra, como a conhecemos ou quase, ainda pode ser recuperada para a vida humana. No *2019 EXPONENTIAL ROADMAP*²⁹ traça-se um percurso o qual, com alguma dose de incerteza, poderá viabilizar o objectivo da neutralidade carbónica em 2050, e em 50% já em 2030. Este documento foi elaborado por um grupo de cientistas no âmbito da preparação da cimeira climática de Setembro, a ter lugar em Nova Iorque, e aponta 34 medidas para reduzir drasticamente as emissões no espaço de 10 a 40 anos.

²⁸ Veja-se a apreciação negativa que as principais ONGs portuguesas fizeram do estudo de impacto ambiental apresentado no âmbito do procedimento de concessão de empreitada e exploração do novo aeroporto no Montijo. [Enlace](#).

²⁹ Consultável [aquí](#).

Tais medidas passam por: incremento de produção de energias renováveis; mobilidade eléctrica; diminuição do consumo de carne bovina; aposta na economia circular — maximizar esta última pode significar reduzir em 50% as emissões de CO₂ das indústrias mais pesadas até 2030. Os sectores da agricultura e da alimentação são aqueles que oferecem maior resistência, dado o enraizamento de hábitos mas também a ausência de um ordenamento do uso do solo eficaz, a existência de subsídios incoerentes, a falta de conhecimento científico. A reflorestação é fundamental para absorver o carbono persistente na atmosfera³⁰. O corte de subsídios aos fósseis é imprescindível.

Ideias não faltam — resta saber se há vontade política para as pôr em prática. Em Setembro deste ano, o Governo alemão adoptou um pacote climático no qual, essencialmente, se prevê o seguinte³¹: criar um imposto sobre o carbono, que inicialmente será de 10€/ton e evoluirá para 35€/ton em 2025; reduzir o preço das viagens de comboio e aumentar o das viagens de avião; impulsionar o mercado de veiculos electricos através de subsidios á aquisição de carros deste tipo de valor inferior a 40,000€ e isentá-los do pagamento de imposto sobre veiculos até 2025; premiar a troca de aquecedores a óleo antigos por modelos menos poluentes custeando até 40% do preço do novo equipamento, e proibir a instalação de novos equipamentos deste tipo em edificios novos a partir de 2026; subsidiação da reforma de edificios tendo em vista a sua transformação em estruturas energeticamente eficientes; aumento de capacidade de prodção de energia eólica através da atribuição de incentivos aos municípios que os recebam. Em contrapartida, não se fala de reflorestação, nem de corte de subsidios aos fósseis nem, sobretudo, da eliminação do carvão, que tem estado a suportar a redução de energia nuclear.

Travar o aquecimento global e refrear a degradação dos recursos do planeta deverá ser uma tarefa assumida colaborativamente através da intensificação da cooperação internacional — a emergência climática a que chegámos obriga os Estados a trabalhar conjugada e

³⁰ Um estudo publicado na revista *Science* (nº 365), em Setembro de 2019, aponta para a reflorestação como uma das mais eficazes vias de mitigação de emissões de CO₂. Nele se demonstra que plantar árvores em 0.9 hectares na Austrália, Brasil, Canadá, China, EUA e Rússia, permitiria capturar cerca de 205 gigatons de carbono. De resto, a [ONU declarou a década de 2021-2030 como a década da restauração dos ecossistemas](#), prevendo que a recuperação de 350 milhões de hectares de terra degradada poderia gerar 9 trilões de dólares em serviços ecossistémicos e retirar 13 a 26 gigatons de CO₂ da atmosfera.

³¹ [Enlace](#) - 20/09

coerentemente. O problema é que a via tradicional do Direito Internacional, de base voluntarista e com instrumentos convencionais, não está a resultar. Fala-se agora de um novo “pacto global para o ambiente”, na sequência da aprovação, pela AG da ONU da Resolução 72/277 “Towards a Global Pact for the Environment”³². Receio que tenha a mesma sorte que os milhares que povoam o ordenamento jurídico internacional, contribuindo para o bem conhecido fenómeno da fragmentação do Direito Internacional do Ambiente.

Sem repensar — e descartar — o conceito de soberania no que toca à cooperação contra a degradação dos recursos e na luta contra o aquecimento global, não se conseguirá travar o que parece inevitável. E isso implica tomar decisões drásticas e que exprimem uma renúncia à tradicional posição de “soberania permanente sobre os recursos naturais”. A proibição de subsidios aos fosséis tem que ser assumida globalmente, o abandono do carvão tem que obedecer a um termo planetariamente fixado, a produção de plásticos de uso único tem que ser mundialmente determinada, o plantio de árvores deve ser um objectivo a cumprir pelos Estados que têm espaço para o fazer, a protecção do ambiente marinho no alto mar deve ser garantida por uma autoridade internacional, o PNUA — ou um órgão internacional colegial e equitativa — deveria ser investido em funções de mediação necessária em casos como a recente crise dos incêndios na Amazónia ou em situações igualmente graves mas menos “sexy” como a extracção de areias betuminosas nas Montanhas Rochosas do Canadá ou a exploração de petróleo na reserva Yasuni, no Equador.

O conceito de “crime ecológico internacional” também deve ser trabalhado. O que temos actualmente no Estatuto de Roma é francamente insuficiente — e fundamentalmente inoperativo —, sendo sobretudo gritante a diferença entre crime contra o património cultural — que independe de um cenário de guerra — e crime contra o ambiente — que exige aquele contexto³³. É, de resto, algo perturbador que se tenha conseguido mais avanços na defesa do legado cultural — construído e natural — no plano internacional (vide a Convenção da UNESCO sobre protecção do património cultural mundial, de 1972) — do que na protecção do ambiente. Claro que isso se deve à natureza duplice dos bens ambientais, na sua maioria também recursos naturais valiosos, ao contrário do património edificado. Mas são ambos

³² [Towards a global pact for the environment](#)

³³ Cfr. Carla AMADO GOMES, *Ambiente e crimes contra a paz e segurança da Humanidade*, in RMP, n.º 149, 2017, pp. 53 segs.

grandezas metageracionais e metaestatais, o que poderia fazer duplicar o regime de classificação de certos bens naturais, submetendo-os a uma supervisão internacional e acentuando o seu universalismo.

Trata-se de uma tarefa herculea, que demanda determinação e altruísmo e que vai desenvolver-se num cenário de luta contra o tempo e contra riscos totalmente desconhecidos. Uma missão sem precedentes e com alta probabilidade de insucesso se não for interiorizada pelos cidadãos como absolutamente inadiável. A casa está em chamas, fomos nós que ateámos o fogo, mas os bombeiros somos nós e temos que actuar imediatamente. O tempo de pensar que as alterações climáticas pertencem a filmes de ficção científica já passou — elas estão aí, reais e mortíferas e podem transformar este belíssimo planeta azul num inferno abrasador.

Ramón Martín Mateo, o Mestre a quem este Congresso justamente homenageia, costumava alertar os seus alunos e demais leitores para três aspectos problemáticos: i) somos muitos; ii) sabemos demasiado; e iii) estamos mal concebidos. Alcançámos um nível sofisticadíssimo de bem estar mas à custa de uma atitude insensatamente depredatória. Não sabemos qual é o limite e provavelmente já o ultrapassámos e não parece razoável que nos sentemos tranquilamente à espera do *The end* do filme da comédia humana³⁴.

É um diagnóstico feito há mais de vinte anos que só se agravou, porque somos demasiados e temos acesso a um conjunto imenso de informação, mas continuamos a não nos conseguir transcender para fazer as escolhas correctas. *How dare we?*

³⁴ Ramón MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, I, Madrid, 1997, p. 11.

XVI. Mecanismos nacionales de protección de las personas defensoras de derechos humanos y del medio ambiente en América Latina. Especial referencia al caso de México

Antoni Pigrau Solé

Catedrático de Derecho internacional público

Director del CEDAT

Universitat Rovira i Virgili

RESUMEN:

El incremento gradual del número y la intensidad de los ataques contra las personas defensoras de derechos humanos y, en especial, de la tierra y del medio ambiente ha llevado el tema a la agenda internacional y ha propiciado la creación de distintos mecanismos de protección específicos. Entre esos mecanismos, este texto fija su atención en la aparición de mecanismos nacionales de protección de personas defensoras de derechos humanos y del medio ambiente en América Latina, promovida por la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El análisis del mecanismo creado en México nos permite presentar su alcance y sus principales características, pero también sus limitaciones.

ABSTRACT:

The gradual increase in the number and intensity of attacks against human rights defenders and, in particular, against land and environment defenders, has brought the issue to the international agenda and has led to the creation of different specific protection mechanisms. Among these mechanisms, this text fixes its attention on the emergence of national mechanisms for the protection of human rights defenders and the environment in Latin America, promoted by the Inter-American Commission on Human Rights itself. The analysis of the mechanism created in Mexico allows us to present its scope and its main characteristics, but also its limitations.

PALABRAS CLAVE: Personas defensoras de derechos humanos; Personas defensoras del medio ambiente; América Latina; Mecanismos Nacionales de Protección; México

KEYWORDS: Human Rights Defenders; Environmental Defenders; Latin America; National Protection Mechanisms; Mexico

SUMARIO

1. Un cuadro generalizado de ataques a las personas defensoras del medio ambiente.....	428
1.1. Datos en el mundo y en América Latina.....	429
1.2. El contexto de las agresiones.....	430
1.3. La tipología de las agresiones.....	431
1.4. El perfil de los agresores y el predominio de la impunidad	434
2. Un marco internacional de protección basado en el soft law y un marco nacional incipiente	435
2.1. El reconocimiento internacional de las personas defensoras de derechos humanos y la consagración de la categoría de las personas defensoras del medio ambiente.....	437
2.2. Los instrumentos y mecanismos de protección de las personas defensoras de los derechos humanos en el plano intergubernamental	439
2.3. Hacia la adopción de normas internacionales vinculantes: el Acuerdo de Escazú y las negociaciones de un tratado sobre empresas y derechos humanos.....	440
2.4. El desarrollo gradual de mecanismos nacionales de protección.....	442
3. El mecanismo de protección para personas defensoras de derechos humanos y periodistas de México.....	444
3.1. Beneficiarios de la protección.....	444
3.2. Medidas de protección.....	445
3.3. Instituciones de protección y coherencia de la acción de protección.....	446
3.4. Límites del Mecanismo	448
4. Consideraciones finales.....	452
5. Bibliografía.....	453

1. UN CUADRO GENERALIZADO DE ATAQUES A LAS PERSONAS DEFENSORAS DEL MEDIO AMBIENTE

Las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente no constituyen un colectivo homogéneo. Algunas personas han adquirido esta condición por conexión con su actividad profesional y por convicción de servicio a la comunidad, como es el caso de algunos académicos, periodistas, médicos o abogados. La mayoría, en cambio, se han visto convertidas en personas defensoras del medio ambiente, por el azar, al ser promovido en el lugar donde viven algún proyecto de transformación de usos del suelo y/o de explotación de recursos naturales que afecta de alguna manera a los derechos individuales o colectivos de las personas y comunidades que residen en el territorio afectado y al oponerse a dicho proyecto, generalmente, de manera organizada y continuada en el tiempo.

Hay que tener en cuenta también que la progresiva reducción de las reservas de combustibles fósiles y de distintos minerales y las nuevas demandas de otros minerales estratégicos más escasos han acelerado la competencia entre las empresas por el acceso a tales recursos y desplazan las operaciones de exploración y explotación a lugares que hasta ahora habían quedado protegidos de la actividad económica industrial. Este factor es determinante para el crecimiento continuado de la conflictividad por los recursos naturales y el control de territorios¹.

Nuestro punto de partida es la constatación de que se ha ido produciendo un incremento generalizado del número de casos de agresiones contra personas defensoras del medio ambiente en distintos países del mundo, que presentan suficientes similitudes entre ellos como para no tratarlos como meras coincidencias. Por el contrario, los datos globales y las circunstancias particulares de los mismos, en lo que tiene que ver con el contexto y la tipología de las agresiones, el perfil de los agresores y las escasas consecuencias penales de dichas agresiones para sus autores, configuran un inquietante panorama caracterizado por unos patrones comunes de comportamiento contra las personas defensoras del medio ambiente que, en su inmensa mayoría, terminan siendo impunes. Nos centraremos en América Latina por ser, con los datos de los que se dispone, el espacio en que esta situación presenta una mayor gravedad desde el punto de vista del número de personas defensoras del medio ambiente a las que esta actividad les ha costado la vida².

¹ Véase el [Global Atlas of Environmental Justice](#), que recoge hasta ahora más de tres mil conflictos ambientales.

² International Service for Human Rights (ISHR). Informe a la Comisión Interamericana de Derechos

1.1. Datos en el mundo y en América Latina

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha identificado, dentro de la categoría de personas defensoras de derechos humanos, los grupos que se encuentran en especial situación de riesgo. Se trata de los siguientes: Líderes y lideresas sindicales, defensoras de derechos humanos, líderes y lideresas campesinos y comunitarios, líderes y lideresas indígenas y afrodescendientes, defensores y defensoras de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexo (LGTBI) y defensoras y defensores de los trabajadores migratorios y sus familias y, también, defensoras y defensores del derecho a un medio ambiente sano³.

Los datos sobre las agresiones contra personas defensoras del medio ambiente de los que se dispone proceden, en su mayoría, de informes de organizaciones no gubernamentales que llevan a cabo programas de seguimiento y/o de protección de personas defensoras y también de algunos organismos nacionales de protección de derechos humanos o, más específicamente, de protección de personas defensoras.

Según datos de *Front Line Defenders* 321 personas defensoras de derechos humanos fueron asesinadas en 27 países en 2018. 247 (el 77% del total) defendía la tierra, los derechos de los pueblos indígenas y el medio ambiente. Solamente en Colombia y México se produjeron el 54% del total de asesinatos⁴. Por su parte, en 2018, *Global Witness* documentó 164 asesinatos de personas defensoras de la tierra y del medio ambiente. Más de la mitad de esos asesinatos ocurrieron en América Latina. Desde que dicha organización comenzó a publicar datos sobre asesinatos en 2012, este ha sido el continente más afectado de manera constante⁵.

Humanos 156º periodo de sesiones, “El rol de las empresas y los Estados en las violaciones contra los defensores y las defensoras de los derechos de la tierra, el territorio y el ambiente. Informe Conjunto de Organizaciones de la Sociedad Civil”, Octubre 2015. Disponible en: [Enlace](#).

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas”, p.102, para. 255; www. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, 31 diciembre 2011. Disponible en: [Enlace](#).

⁴ Front Line Defenders, “Análisis Global de Front Line Defenders 2018”, Front Line, Dublin, 2019. Disponible en: [Enlace](#).

⁵ Global Witness, “¿Enemigos del Estado? De cómo los gobiernos y las empresas silencian a las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente”, Julio 2019. Disponible en: [Enlace](#).

1.2. El contexto de las agresiones

Aunque evidentemente se pueden encontrar ejemplos de todo tipo, los casos más graves de ataques contra personas defensoras del medio ambiente reproducen unos patrones comunes de comportamiento de los distintos actores implicados que se pueden resumir como se hace a continuación.

Cuando se trata de ataques contra personas defensoras del medio ambiente, como se ha avanzado, el contexto que las caracteriza viene dado, comúnmente, por el intento de imposición de un proyecto económico sobre una población concreta en un espacio territorial determinado.

El proyecto suele estar impulsado por una o más empresas, incluidas eventualmente empresas filiales de empresas transnacionales, con el apoyo gubernamental en alguno de los niveles de la administración o en todos ellos, aunque puede tratarse también de un proyecto de carácter exclusivamente público, y suele presentarse como un proyecto destinado a favorecer el desarrollo de la comunidad o comunidades afectadas y/o necesario para favorecer el “interés general” del país.

El proyecto puede presentarse en cualquier sector de la economía (industrias extractivas de minería o petróleo, agroindustria, ganadería, piscicultura, explotación forestal, industria química o siderúrgica, o turismo).

El proyecto puede hacerse siguiendo los pasos previstos en la legislación aplicable pero también pueden haberse obviado algunos de esos pasos por ejemplo en lo relativo a las evaluaciones de impacto social y ambiental o en la consulta de las comunidades afectadas.

Se trata, normalmente de un proyecto que no ha sido demandado desde las comunidades en cuyo territorio se va a desplegar, que ha sido decidido lejos de ellas y sin contar previamente con su opinión favorable, y que no va a representar un beneficio directo para ellas. Por el contrario, lo que perciben con frecuencia es un perjuicio directo en forma de amenaza a su forma de vida, por desplazamientos de población, por la pérdida de tierras de cultivo o por la amenaza de contaminación del aire, el suelo y el agua.

En los casos en que es obligatoria una consulta a las comunidades afectadas, por ejemplo en aplicación de los derechos de las comunidades indígenas, la misma o bien no se ha llevado a cabo o bien se ha hecho de manera inapropiada, a juicio de por lo menos una parte de las mismas. Puede haberse hecho de manera inapropiada, entre otros motivos. por haberla dejado en manos de la propia empresa; por no convocar adecuadamente a las personas afectadas, sin informarles del objeto de la consulta; por no darles la información previa necesaria sobre el alcance del proyecto para hacerse una opinión cabal sobre el mismo; por haber excluido de la consulta a sectores de la comunidad o haber incluido en la misma a personas ajenas a la comunidad; o por haber contaminado la consulta con amenazas o coacciones que impedirían una respuesta libre, entre otros motivos.

Cuando existe una oposición de la comunidad o de las comunidades afectadas, o de parte de ellas, no suele haber un proceso de negociación de buena fe por parte de los promotores privados y públicos del proyecto sino que se combinan diversas estrategias de presión como son la de los intentos de ofrecer algún tipo de compensación colectiva (como la construcción de algún equipamiento escolar, deportivo u otro) o individual, a personas con capacidad de liderazgo que puedan introducir una división en la comunidad (en forma de contratación o de pagos directos) o el paso a las coacciones o amenazas para que cese la oposición, que son la antesala de la represión a través de la policía o incluso el ejército y de los ataques directos a las personas defensoras más significadas, para apartarlas de la primera línea de acción y quebrar así la oposición al proyecto.

Por tanto la erradicación de la protesta comporta, a menudo, la vulneración de los derechos civiles y políticos de las personas como el derecho a la vida o a la integridad física, o las libertades de expresión, reunión, asociación y manifestación, en el momento en que los promotores consideran que la imposición del proyecto solamente podrá hacerse por la fuerza.

1.3. La tipología de las agresiones

Es preciso partir del hecho de que la solidez de la institucionalidad democrática de un país es la principal defensa contra las agresiones a las personas defensoras del medio ambiente. Por tanto, cuanto más fuertes sean los mecanismos de garantía de los derechos humanos y cuantos más recursos dedica el Estado a esta tarea en el conjunto de su territorio, menos

agresiones se producirán y la respuesta estatal a las mismas será más contundente. La consecuencia inmediata es que la presencia y la gravedad del problema varía de Estado a Estado, e incluso dentro de un mismo Estado en las distintas unidades subestatales.

Se puede decir que la tipología de las agresiones a las personas defensoras del medio ambiente responde a una escala gradual⁶.

En el nivel inferior encontramos las amenazas directas a la persona defensora o a sus familiares. Y después, en los sucesivos niveles, el acoso informático, la difusión de noticias falsas destinadas a erosionar la imagen o el prestigio social o profesional, el ataque a la vivienda o a las propiedades, robos, allanamientos o destrucción de locales, equipos y documentos, las agresiones físicas a la persona o a sus familiares, la estigmatización de la persona frente a su propia familia o frente a la comunidad, la criminalización indebida de la persona o de sus familiares, las detenciones arbitrarias, la imposición de multas injustificadas y/o desproporcionadas, el cambio de destino o el cese de funcionarios comprometidos con los derechos humanos, los secuestros, las torturas, hasta llegar al asesinato de la persona o de sus familiares. La represión de la protesta por parte de fuerzas policiales y/o militares constituye una de las formas de agresión a personas defensoras que puede tener un alcance de castigo colectivo a una comunidad que se opone a un proyecto. Por otra parte, por razones culturales o sociales, las mujeres defensoras pueden estar sometidas además a otro tipo de presiones, entre las que cabe señalar la crítica de sus propias familias o comunidades, las derivadas de su condición de madres o de personas que tienen a su cargo el cuidado de otras personas, o las agresiones de naturaleza sexual, mucho más frecuentes que en el caso de los hombres. Esto es aplicable también, en muchos Estados de manera muy agravada, a las personas pertenecientes a colectivos que defienden el derecho a la diversidad sexual.

⁶ En referencia a los defensores de derechos humanos en general, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala los siguientes tipos de agresiones: Asesinatos, ejecuciones y desapariciones forzadas; agresiones, amenazas y hostigamientos; actividades de inteligencia y otras injerencias ilegales, arbitrarias o abusivas; la criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos; uso abusivo de la fuerza en manifestaciones de protesta social; restricciones al ejercicio de la libertad de asociación; restricciones indebidas al acceso a la información en poder del Estado; restricciones a las acciones de hábeas data; limitaciones para el ejercicio de las actividades de defensa y promoción de los derechos humanos por parte de ciudadanos extranjeros; impunidad en las investigaciones relacionadas con violaciones a derechos de defensoras y defensores.” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas” (n3), apartado II.

En un informe de 2011, la Comisión Interamericana ya constató el uso creciente del sistema penal por parte de las empresas, de manera abusiva⁷. El crecimiento de la estigmatización y la criminalización de las personas defensoras del medio ambiente comportan, necesariamente, una desviación de poder de funcionarios del Estado que colaboran en operaciones de señalamiento y desprestigio público, acusando a las personas defensoras de ser insolidarias y contrarias al progreso o al desarrollo de su comunidad, o en la imputación de delitos inexistentes, basados en pruebas o testimonios falsos o en interpretaciones abusivas del derecho vigente, por ejemplo con una extensión injustificada del concepto de terrorismo o de desórdenes públicos. Las personas defensoras así señaladas o acusadas deben, cuando menos, pasar a un segundo plano en la actividad política y, si son juzgadas y condenadas a penas de prisión, quedan eliminadas temporalmente, a veces por largos períodos, del escenario de la protesta. La criminalización de las protestas sociales es una tendencia creciente en todo el mundo y se extiende a muchos países formalmente democráticos, en todos los continentes. Por otra parte, el mantenimiento de la tensión que provoca no solamente la protesta, que en este tipo de casos puede durar años, sino la presión provocada por este tipo de agresiones tiene un impacto directo de desgaste psicológico de las personas defensoras, muy agravado cuando se las enfrenta con sus propias familias o comunidades.

⁷ “Por otra parte, la Comisión ha observado un incremento importante en el uso abusivo del sistema penal por parte de las empresas que tienen proyectos extractivos en la región a través de figuras penales como el “sabotaje”, “terrorismo”, “rebelión”, “asociación ilícita”, “instigación a delinquir”, entre otras, que son utilizadas en contra de las defensoras y defensores de derechos humanos y líderes sociales que resisten al desarrollo de las industrias. En particular, la CIDH observa que dichos tipos penales están redactados en términos amplios y genéricos, lo que ha sido aprovechado por quienes están interesados en obstaculizar la oposición a las actividades de las empresas extractivas y los megaproyectos, en algunas ocasiones con la connivencia de las autoridades públicas, para extender la definición de dichos tipos penales a las actividades de protesta y manifestación pública que lideran las y los defensores ambientales.[...]” Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas” (n3), p.146, para 324. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha publicado un informe dedicado a este aspecto: “Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 diciembre 2015. Disponible en: [Enlace](#).

1.4. El perfil de los agresores y el predominio de la impunidad

Vista la tipología de las agresiones es fácil comprender que el perfil de los agresores puede ser muy variado.

En general la práctica muestra la participación, según los casos, de personal al servicio de la empresa promotora (en cargos de responsabilidad directiva, intermedios o en servicios de seguridad privados), personas vinculadas a grupos del crimen organizado, sicarios contratados al efecto, miembros de las fuerzas de policía o de las fuerzas armadas (actuando de acuerdo con órdenes de sus superiores o actuando por encargo de terceros), fiscales, jueces e incluso miembros de las propias comunidades a las que pertenece la persona defensora agredida. Se dan también combinaciones diversas entre personas de las distintas categorías mencionadas.

Uno de los problemas principales para la identificación de los agresores, en un gran número de casos, es el predominio de la impunidad, que en muchos países supera el noventa por ciento de los casos. En efecto son muy numerosos los casos en los que los Estados no emprenden investigaciones eficaces para identificar, perseguir y castigar a los autores de las distintas agresiones; las investigaciones se prolongan durante largos períodos sin resultado alguno, o la investigación se cierra con la condena de la persona que ha sido autora material de la misma, lo que impide establecer con claridad la cadena de responsabilidades que puede estar tras, por ejemplo, el asesinato de una persona defensora. A menudo, cuando se obtienen resultados favorables a las víctimas, las decisiones judiciales no llegan a aplicarse de manera completa o las personas condenadas son indultadas o puestas en libertad antes del cumplimiento de la condena.

2. UN MARCO INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN BASADO EN EL *SOFT LAW* Y UN MARCO NACIONAL INCIPIENTE

La Comunidad internacional conoce esta situación desde hace años⁸. Y a ello ha contribuido fundamentalmente la documentación y la denuncia de la sociedad civil a través, entre otras⁹, de numerosas organizaciones sociales, entre las que cabe mencionar *Peace Brigades International*¹⁰, *International Service for Human Rights*¹¹, *Global Witness*¹², *Protection International*¹³ y *Front Line Defenders*¹⁴.

⁸ Con carácter general, véase: Susana Borrás, "El derecho a defender el medio ambiente. La protección de los defensores y defensores ambientales", *Derecho PUCP*, 70, 2013, pp. 291-324; Pigrau, Antoni; Borràs, Susana, "Environmental defenders: the green peaceful resistance", en *Ecological Systems Integrity Governance, Law and Human Rights*, Editors: Laura Westra, Janice Gray, Vasiliki Karageorgou; Abingdon, Oxon [UK]; New York: Routledge, 2015, pp. 256-271.

⁹ Naturalmente, aparte de cientos de organizaciones locales, las grandes organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, como [Amnistía Internacional](#), [Human Rights Watch](#) o la [Federación Internacional de Derechos Humanos](#), se ocupan también de las personas defensoras de derechos humanos.

¹⁰ [Brigadas Internacionales de Paz](#) es una organización no gubernamental que trabaja para la protección de los derechos humanos y la promoción de la resolución de conflictos a través de la no violencia. Fue creada en 1981 empezó a operar en 1983. Brigadas Internacionales de Paz envía grupos de voluntarios que protegen con su presencia y acompañamiento permanente a personas amenazadas o en riesgo de muerte o secuestro. PBI ha recibido numerosos [premios internacionales](#), entre ellos el Premio Constructores de Paz 2016 del Instituto Catalán Internacional para la Paz, y ha sido nominada para el Premio Nobel de la paz.

¹¹ [ISHR](#) se estableció en 1984, como organización no gubernamental, para apoyar a los defensores de los derechos humanos y abogar por leyes e instituciones de derechos humanos más fuertes y efectivas.

¹² [Global Witness](#) se funda en 1993 y pone su foco de actuación en los vínculos entre los recursos naturales, el conflicto y la corrupción. Su actuación se centra en petróleo, gas y minería, recursos en conflicto, bosques, defensores de la tierra y el medio ambiente, y corrupción y lavado de dinero.

¹³ [Protection International](#) es una organización no gubernamental que apoya a los defensores y las defensoras de los derechos humanos en los foros internacionales y en el desarrollo de sus estrategias de seguridad y de protección. Empezó a trabajar en 1998, a partir de la oficina de Bruselas, para la Unión Europea, de PBI.

¹⁴ [Front Line Defenders \(The International Foundation for the Protection of Human Rights Defenders\)](#) fue fundada en Dublín, en 2001, con la misión de proteger a los defensores de derechos humanos que se encuentran en riesgo, personas que trabajan. no violentamente por cualquiera de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Recibió en 2018 el *United Nations Prize in the Field of Human Rights*.

La situación de las personas defensoras del medio ambiente ha sido objeto de atención también por parte de otros foros no gubernamentales como la Conferencia Internacional de Derechos Ambientales y Derechos Humanos, celebrada en septiembre de 2003 en Cartagena, Colombia¹⁵, o el denominado “Tribunal ético ante la criminalización a defensores y defensoras de la naturaleza, el agua y la Pachamama”, que se desarrolló en Cuenca, Ecuador, en junio de 2011¹⁶. También algunos tribunales de opinión como el Tribunal Permanente de los Pueblos¹⁷ o el Tribunal Internacional de los Derechos de la Naturaleza¹⁸ se han ocupado de la situación de las personas defensoras de los derechos humanos y, más concretamente, del medio ambiente, en distintas ocasiones.

Los datos facilitados por los movimientos sociales y las ONGs han sido corroborados en el plano intergubernamental, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, de tal manera que la situación de las personas defensoras de derechos humanos, incluidas las defensoras del medio ambiente, ha llegado a la agenda política internacional.

Precisamente otro de los elementos clave para que la protección de las personas defensoras entre en la agenda internacional ha sido la asunción de que la "defensa" de los derechos humanos constituye un derecho en sí misma y el reconocimiento de la categoría de los "defensores de los derechos humanos”.

Este paso se dio mediante la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, (en adelante, la Declaración) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998¹⁹.

¹⁵ Véase la Declaración de Cartagena, Conferencia Internacional "[Derechos Ambientales y Derechos Humanos](#)", de 9 octubre 2003.

¹⁶ [Veredicto del Tribunal Ético ante la Criminalización de las y los Defensores del Agua y la Pachamama](#)

¹⁷ [Tribunale Permanente dei Popoli](#)

¹⁸ [Tribunal Intenacional por los Derechos de la Naturaleza](#)

¹⁹ Anexo a la Resolución 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1998.

Con posterioridad a la Declaración se han adoptado en distintos ámbitos intergubernamentales, universales y regionales, algunos textos no vinculantes, dirigidos a reconocer y a promover la protección de las personas defensoras de derechos humanos. Igualmente se han creado mecanismos específicos de protección en el plano universal y en el regional americano.

En tercer lugar y superando por primera vez el espacio del *soft law*, el Acuerdo de Escazú, dedica un artículo específico, el artículo 9, a las personas defensoras del medio ambiente.

2.1. El reconocimiento internacional de las personas defensoras de derechos humanos y la consagración de la categoría de las personas defensoras del medio ambiente

La Declaración de la ONU de 1998 cumple tres funciones principales: el reconocimiento de la categoría de las personas defensoras de derechos humanos como personas especialmente vulnerables; el reconocimiento de su actividad como ejercicio de un derecho y, en tercer lugar, ofrece la cobertura jurídica para otros instrumentos posteriores, tanto en el plano internacional como en el nacional, que, como ha sucedido con tantas otras declaraciones de la Asamblea General de la ONU, fomentan un tránsito gradual del *soft law* al *hard law*.

En relación con el primer aspecto, la Declaración incluye, en su preámbulo, el reconocimiento de “la valiosa labor que llevan a cabo los individuos, los grupos y las instituciones al contribuir a la eliminación efectiva de todas las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y los individuos”²⁰.

Para mencionar a las citadas personas, grupos y organizaciones se ha generalizado la expresión “defensores de derechos humanos” o, como se prefiere en este trabajo, “personas defensoras de derechos humanos”²¹, que incluye todo tipo de derechos, en cualquier país del mundo, con posibles actividades en los planos local, nacional y/o internacional.

²⁰ Por su parte el Artículo 18, en su párrafo 2, dispone que: “A los individuos, los grupos, las instituciones y las organizaciones no gubernamentales les corresponde una importante función y una responsabilidad en la protección de la democracia, la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la contribución al fomento y progreso de las sociedades, instituciones y procesos democráticos.”

²¹ “Se usa la expresión “defensor de los derechos humanos” para describir a la persona que, individualmente o

En relación con el segundo aspecto, el Artículo 1 dispone que: “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”.

Ese derecho principal a promover la protección de los derechos humanos se desglosa en la Declaración en un haz de derechos más concretos que pueden ejercerse de manera individual o colectiva: derechos de reunión y manifestación pacífica; a crear y participar en organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, a comunicarse con las organizaciones no gubernamentales e intergubernamentales (art. 5); a tener información sobre todos los derechos humanos y sobre los medios por los que se da efecto a los mismos en el plano jurídico interno; a publicar, impartir o difundir e a terceros opiniones, informaciones y conocimientos relativos a todos los derechos humanos; a estudiar y debatir si esos derechos y libertades fundamentales se observan, tanto en la ley como en la práctica, y a mantener una opinión al respecto, así como a informar al público (art.6); a desarrollar y debatir ideas y principios nuevos relacionados con los derechos humanos, y a preconizar su aceptación (art.7); a tener la oportunidad efectiva de participar en el gobierno de su país y en la gestión de los asuntos público, lo que implica el derecho a presentar a los órganos y organismos gubernamentales críticas y propuestas para mejorar su funcionamiento, y a denunciar cualquier aspecto de su labor que pueda obstaculizar o impedir el ejercicio de los derechos humanos (art.8); derecho, individual o colectivo, de toda persona a disponer de recursos eficaces y a ser protegida en caso de violación de esos derechos, incluidas la promoción y la protección de los derechos humanos, lo que comporta el derecho a presentar denuncias ante los organismos nacionales o internacionales competentes (art. 9); el derecho a la protesta pacífica contra las violaciones de derechos humanos (art. 12), y el derecho a solicitar, recibir y utilizar recursos para promover y proteger, por medios pacíficos, los derechos humanos (art. 13).

Correlativamente, los Estados, de acuerdo con el Artículo 2.2, “adoptarán las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para asegurar que los derechos y libertades a que se hace referencia en la presente Declaración estén efectivamente garantizados.” Ello se desarrolla en obligaciones más concretas detalladas en otras disposiciones, como los artículos 9.5, 12.2, 14, 15.

junto con otras, se esfuerza en promover o proteger esos derechos.” Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los Derechos Humanos”, Folleto informativo nº 29; Ginebra, Agosto 2004, p.9.

Finalmente, una Declaración de las Asamblea General de las Naciones Unidas, como la presente, aun no siendo por sí misma vinculante, tiene un efecto jurídico indudable por cuanto supone un obstáculo directo a la adopción de políticas contrarias a la misma por parte de los Estados, los legitima y los alienta a desplegar la Declaración en sus ordenamientos nacionales y contribuye a crear la práctica necesaria para dar lugar, en un momento posterior, a la aparición de normas convencionales o consuetudinarias que conviertan su contenido esencial en normas jurídicamente obligatorias.

2.2. Los instrumentos y mecanismos de protección de las personas defensoras de los derechos humanos en el plano intergubernamental

La Declaración de la ONU se ha constituido como el instrumento básico de protección de las personas defensoras de los derechos humanos y a partir de ella se han articulado distintos instrumentos y mecanismos de protección tanto en el plano intergubernamental como en el nacional.

Entre los instrumentos de protección cabe destacar los siguientes: el 8 de mayo de 2003, la *Declaración de Kigali*, adoptada en el marco de la Conferencia Ministerial sobre Derechos Humanos de la Unión Africana²²; en junio de 2004, las Directrices de la Unión Europea sobre los defensores de los derechos humanos, adoptadas por el Consejo de la Unión Europea, revisadas en 2006 y a finales de 2008²³; en febrero de 2008, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la *Declaración sobre los defensores de los derechos humanos*²⁴; en 2014, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa adoptó sus *Directrices sobre la Protección de los Defensores de los Derechos Humanos*²⁵ y, especialmente, en marzo de 2018, en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para América Latina, se adoptó el Acuerdo de Escazú que, incluye una disposición específica sobre los defensores ambientales, en su artículo 9, sobre el que volveremos más adelante.

²² [Declaración de Kigali](#)

²³ [Directrices de la Unión Europea sobre los defensores de los derechos humanos.](#)

²⁴ [Declaración sobre los defensores de los derechos humanos.](#)

²⁵ [OSCE, Directrices sobre la Protección de los Defensores de los derechos humanos. Publicado por la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE, Varsovia, Polonia, OSCE/ODIHR 2016.](#)

En el plano de los mecanismos de protección hay que señalar la creación, en 2000, por parte de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de la figura del Representante Especial de las Naciones Unidas sobre los Defensores de los Derechos Humanos. También en el seno de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, se creó, en 2004 la figura del Relator especial sobre los defensores de derechos humanos. En el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, el tema ha sido objeto de distintos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación con casos concretos y también con un enfoque general. La Comisión creó asimismo una relatoría específica en 2011, sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos.

Por otra parte, hay que recordar que la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos, en el marco de sus competencias, han desarrollado estándares y prácticas relacionadas con medidas cautelares y provisionales respectivamente, que han sido utilizadas, en distintos casos, para proteger a personas defensoras y a comunidades en situación de riesgo²⁶.

2.3. Hacia la adopción de normas internacionales vinculantes: el Acuerdo de Escazú y las negociaciones de un tratado sobre empresas y derechos humanos

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, negociado en el marco de la CEPAL, fue adoptado en Escazú (Costa Rica), el 4 de marzo de 2018.

Como se ha avanzado el Artículo 9 del Acuerdo de Escazú es la primera disposición referida específicamente a las personas defensoras de derechos humanos que se incluye en un tratado internacional y se aparta, por tanto, del *soft law*. La entrada en vigor de este tratado supondría pues un refuerzo importante a la solidez jurídica de la protección de las personas defensoras. El Acuerdo requiere ser ratificado por 11 Estados para entrar en vigor²⁷.

²⁶ Véase, en general, Jorge Humberto Meza Flores, *Los derechos: La protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el sistema interamericano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015 (3ª reimpresión).

²⁷ A 21 de mayo de 2020, el Acuerdo cuenta con [nueve ratificaciones](#).

La primera referencia a las personas defensoras de derechos humanos, durante el proceso de negociación, aparece en el Documento Preliminar de la Primera Reunión del Comité de Negociación (Santiago, mayo de 2015) dentro del Artículo 9, dedicado al acceso a la justicia. En concreto su párrafo 4 decía:

“4. Las Partes tomarán medidas adecuadas para prevenir cualquier ataque, amenaza, coacción o intimidación que cualquier persona o grupo pueda sufrir en el ejercicio de los derechos que garantiza el presente Acuerdo y asegurarán que, en caso de producirse, estos hechos sean investigados, perseguidos y sancionados de manera independiente, rápida y efectiva. Las víctimas tendrán derecho a protección y reparación.”

El texto fue objeto de debate y revisión en la Tercera Reunión entre Períodos del Comité de Negociación (31 enero 2017), y en la Sexta y Séptima reuniones del Comité de Negociación (Brasilia, marzo de 2017 y Buenos Aires 31 de julio al 4 de agosto de 2017).

Durante el proceso la disposición cambió de redacción y se convirtió en el Artículo 9 bis. En la Octava Reunión del Comité de Negociación (Santiago, 27 de noviembre al 1 de diciembre de 2017) se acordó el artículo sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales (actual artículo 9), con reserva de Jamaica. No obstante sufriría una nueva modificación en la Novena Reunión del Comité (San José, Costa Rica, 28 de febrero al 4 de marzo de 2018)²⁸ para quedar como artículo 9 del Acuerdo, en su texto definitivo, de la manera siguiente:

“Artículo 9: Defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales

- 1. Cada Parte garantizará un entorno seguro y propicio en el que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad.*
- 2. Cada Parte tomará las medidas adecuadas y efectivas para reconocer, proteger y promover todos los derechos de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales, incluidos su derecho a la vida, integridad personal, libertad de opinión y expresión, derecho de reunión y asociación pacíficas y derecho a circular libremente, así como su capacidad para ejercer los derechos de acceso, teniendo en cuenta las obligaciones internacionales de dicha Parte en el ámbito de los derechos humanos, sus principios constitucionales y los elementos básicos de su sistema jurídico.*

²⁸ Los documentos adoptados durante el proceso negociador están disponibles en [este enlace](#).

3. Cada Parte tomará medidas apropiadas, efectivas y oportunas para prevenir, investigar y sancionar ataques, amenazas o intimidaciones que los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales puedan sufrir en el ejercicio de los derechos contemplados en el presente Acuerdo.”

Por otra parte, el tema de las personas defensoras del medio ambiente se ha suscitado igualmente en el contexto de las negociaciones que se llevan a cabo en Ginebra en el marco del Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta creado por el Consejo de Derechos Humanos, que tiene el mandato de elaborar “un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos”²⁹. La propuesta más reciente de redacción incluye una disposición cuyo texto es el siguiente:

“State Parties shall take adequate and effective measures to guarantee a safe and enabling environment for persons, groups and organizations that promote and defend human rights and the environment, so that they are able to act free from threat, restriction and insecurity.”³⁰

2.4. El desarrollo gradual de mecanismos nacionales de protección

En algunos países las autoridades nacionales empezaron a adoptar medidas legales específicas dirigidas a la protección de las personas defensora. Probablemente el primer programa de protección de defensores de los derechos humanos fue el adoptado en Colombia, en 1997³¹, que comprendía además la protección de sindicalistas, periodistas y dirigentes sociales y que posteriormente se ha ampliado a otros colectivos. Y, en 2004, en Brasil, se adoptó, en el nivel federal, un *Programa Nacional para la Protección de los Defensores de los Derechos Humanos*³². El mismo año, en Guatemala, el Decreto Ejecutivo 11-2004360 creó la “Unidad Coordinadora para la Protección de Defensores de Derechos Humanos, Administradores y Oficiales de Justicia, Periodistas y trabajadores de los Medios”.

²⁹ Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos, de 26 de junio de 2014.

³⁰ [Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises: OEIGWG Chairmanship Revised Draft 16.7.2019, Art. 4.9](#)

³¹ “Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Sra. Margaret Sekaggya”; Naciones Unidas, Doc. A/HRC/13/22/Add.3, 1 de marzo de 2010, para. 107.

³² “Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos. Brasil”; Naciones Unidas, Doc. A/HRC/WG.6/1/BRA/3, 6 de marzo de 2008, para. 13.

En su informe de 2006, sobre las personas defensoras de derechos humanos, la Comisión IDH recomendó a los Estados americanos, implementar, en forma prioritaria, “una política global de protección de los defensores de derechos humanos” y adoptar “una estrategia efectiva y exhaustiva de prevención con el fin de evitar ataques en contra de las defensoras y defensores de derechos humanos”³³. Tras ese informe otros países han empezado a desarrollar normas específicas, más o menos detalladas, sobre el tema: México, Honduras, El Salvador, Ecuador y Perú. A la vista de esa práctica, variada y, en general, limitada en su alcance, la Comisión IDH, en 2011, concretó su recomendación, detallando los elementos que, necesariamente, debía contener una política global de protección:

“[L]a Comisión considera que para implementar una política global de protección los Estados deberían:

- a) adoptar políticas públicas, normativas o de cualquier naturaleza para favorecer que los defensores realicen libremente sus actividades;
- b) abstenerse de imponer obstáculos administrativos, legislativos, y de cualquier índole que dificulten su labor;
- c) proteger a defensoras y defensores cuando son objeto de amenazas a su vida e integridad personal; y
- d) investigar las violaciones cometidas contra defensores y defensoras de derechos humanos combatiendo la impunidad”³⁴.

Con esa precisión la Comisión IDH ponía de relieve que la protección de las personas defensoras era solamente una de los cuatro componentes de una política global.

Por razones de espacio es imposible abordar aquí todos esos desarrollos, por lo que se tomará como referencia el mecanismo de protección establecido en México, para presentar, exclusivamente, el componente de la protección.

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “[Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas](#)” OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 marzo 2006, para. 342, recomendación 5.

³⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas” (n3), p.220, para. 479.

3. EL MECANISMO DE PROTECCIÓN PARA PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS Y PERIODISTAS DE MÉXICO

El Mecanismo de protección articulado en México (en adelante el Mecanismo) se articula en torno a la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, adoptada en 2012³⁵. Esta Ley ha sido replicada en algunos de los Estados federados mexicanos, como los de Ciudad de México, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Quintana Roo y Tamaulipas. Se señalarán, a continuación, sus aspectos más significativos.

3.1. Beneficiarios de la protección

La Ley tiene por objeto, de acuerdo con su Artículo 1, establecer la cooperación entre la Federación y las Entidades Federativas para implementar y operar las medidas “que garanticen la vida, integridad, libertad y seguridad de las personas que se encuentren en situación de riesgo como consecuencia de la defensa o promoción de los derechos humanos, y del ejercicio de la libertad de expresión y el periodismo”. La inclusión expresa de los periodistas, en el caso del Mecanismo mexicano, se explica por el alto grado de violencia que estos profesionales han sufrido en las últimas décadas en ese país.

Desde su puesta en funcionamiento y hasta mitad de 2019, las personas beneficiarias totales del Mecanismo han sido 1226, de acuerdo con el desglose siguiente:

³⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de junio de 2012. Puede encontrarse un comentario de distintos aspectos del Mecanismo en Luis Raúl González Pérez (Coordinador), *En defensa de periodistas y defensores de derechos humanos en riesgo*, CNDH México / Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2016.

Tabla 1: Personas beneficiarias totales.

Fuente: Diagnóstico sobre el funcionamiento del Mecanismo. Elaborado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a solicitud de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, Ciudad de México, Julio de 2019, p. 358.

Personas beneficiarias totales							
	Periodistas			Defensores			Total
Año	M	H	Total	M	H	Total	Periodistas y defensores
2012	0	3	3	28	17	45	48
2013	30	48	78	58	79	137	215
2014	15	34	49	16	27	43	92
2015	27	49	76	49	41	90	166
2016	15	40	55	45	37	82	137
2017	30	92	122	48	43	91	213
2018	20	69	89	71	81	152	241
2019	3	24	27	42	45	87	114
Total	140	359	499	357	370	727	1226

3.2. Medidas de protección

El mecanismo distingue entre cuatro tipos de medidas, configurándose en todos los casos una lista abierta de medidas.

La primera categoría es la de las *medidas de prevención*, definidas por la ley como:

“el conjunto de acciones y medios encaminados a desarrollar políticas públicas y programas con el objetivo de reducir los factores de riesgo que favorecen las agresiones contra Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, así como para combatir las causas que las producen y generar garantías de no repetición”.

La segunda categoría es la de las *medidas preventivas*, dirigidas a evitar la consumación de las agresiones, que comprende instrucciones, manuales, cursos de autoprotección tanto individuales como colectivos y acompañamiento de observadores de derechos humanos y periodistas.

La tercera categoría está constituida por las *medidas de protección*, orientadas a enfrentar el riesgo y proteger los derechos a la vida, integridad, libertad y seguridad del beneficiario, que incluyen la entrega de equipo celular, radio o telefonía satelital, la instalación de cámaras, cerraduras, luces u otras medidas de seguridad en las instalaciones de un grupo o casa de una persona; chalecos antibalas; detector de metales y vehículos blindados.

La cuarta categoría, aplicable en casos de peligro inminente para la vida o la integridad física de una persona, con objeto de resguardar, de manera inmediata, la vida, la integridad y la libertad del beneficiario, es la de las *medidas urgentes de protección*. Las medidas previstas son la evacuación; la reubicación temporal; las escoltas de cuerpos especializados y la protección de inmuebles.

3.3. Instituciones de protección y coherencia de la acción de protección

De acuerdo con el Artículo 3 de la Ley, el Mecanismo tiene una estructura institucional compuesta por una Junta de Gobierno, un Consejo Consultivo y una Coordinación Ejecutiva Nacional, y la responsabilidad de su funcionamiento se asigna a la Secretaría de Gobernación.

La Junta de Gobierno es la instancia máxima del Mecanismo y sus resoluciones serán obligatorias para las autoridades federales destinatarias en relación con toda la tipología de medidas. Está formada por 9 personas, cinco representantes de distintas instituciones (Secretaría de Gobernación, Procuraduría General de la República, Secretaría de Seguridad Pública, Secretaría de Relaciones Exteriores, Comisión Nacional de los Derechos Humanos) y cuatro representantes del Consejo Consultivo. Es el órgano responsable, entre otras atribuciones, de determinar, decretar, evaluar, suspender y en su caso, modificar las medidas preventivas y las medidas de protección; y de evaluar, suspender y en su caso, modificar las medidas urgentes de protección; a partir siempre de la información elaborada por las unidades de la Coordinación.

El Consejo Consultivo está integrado por nueve consejeros, que deben responder a un equilibrio entre personas expertas en la defensa de los derechos humanos y del ejercicio de la libertad de expresión y el periodismo. El Consejo Consultivo tiene, entre otras atribuciones, las de proponer a la Junta de Gobierno recomendaciones sobre los programas

y actividades que realice la Coordinación y remitirle inconformidades presentadas por peticionarios o beneficiarios sobre la aplicación de medidas preventivas, medidas de protección y medidas urgentes de protección.

Finalmente, la Coordinación es el órgano responsable de coordinar con las entidades federativas, la administración federal y otros organismos autónomos el funcionamiento del Mecanismo. Está integrada por tres unidades: La *Unidad de Recepción de Casos y Reacción Rápida*; la *Unidad de Evaluación de Riesgos*, y la *Unidad de Prevención, Seguimiento y Análisis*. Un funcionario de la Secretaría de Gobernación, actúa como Coordinador Ejecutivo Nacional. Entre otras funciones, la coordinación garantiza el apoyo administrativo y financiero al Mecanismo, y elabora y propone a la Junta de Gobierno, los manuales y protocolos de Medidas Preventivas, Medidas de Protección y Medidas Urgentes de Protección. Interesa destacar que la Unidad de Recepción de Casos y Reacción Rápida es competente para determinar los casos que serán atendidos por medio del procedimiento extraordinario y para, en su caso, emitir e implementar de manera inmediata las medidas urgentes de protección.

Para cumplir el objeto de la Ley se crea el *Fondo para la Protección de las Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas*. Los recursos del Fondo se componen de la cantidad que el Gobierno Federal aporte inicialmente o a través de otras aportaciones; los recursos anuales que señale el Presupuesto de la Federación y otros fondos públicos; las donaciones procedentes de personas físicas o jurídicas, los bienes que le transfiera a título gratuito el gobierno federal o las entidades federativas, y los demás bienes que por cualquier título legal adquiriera para o como consecuencia del cumplimiento de sus fines. El Fondo está dirigido por un Comité Técnico presidido por el Secretario de Gobernación y cuenta con un órgano de vigilancia integrado por un comisario público y un suplente, designados por la Secretaría de la Función Pública.

Finalmente, la Ley prevé que la Federación y las Entidades Federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias celebren Convenios de Cooperación para hacer efectivas las medidas previstas en el Mecanismo.

3.4. Límites del Mecanismo

El Mecanismo de México ha sido capaz de mejorar sus procesos y sus actuaciones y cuenta con funcionarios comprometidos y con un acompañamiento significativo de la sociedad civil. El número de personas protegidas, como se ha visto, ha ido creciendo, en los últimos años, dato que, por sí solo, justifica la necesidad del Mecanismo.

No obstante el Mecanismo muestra una serie de deficiencias o limitaciones, algunas derivadas del contexto general de violencia en México, otras, de los medios disponibles y otras de los enfoques utilizados para la protección de las personas defensoras, que han sido puestas de relieve en un exhaustivo diagnóstico sobre el funcionamiento del Mecanismo, elaborado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en julio de 2019³⁶.

En cuanto al primer aspecto, los niveles de violencia en el país se mantienen muy altos, con por lo menos 21 asesinatos solamente entre las personas defensoras ambientales durante el año 2018³⁷, Lo mismo sucede que el nivel de impunidad, que se sitúa en el 98%³⁸. Se señala que el Mecanismo no puede ser la única respuesta a la violencia contra quienes ejercen el periodismo y defienden derechos humanos y que debe ser acompañado con otras medidas

³⁶ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Diagnóstico sobre el funcionamiento del Mecanismo. Elaborado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a solicitud de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, Ciudad de México, Julio de 2019.

³⁷ Centro Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA), "[Informe sobre la situación de las personas defensoras de los derechos humanos ambientales. México 2018](#)", CEMDA, marzo 2019.

³⁸ Al respecto, el Relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores afirmó: "En vista del elevado número de violaciones graves de los derechos humanos, el insignificante porcentaje de investigaciones y enjuiciamientos de delitos contra defensores de los derechos humanos que prosperan ha generado un sentimiento de impunidad generalizada y persistente. La incapacidad de investigar y sancionar a los responsables transmite el peligroso mensaje de que esos crímenes no tienen la más mínima consecuencia, lo que crea un entorno que favorece las violaciones sistemáticas y socava las aspiraciones generales en el ámbito de los derechos humanos en México." Consejo de Derechos Humanos, "Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativo a su misión a México", Naciones Unidas, Doc. A/HRC/37/51/Add.2, 12 de febrero de 2018, p.11, para. 48.

tendientes a la creación de una política pública integral que, además de mejorar la protección, pueda: “implementar la obligación de respeto a las labores de defensa de los derechos humanos y el periodismo; adoptar estrategias interinstitucionales de prevención; y garantizar el cumplimiento del deber de investigar, juzgar y sancionar las agresiones contra personas defensoras de derechos humanos y periodistas”³⁹.

En cuanto al segundo aspecto el diagnóstico pone el acento en los medios humanos y materiales y en la coordinación institucional. Así, se señala que la proporción de personas beneficiarias atendidas por cada funcionario ha aumentado un 235% desde 2012, ya que el número de funcionarios se ha mantenido estable. Esa falta de personal suficiente, junto a las deficiencias de formación en algunos ámbitos, afecta tanto a las capacidades de actuación como al respeto a los plazos de actuación definidos⁴⁰.

En cuanto a los recursos económicos destinados al Mecanismo se indica que en 2018 el presupuesto asignado para medidas de protección representa solamente el 64% de la previsión hecha por la Secretaría de Gobernación para ese año⁴¹.

Adicionalmente, se señalan como debilidades del Mecanismo, las dificultades para coordinar con eficacia la implementación de acciones y medidas de protección; la ausencia de un sistema de información que permita un intercambio adecuado de información entre las tres unidades y facilite las acciones de monitoreo y evaluación; o la carencia de procedimientos claros sobre varios aspectos de su actuación⁴². Se insiste en particular en la necesidad de mejorar la corresponsabilidad de las autoridades estatales, y en la mejora de la coordinación con las autoridades federales⁴³.

³⁹ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Diagnóstico sobre el funcionamiento del Mecanismo (n34), p.228.

⁴⁰ Ibid. p.7.

⁴¹ Ibid. p.228.

⁴² Ibid.

⁴³ En este sentido se ha adoptado un Protocolo de coordinación nacional para la protección de personas defensoras de derechos humanos y periodistas, para coordinar el Mecanismo y las unidades federales con los mecanismos y las unidades estatales; ha sido aprobado por la Conferencia Nacional de Gobernadores, y por la Junta de Gobierno del Mecanismo federal, en agosto de 2017.

En relación con el tercer aspecto, el diagnóstico destaca tres carencias del Mecanismo: su carácter eminentemente reactivo, sin priorizar la atención a las causas que generan el riesgo, que deben ser atendidas a través de acciones políticas y de prevención; el insuficiente seguimiento a los cambios en la situación de riesgo de las personas beneficiarias, incluidas las emergencias, que está en manos de una empresa contratada a esos efectos que no dispone de la preparación, el conocimiento y la capacidad de incidencia necesarias; y la ausencia de criterios de actuación y de reacción del Mecanismo frente al hecho de que una gran parte de los presuntos perpetradores son servidores públicos⁴⁴.

A ello hay que añadir dos cuestiones relativas a las formas de abordar la protección. La primera se refiere a la poca claridad en cuanto a la identificación de los riesgos individuales y colectivos. Se señala en el diagnóstico la conveniencia de revisar la categorización existente y distinguir entre los casos en los que el riesgo es de carácter individual, organizacional o comunitario, adaptando la intervención del Mecanismo a esos tres niveles⁴⁵. La segunda se refiere a la necesidad de adoptar un enfoque diferenciado en la protección, cuando las personas defensoras de derechos humanos y periodistas, pertenecen a grupos que pueden ser objeto de discriminación o enfrentar otros tipos particulares de desventaja (se menciona a mujeres, migrantes, indígenas, personas privadas de la libertad, LGBT, adultas mayores, con discapacidad y menores de edad). Estas características pueden ser acumulativas por lo que requieren de la correspondiente interseccionalidad⁴⁶.

Algunas de estas limitaciones y, en particular las últimas, son también aplicables a otros mecanismos nacionales de protección existentes y son frecuentemente mencionadas como limitaciones de los mismos por parte de las organizaciones de la sociedad civil que dan apoyo a las personas defensoras⁴⁷.

⁴⁴ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Diagnóstico sobre el funcionamiento del Mecanismo (n34), p.11.

⁴⁵ Ibid, p.48.

⁴⁶ Ibid, p.54.

⁴⁷ Entre otros informes y documentos: International Service for Human Rights (ISHR). Informe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 156º periodo de sesiones (n2). Brigadas Internacionales de Paz (PBI) / Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), "[El Mecanismo de Protección para Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas en México: desafíos y oportunidades](#)", feb 2015; "[El mecanismo de protección para personas defensoras de derechos humanos y periodistas en México. Los avances](#)

A la vista de la práctica desarrollada en distintos países, en 2017, la Comisión IDH ha considerado necesario dar un paso más en su actividad impulsora en esta esfera y formular un conjunto de estándares aplicables a los mecanismos nacionales de protección, que son los siguientes:

1. Un marco legal sólido que lo soporte
2. Recursos financieros y humanos necesarios y sostenibles
3. Colaboración con otras agencias, departamentos e instituciones del Estado
4. Independencia o autonomía de la institución que otorga medidas
5. Activación del deber de protección
6. Análisis de riesgo flexible e individualizado
7. Participación de los beneficiarios
8. Idoneidad y efectividad de las medidas de protección
9. Enfoques diferenciados para grupos en especial vulnerabilidad o discriminación histórica
10. Acceso a la información y transparencia
11. Decisión de modificar o levantar los esquemas de protección
12. Relación entre las medidas de protección nacionales y las dictadas por los órganos del sistema interamericano⁴⁸

[y continuos desafíos](#)”, Mayo 2016; Comitê Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos, “[Vidas em luta: Criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil](#)”, Curitiba: Terra de Direitos, 2017; “[Vidas em luta : criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil em 2017](#)”, Rio de Janeiro: Justiça Global, 2018. Amnistía Internacional, “[América: Situación de los mecanismos de protección para los defensores y defensoras de los derechos humanos](#)”, mayo de 2017. Protection International / CEJIL, “[Es tiempo ya. Políticas públicas eficaces para el derecho a defender los derechos humanos](#)”, 2017, Bruselas/San José. Protection International, “Informe FOCUS. Políticas públicas para la protección de defensores de los derechos humanos: Desafíos actuales y tendencias globales. Actualización 2017”, Brussels, Belgium, 2017. “[Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativo a su misión a México](#)”, (n34), párrs. 76-89. Centre d’Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT), “[Defender en América Latina. Seminario internacional sobre la situación de las personas defensoras de derechos humanos, de la tierra y del medio ambiente](#)”; Institut Català Internacional per la Pau, Documents 16/2019.

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos”, 30 de diciembre de 2017. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 207/17.

Estos estándares, sin duda, contribuirán a una evaluación más precisa de los actuales mecanismos nacionales de protección de las personas defensoras y dan una orientación clara del contenido de los nuevos mecanismos que puedan crearse en el futuro.

4. CONSIDERACIONES FINALES

En un Estado democrático de derecho en que el goce de los derechos humanos sea posible para todas las personas y en el que los poderes públicos estén al servicio de toda la población no sería necesario articular medidas específicas de protección de los derechos humanos de ningún colectivo concreto, y mucho menos el de las personas defensoras de derechos humanos. El fenómeno que aquí se ha analizado y su extensión a tantos países del mundo constituyen la prueba fehaciente de que son muchos los Estados cuyo funcionamiento queda lejos del ideal que acabamos de enunciar.

De acuerdo con el Derecho internacional los Estados tienen y deben asumir su deber de protección de los derechos humanos frente a ataques procedentes de actores estatales y no estatales. En ese contexto se ha hecho especialmente necesaria la protección de las personas defensoras de derechos humanos y del medio ambiente, mediante políticas públicas integrales, que les permitan realizar sus actividades con seguridad y eficacia.

Los instrumentos y mecanismos existentes de protección de las personas defensoras en el plano internacional tienen capacidad de denuncia y de presión sobre los Estados y pueden proteger a personas o grupos en situación de riesgo inminente, pero no pueden sustituir la actividad de los Estados de prevención y protección de las personas defensoras y de enjuiciamiento de quienes violan los derechos de las mismas.

Aunque la protección internacional específica de las personas defensoras se ha articulado preferentemente en torno a normas de *soft law* o a través de la aplicación de normas generales del Derecho internacional de los derechos humanos, el Acuerdo de Escazú de 2018 es un paso clave para que el reconocimiento y la protección de las personas defensoras se conviertan en norma vinculante para los Estados en América Latina. En ese sentido el Artículo 9 puede ser entendido como una convención en miniatura, que debería ser

desarrollada en el momento oportuno, en la línea de convertir a la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1998, en la base de un futuro tratado internacional.

Bajo el impulso y la presión del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y en especial de la Comisión IDH, distintos Estados han creado mecanismos nacionales de protección de las personas defensoras de los derechos humanos. Los mecanismos responden a parámetros similares en que se pone el acento fundamentalmente en la protección física de las personas consideradas individualmente. Pero difieren considerablemente en cuanto al despliegue en el territorio y a los recursos humanos y materiales con los que cuentan.

El caso de México, que tiene un mayor rodaje que otros, es bastante representativo del funcionamiento y de las limitaciones de los mecanismos existentes. Y resulta evidente que, por los distintos motivos expuestos en este texto, no ha sido capaz, por ahora, de alcanzar los objetivos de protección deseables ni de idear medidas de protección adaptadas a las necesidades y a las características específicas de las comunidades y grupos más vulnerables. El apoyo de la sociedad civil y la voluntad política necesaria por parte de las autoridades federales y estatales mexicanas son imprescindibles para proseguir el proceso de mejora del Mecanismo que permita revertir un escenario de persecución de las personas defensoras de los derechos humanos y el medio ambiente que es extraordinariamente grave.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AMNISTÍA Internacional. *América: Situación de los mecanismos de protección para los defensores y defensoras de los derechos humanos*, mayo 2017.
- América: Situación de los mecanismos de protección para los defensores y defensoras de los derechos humanos, octubre 2018.
- BORRAS, S. El derecho a defender el medio ambiente. La protección de los defensores y defensores ambientales. *Derecho PUCP*, n. 70, 2013, pp. 291-324.

- Pigrau, A. Environmental defenders: the green peaceful resistance. En: WESTRA, L.; GRAY, J.; KARAGEORGOU, V. (Eds.). *Ecological Systems Integrity Governance, law and human rights*. Abingdon, Oxon [UK]; New York: Routledge, 2015, pp. 256-271.
- BRIGADAS Internacionales de Paz (PBI). Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA). *El Mecanismo de Protección para Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas en México: desafíos y oportunidades*, febrero 2015.
- El mecanismo de protección para personas defensoras de derechos humanos y periodistas en México. Los avances y continuos desafíos, mayo 2016.
- CENTRE d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT). *Defender en América Latina. Seminario internacional sobre la situación de las personas defensores de derechos humanos, de la tierra y del medio ambiente*. Institut Català Internacional per la Pau, Documents 16/2019.
- CENTRO Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA). *Informe sobre la situación de las personas defensoras de los derechos humanos ambientales*. México 2018, CEMDA, marzo 2019.
- COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, 7 marzo 2006.
- Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas. Internet: [www. OEA/Ser.L/V/II](http://www.oea.org). Doc. 66, 31 diciembre 2011
 - Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 diciembre 2015.
 - Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 207/17, 30 de diciembre de 2017.
- COMITÊ Brasileiro de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos. *Vidas em luta: Criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil*. Curitiba: Terra de Direitos, 2017.
- Vidas em luta: criminalização e violência contra defensoras e defensores de direitos humanos no Brasil em 2017. Rio de Janeiro: Justiça Global, 2018.
- CONSEJO de Derechos Humanos. *Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Sra. Margaret Sekaggya*. Naciones Unidas, Doc. A/HRC/13/22/Add.3, 1 de marzo de 2010.

- Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativo a su misión a México. Naciones Unidas, Doc. A/HRC/37/51/Add.2, 12 de febrero de 2018.

FRONT Line Defenders, “Análisis Global de Front Line Defenders 2018”, Front Line, Dublín, 2019.

GLOBAL Witness, “¿Enemigos del Estado? De cómo los gobiernos y las empresas silencian a las personas defensoras de la tierra y del medio ambiente”, Julio 2019.

GONZÁLEZ PÉREZ, L. R. (Coord.). *En defensa de periodistas y defensores de derechos humanos en riesgo*. México: CNDH; Tirant lo Blanch, 2016.

INTERNATIONAL Service for Human Rights (ISHR). Informe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 156º periodo de sesiones, *El rol de las empresas y los Estados en las violaciones contra los defensores y las defensoras de los derechos de la tierra, el territorio y el ambiente. Informe Conjunto de Organizaciones de la Sociedad Civil*, octubre 2015.

MEZA FLORES, J. H. *Los derechos: La protección a defensoras y defensores de derechos humanos en el sistema interamericano*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

OFICINA en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Diagnóstico sobre el funcionamiento del Mecanismo*. Ciudad de México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2019.

PROTECTION International; CEJIL. *Es tiempo ya. Políticas públicas eficaces para el derecho a defender los derechos humanos*, 2017, Bruselas/San José.

- Informe FOCUS. Políticas públicas para la protección de defensores de los derechos humanos: Desafíos actuales y tendencias globales. Actualización 2017, Brussels, Belgium, 2017.

**DIÁLOGO AMBIENTAL
CONSTITUCIONAL
INTERNACIONAL.
SOCIEDAD DE RIESGO Y
JUSTICIA AMBIENTAL**

XVII. La defensa de los espacios forestales en la denominada “España vaciada”¹

Eva Blasco Hedo

Responsable del Área de Investigación y Formación

Centro Internacional de Estudios de Derecho ambiental (CIEDA-CIEMAT)

RESUMEN:

Con carácter previo a la redacción de este trabajo me pregunté qué pensaría hoy el Profesor Martín Mateo del eslogan “la España vaciada” y sus connotaciones ambientales. Para reflexionar sobre ello me vinieron a la cabeza dos de sus libros, “La gallina de los huevos de cemento” y “La verde energía de la biomasa”. Y con esa base he ido configurando este texto, cuyo objeto es simplemente reflexionar sobre la fórmula que vamos a escoger para “llenar” esa España que todavía no está en barbecho y en la que resulta imprescindible comprender que los espacios forestales son el elemento fundamental de la estructura ecológica de la Unión Europea y deben integrarse en el resto de las políticas sectoriales. El interrogante que me planteo y al que se trata de responder es si somos verdaderamente justos con ellos.

ABSTRACT:

Before writing this paper I asked myself what Professor Martín Mateo would think today of the slogan "Empty Spain" and its environmental connotations. And to reflect on this, two of his books came to mind, "The chicken with the cement eggs" and "The green energy of biomass". And it is on this basis that I have shaped this text, the aim of which is simply to reflect on the formula that we are going to choose to "fill" this Spain that is not yet fallow and in which it is essential to understand that forest areas are the fundamental element of the ecological structure of the European Union and must be integrated into the rest of the sectoral policies. The question I am asking myself and which it is a question of responding to is whether we are being fair to them.

¹ Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación "la transformación del modelo energético. Propuesta de un marco regulatorio integral para el desarrollo de las energías renovables". Universidad de Alicante. Departamento de Estudios Jurídicos del Estado. Q0332001g. Comunidad Valenciana. Duración 208-2020

PALABRAS CLAVE: Espacios forestales; Desarrollo rural; Justicia ambiental; Biomasa; Cambio climático; Estrategia forestal.

KEYWORDS: Forest areas; Rural development; Environmental justice; Biomass; Climate change; Forestry strategy

SUMARIO

1. El riesgo de abandonar el medio rural para la protección del medio ambiente	458
2. ¿Somos justos con los espacios forestales?	461
3. Existen razones para el optimismo	468
4. Bibliografía.....	473

1. EL RIESGO DE ABANDONAR EL MEDIO RURAL PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

La expresión “España vaciada”, acompañada de la creación de un Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, que anuda las competencias en materia de energía y medio ambiente, nos hace pensar en la existencia de cierta preocupación hacia un problema que en modo alguno resulta novedoso. Aunque quizá no tenga demasiada importancia, el uso de la preposición “*para*” en el sentido de fin o causa final es exclusiva de este Ministerio, a diferencia del resto, en los que aflora la preposición “*de*”, que simplemente relaciona o une palabras, Ministerio de... Por tanto, el título ministerial conlleva en sí mismo una finalidad que cumplir y presumimos que, una vez asimilada la despoblación general en el ámbito rural como un problema político y de todos, el reto que se debe marcar es el de impedir su total abandono.

Dada la concurrencia de competencias clave en este Ministerio, es de esperar que la fórmula elegida para su trasvase a la normativa que se genere coadyuve al desarrollo rural, máxime teniendo en cuenta que la coordinación y cooperación entre los sectores energético y medioambiental se da por sentada.

Ante este reto de la no tan bien calificada “España vaciada” -aún queda vida y no está del todo abandonada-, los interrogantes que nos planteamos son múltiples y variados, pero dejamos sobre la mesa dos, por qué y quién o quiénes fueron los responsables de que se vaciara² y de qué forma se quiere llenar o rellenar ahora. Recordamos en este planteamiento al Profesor MARTÍN MATEO cuando escribió “La gallina de los huevos de cemento”, que para los abusos urbanísticos propuso soluciones que sin renunciar al crecimiento económico fueran a la vez respetuosas con el resto de activos naturales. Lo que queremos poner de relieve es que los recursos naturales son propios del medio rural y precisan de un aprovechamiento reflexivo y sostenible que facilite precisamente su desarrollo económico.

El resquebrajamiento de nuestro territorio merece una ordenación racional apartada de la marcada frontera que todos en mayor o menor medida nos hemos encargado de trazar entre lo urbano y lo rural, el asfalto y el campo, máxime teniendo en cuenta que lo acaecido en uno repercutirá en el otro y viceversa. El medio rural no puede concebirse como algo extraterritorial en dicha ordenación, sin perjuicio de reconocer la falta de uniformidad y una evolución desigual en estos espacios rurales, unidos esencialmente a la idea de despoblación, aunque siempre hay excepciones, derivadas del saber sacar partido a los recursos endógenos. Tal y como aprecia el profesor DELGADO URRECHO, “ni todos los espacios rurales son similares, ni una misma densidad de población implica las mismas problemáticas”, “porque si bien no todo el campo es orégano, tampoco está en barbecho”. En definitiva, identificar lo rural con despoblación es simplemente una visión sesgada de una realidad que en la práctica se conecta con una multiplicidad de realidades contrarias a una generalidad preconstituida.

² DELGADO URRECHO, J.M., “Más allá del tópico de la España vacía: una geografía de la despoblación”, en Agustín Blanco, Antonio Chueca, José Antonio López-Ruiz y Sebastián Mora (coordinación), *INFORME España 2018 / Cátedra José María Martín Patino de la Cultura del Encuentro*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, Cátedra J.M. Martín Patino, 2018, pgs. 233-234. En opinión del profesor, la despoblación como tal -no así el éxodo rural, muy anterior- es consecuencia de un prolongado proceso histórico que en nuestro país se remonta a mediados del siglo XX, con los intensos desplazamientos migratorios, a su vez resultado de dos procesos paralelos. Por una parte, una industrialización políticamente y espacialmente concentrada no solo a escala regional sino, principalmente, urbana y capitalina, de escasa implantación en ciudades medias del medio rural. Y por otra parte, la mecanización de las actividades rurales y, con ella, el incremento de la productividad y la liberación de mano de obra agrícola. Así, a la destrucción de empleo en el campo se sumó su demanda en la ciudad, provocando primero el trasvase de adultos jóvenes y, a la postre, familias enteras, catalizador del proceso de despoblación.

Por poner cifras, el medio rural en España afecta al 85% del territorio e integra en torno al 20% de la población (aunque podría elevarse hasta el 35% si se incluyen las zonas periurbanas). Pero es que en él se origina la práctica totalidad de los recursos naturales, de ahí su carácter estratégico, merecedor de una adecuada gestión ambiental, sin olvidar su dimensión económica y social³. Abandonar del todo este medio representaría un auténtico riesgo para la conservación del medio ambiente y la protección de sus valores. Ahora bien, o las personas confían en que allí se les garantiza un medio adecuado de vida con una infraestructura de servicios en condiciones o no habrá nada que hacer, por mucho que la “España vaciada” se venda como un auténtico yacimiento de recursos naturales o tenga ventajas en comparación con otros territorios. Sumemos la necesidad de unas condiciones laborales dignas para atraer mano de obra hacia el sector forestal.

Se trata de preservar la ecuación “espacio, población y gestión” allí donde la naturaleza ocupa gran parte del territorio. “En el mundo globalizado pareciera que la variable “espacio” no interesa y que las distancias no importan. Sin embargo, solo es posible el desarrollo en un espacio, en un territorio, donde se desenvuelve la vida de las personas. De allí la valorización y jerarquización del territorio como factor estratégico para el desarrollo”⁴.

En este engranaje subyace uno de los principios de la Declaración de Estocolmo de 1972: “el hombre tiene el derecho fundamental al disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad”, cuya traducción en nuestro derecho ronda el artículo 45 CE; de tal forma que su mera inclusión constitucional avala una justicia ambiental más reforzada, que no puede retroceder. La conjugación es clara: es necesario procurar a las personas que habitan en este medio unas condiciones de vida dignas, al tiempo de generar una atracción positiva que permita nuevos asentamientos, y paralelamente conservar y explotar de manera racional los recursos naturales. Y es que una España rural abandonada conlleva repercusiones negativas en la protección del medio ambiente, entre otras razones, por la falta de control sobre el territorio.

³ Informe 1/2018. El medio rural y su vertebración social y territorial. Consejo Económico y Social. Madrid, 2018. Véase Introducción, pgs. 11-13. No hay una definición uniforme de lo que sea el medio rural. Las políticas públicas consideran en general tres dimensiones: la demografía, combinando densidades de población con umbrales mínimos de población; la información sobre coberturas y usos del suelo; y la accesibilidad a las infraestructuras y servicios públicos.

⁴ DROMI, R., *Gobernabilidad Territorial. Ordenar el espacio con equidad para el desarrollo*, Ed. Hispania Libros, Madrid, 2011, pgs. 24, 25 y 33.

Por irnos centrando en el tema que mayormente nos ocupa, resulta clara la conexión entre lo forestal y el desarrollo rural, y la repercusión de esta realidad en el origen y propagación de incendios forestales, con la consiguiente pérdida de suelo y biodiversidad. En el Informe de 2019 “Los Incendios Forestales en España. Decenio 2006-2015”, emitido por el que fuera Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación se constata que “en la evolución del número de siniestros el clima es un factor determinante, pero especialmente las circunstancias políticas, sociales, económicas o culturales que favorecen o reducen la intencionalidad, accidentalidad o negligencia, causas principales en la generación de incendios; entre estas circunstancias se encuentran los condicionantes legales, la gestión del medio forestal, los resultados en las acciones de prevención o la conciliación de intereses, entre otras”⁵.

Esta última afirmación nos avoca a la conexión de este trabajo con el espacio forestal. A la vista de mi participación en este Congreso y, concretamente, en el Seminario sobre Justicia Ambiental, la pregunta a la que voy a tratar de dar respuesta es:

2. ¿SOMOS JUSTOS CON LOS ESPACIOS FORESTALES?

Vamos desencaminados si partimos de la idea de que los espacios forestales no resultan rentables y, por ende, su aprovechamiento es escaso; una realidad tangencial a la despoblación del medio rural. Ya hemos adelantado la integración de competencias en un mismo Ministerio, por lo que no valdrá el comodín de la descoordinación interministerial o

⁵ LÓPEZ SANTALLA, A. (Coord.), *Los Incendios Forestales en España. Decenio 2006-2015*, Ed. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 2019. Los incendios forestales son un fenómeno complejo, cíclico y recurrente. Pero los escenarios confirmados de cambio climático, junto con el proceso continuo de transformación social, económica y ecológica del medio forestal, apuntan a situaciones de emergencia de mayor complejidad.

Considerando la superficie forestal afectada Galicia, Castilla y León y Asturias son los tres territorios más afectados, con 22,51%, 17,20% y 10,04% respectivamente; entre las tres alcanzan casi la mitad de la superficie nacional afectada durante el decenio (Gráfico 5.2).

En el conjunto del decenio, el porcentaje de siniestros con causa conocida es del 87,88% (Cuadro 7.1). Por otro lado, el 80,77% del total de los siniestros tienen origen antrópico, ya sea debido a negligencias y accidentes (36.809 siniestros) o a intencionalidad (69.097 siniestros), siendo estas dos causas responsables del 87,35% de la superficie total forestal afectada en el decenio (880.407,48 ha). [Enlace web](#).

su falta de cooperación cuando nos referimos a las administraciones públicas encargadas de la gestión forestal y energética, sin olvidar la voz de las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos.

En nuestra opinión, una visión preferentemente conservacionista y excesivamente protectora del espacio forestal debe quedar atrás en pro de la necesidad de poner en valor al espacio forestal. Y es que si un ecosistema proporciona servicios ecosistémicos y, por ende, medioambientales, son igualmente beneficios económicos y sociales; de ahí que la triple dimensión no pueda dividirse en compartimentos estancos sino integrados. De hecho, el tercer Inventario Forestal Nacional de 2011, calcula por primera vez el valor productivo, recreativo y ambiental, con el objetivo de valorar productos que no tienen reflejo en el mercado y que, por tanto, son difíciles de evaluar. A título de ejemplo, mientras los productos forestales en el mercado alcanzaban en el citado año un valor estimado de 126,35 millones de euros, el valor recreativo de las masas forestales fue de 49,8 millones de euros y el valor ambiental, por ejemplo como sumidero de carbono, alcanzó los 132,9 millones de euros⁶.

Un distanciamiento de la pura visión conservacionista en aras a la necesidad de que los espacios forestales deben adaptarse a las nuevas demandas de la sociedad desde todos los ángulos, en modo alguno quiere decir que debemos pasar por alto el valor colectivo que representan. Sin embargo, también es cierto que su papel al servicio del interés general los atenaza a una serie de límites o delimitaciones, en mayor medida cuando del propietario forestal privado se trata.

Tal y como señaló GUAITA, “el propietario de montes sabe bien que sus facultades no son, ni con mucho, las que podría gozar y defender si se tratara de la propiedad de cualquiera otra finca rústica o urbana”. Sin embargo, debe garantizarse el derecho de propiedad y, sobre todo, contar con la opinión de los propietarios forestales para adoptar cualquier tipo de decisión. Lo que queremos poner de relieve es que si bien las Administraciones reglamentan el uso en estos ecosistemas de acuerdo con el interés general, éste no debe convertirse en una fuente de poderes indeterminada ni tampoco jugar como un principio legitimador de cualquier intervención en la esfera privada. Es más, el interés general no puede concebirse como un principio estático sino que debe amoldarse a los cambios económicos, sociales e

⁶ Informe el Medio Rural y su Vertebración Social y Territorial, pgs.106-107.

incluso ambientales introducidos por el paso del tiempo, que a la postre son los que marcarán las exigencias que deben servir, precisamente, a ese interés general. En otras palabras, la función social que representan estos espacios no debe mermar su aprovechamiento⁷.

Lo que naturalmente tiene que suceder es que los vientos soplen de manera favorable para estos espacios forestales. Son auténticos yacimientos energéticos, nos proveen de productos y servicios ambientales, y además funcionan como sumideros de carbono. En definitiva, llevan a cabo una labor altruista en aras al bien común que no está premiada lo suficiente pese a los tintes inherentes de solidaridad. Nos conviene a todos que los ecosistemas forestales mantengan y aumenten su resistencia por tratarse de uno de los elementos fundamentales de la infraestructura ecológica de la UE.

En esta estela, basta pensar en la verde energía de la biomasa, que sirvió de título a un librito de color amarillo escrito por el Profesor MARTÍN MATEO allá por el año 2008, que nos ha servido de base para exponer algunas de estas reflexiones. Ya entonces hablaba de la energía verde como una opción apasionante y un paliativo para soslayar la crisis energética a través de nuevas fuentes a nuestro alcance, no ya para sustituir, sino para completar los aprovisionamientos convencionales⁸.

Doce años después, la nueva Presidenta de la Comisión Europea ha anunciado un Pacto Verde Europeo para responder a los desafíos del clima y el medio ambiente acompañado con la primera Ley del Clima Europeo, que previsiblemente verá la luz en los primeros meses de 2020. Un Pacto que debe impregnarse de cooperación y de auténtica Unión Europea y en el que se pone sobre la mesa la presión a la que están sometidos los ecosistemas forestales como consecuencia del cambio climático y la necesidad de mejorar la superficie forestal de la Unión tanto en cantidad como en calidad. Especial énfasis merece la forestación y reforestación sostenibles y la recuperación de bosques degradados para incrementar la absorción de CO₂, reducir los incendios forestales y promover la bioeconomía⁹.

⁷ BLASCO HEDO, E., *Propiedad Forestal Privada y Energías Renovables*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pgs. 35-36.

⁸ MARTÍN MATEO, R., *La Verde energía de la Biomasa*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pgs. 38 y 39.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico

La articulación de estas políticas no puede desconectarse de la reciente Comunicación de la Comisión, “Intensificar la actuación de la UE para proteger y restaurar los bosques del mundo”, en la que se pone de relieve que a pesar de todos los esfuerzos realizados hasta la fecha, los objetivos de conservación y uso sostenible de los bosques no pueden alcanzarse con las políticas vigentes. Resulta apremiante intensificar los esfuerzos de restauración, protección y manejo sostenible de los bosques porque así lo exigen el Plan Estratégico de las Naciones Unidas para los Bosques y la propia Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, ya que los bosques favorecen la consecución de la mayoría de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. “Es evidente que la UE por sí sola no puede invertir la tendencia de la deforestación. Tiene que formar parte de una alianza mundial”¹⁰.

En la actualidad, desde la Comisión Europea se hace un llamamiento a la integración inteligente de las energías renovables para conseguir la descarbonización. En este sentido, reivindicamos el papel que representa la biomasa y, en mayor medida, la biomasa forestal, en la cesta de las renovables. Es una más y no tiene por qué relegarse a un segundo plano, máxime cuando la diversidad en el mix energético es mejor que la centralización en uno o dos tipos de energía. En el último borrador consultado del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) se apuesta por la integración de las proyecciones relativas al potencial de producción de biomasa en la planificación de la transición energética. Y es que la principal fuente de producción de biomasa es el sector forestal, cuyo rendimiento depende estrechamente de una buena adecuación de las masas forestales a las condiciones climáticas. De hecho, según la nueva estrategia de la UE en favor del sector forestal, a la que posteriormente aludiré, la biomasa forestal es en la actualidad la principal fuente de energía renovable y representa aproximadamente la mitad del consumo total de energía renovable de la UE.

y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo. COM (2019) 640 final.

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Intensificar la actuación de la UE para proteger y restaurar los bosques del mundo. COM (2019) 352 final.

En la presente Comunicación se propone una serie de nuevas medidas y aspiraciones basadas en la Estrategia forestal de la UE de 2013, la Estrategia de la UE sobre la biodiversidad hasta 2020, el VII Programa de Medio Ambiente y la visión estratégica a largo plazo de una economía climáticamente neutra de la Comisión Europea para 2050 «Un planeta limpio para todos».

Algunas vías identificadas por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático para limitar el calentamiento global a 1,5 °C pueden exigir un aumento de la superficie forestal de unos 1 000 millones de hectáreas de aquí a 2050 en comparación con 2010.

La biomasa precisa de soluciones tecnológicas que permitan la optimización de la cadena de valor, desde la obtención del recurso hasta su valorización, buscando reducir costes y mejorar la eficiencia de instalaciones y procesos. En la dimensión de descarbonización del Plan se incluye la medida de los programas específicos para el aprovechamiento de la biomasa. Tengamos presente que según el informe “La Energía en España 2016”, la demanda de energía final en el sector industrial supuso alrededor del 24% en el año 2015. Esta demanda se cubrió con un 7% de fuentes de energía renovable (principalmente biomasa). Por si fuera poco, la biomasa no depende de fluctuaciones climáticas y está ahí, a la espera de su aprovechamiento.

El PNIIEC plantea con lucidez un valor añadido al aprovechamiento energético de la biomasa, que no es otro que su contribución a la dinamización del entorno rural y mitigación del riesgo de despoblación, así como el de favorecer una mejor adaptación de determinados territorios a los efectos del cambio climático. La biomasa puede desempeñar asimismo un papel instrumental en el ámbito de la transición justa. Se dice, se comenta y se habla de sustituir el cierre de las centrales térmicas de carbón por la creación de plantas de biomasa. Una alternativa que se planteó para la central de As Pontes pero que finalmente se rechazó, si bien en el caso de la localidad de Teixeira (A Coruña) se está construyendo una planta de biomasa de 50 megavatios que requerirá un consumo de medio millón de toneladas anuales¹¹. El mismo Plan destaca que para calor y electricidad con biomasa, es esperable que el mayor desarrollo se produzca con biomasa de origen forestal o agrícola (en la industria, en general, ya se viene utilizando)¹².

¹¹[La biomasa, una alternativa inviable para sustituir el carbón en la central térmica de As Pontes](#). *El diario*, 14 de octubre de 2019.

¹²[PNIIEC](#). En cuanto a los mecanismos concretos a desarrollar, destacan: promoción de las energías procedentes de biomasa con criterios de sostenibilidad. Desarrollo normativo en toda la cadena de valor de la biomasa. Estrategia para el aprovechamiento energético de las podas del sector agrario. Adaptación a las obligaciones ligadas a la calidad del aire en las instalaciones de biomasa tanto las nuevas como las ya existentes. Fomento de la certificación y principio de proximidad de origen en el aprovechamiento de la biomasa. Divulgación y fomento de equipos de calefacción local de alta eficiencia y bajas emisiones o Formación específica para instaladores y otros profesionales del sector de la biomasa. Medidas de apoyo económico ligadas a: plantas de logística de biomasa. Penalización del depósito de residuos en vertedero. Se favorecerá el establecimiento de unas bases consensuadas para la implementación armonizada (y creación, en su caso) del impuesto al depósito de residuos municipales e industriales en vertedero, tal y como ya existe en distintas Comunidades Autónomas. Aprovechamiento de la biomasa en instalaciones públicas. Páginas 49, 50, 75, 81, 94, 103.

Sin embargo, nos preocupan algunas de las conclusiones del último Informe de Ejecución Anual ampliado de 2019 del Programa de Nacional de Desarrollo Rural 2014-2020 (PNDR). Se trata de un proceso de intervención estatal en el desarrollo rural complementado por los propios programas de las Comunidades Autónomas. Comencemos por el final: la tasa de ejecución financiera del Plan es de un 20,93%, “algo baja para estar a mitad del periodo de programación”. Entre las causas que han provocado esta falta de ejecución y que se traspa a las autonomías, destaca el propio retraso en la aprobación del PNDR y los vaivenes políticos, lo que ha provocado inestabilidad y paralizaciones parciales en el desarrollo del Programa como consecuencia de la tardanza en la aprobación de los Presupuestos Generales, que a finales del año 2019 todavía brillaban por su ausencia. Pensemos que la gestión de los fondos comunitarios como el FEADER no puede dissociarse del presupuesto nacional.

El marco de rendimiento se ha incumplido tanto en la promoción de la eficiencia de los recursos como en el fomento del paso a una economía baja en carbono capaz de adaptarse al cambio climático en el sector forestal, entre otros. Existen dificultades económicas para realizar inversiones no productivas en relación con la prevención de incendios forestales en zonas de alto valor ecológico, como en Parques Nacionales o en masas forestales protectoras de infraestructuras hidráulicas. Asimismo, se aprecia una tendencia al incremento del riesgo de incendios unida al insuficiente mantenimiento, gestión y conservación de la superficie forestal por parte de sus titulares y el apoyo de las administraciones competentes.

Entre las debilidades, nos llama la atención el desconocimiento existente sobre el sector forestal y el valor que implican los ecosistemas forestales, debido a la dificultad para valorar los productos que carecen de valor de mercado, como los servicios ambientales que generan. La energía renovable de la biomasa forestal no se utiliza lo suficiente ni en la industria ni por parte de las comunidades locales.

La otra cara de la moneda se representa por la elevación de la superficie forestal en España, destacando su papel en la captación de CO₂. El porcentaje de superficie de bosques y otras zonas forestales protegidas para conservar la biodiversidad, paisaje y elementos naturales específicos es superior a la media europea¹³. Otra de las incógnitas que resta por despejar es la fórmula por la que los bosques deberían cobrar por su aportación de secuestro de carbono.

¹³ Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. [Informe. Realización de tareas de evaluación del informe de](#)

De hecho, España ocupa el puesto número 76 del mundo en superficie forestal y además ha aumentado desde los años 90, se ha pasado de un 27,65% a un 37% en 2016. Contamos con casi 28 millones de hectáreas forestales, lo que equivale a un 54,8% de nuestro territorio. Y es el país con mayor incremento de bosques, con un ritmo de crecimiento anual del 2,2%, muy superior a la media de la UE (0,51%). Asimismo, en 2014 la superficie forestal certificada en España alcanza casi los dos millones de hectáreas y representa el 7% de la superficie forestal nacional. Su distribución es muy heterogénea en el territorio, alcanzando la mayor representación en Castilla-León.

Sin embargo, estamos a la cola en Europa en consumo de biomasa con fines energéticos: 0,103 toneladas equivalentes de petróleo por habitante; frente a 1,435 en Finlandia. Y es que la biomasa se queda en el monte¹⁴.

¿Cuál es el problema? La respuesta es sencilla, únicamente el 16,3% de la superficie forestal en España está gestionada y en su gran mayoría de titularidad pública. Pensemos que las dos terceras partes de nuestra superficie forestal están en manos privadas y solo un 8,4% cuenta con instrumentos de gestión.

Pero el mayor obstáculo es que esta afirmación viene arrastrándose desde hace ya demasiado tiempo pese a que la gestión forestal ha sido, es y será el motor del desarrollo económico, social y ambiental del mundo rural.

Somos incapaces de gestionar nuestros montes porque en su gran mayoría no están dotados de instrumentos de ordenación que faciliten esa labor. Los Planes de Ordenación de Recursos Forestales, que sin duda hubieran facilitado esta gestión, apenas se pusieron en práctica, pese a que se vendieron como la panacea del problema. Los propietarios forestales privados no pueden hacer frente al desembolso que supone la redacción de un instrumento de ordenación y apenas cuentan con una política de fomento que les garantice un respaldo económico. Se debe apostar por la simplificación procedimental de la ordenación y, por ende,

[ejecución anual ampliado de 2019 del Programa Nacional de Desarrollo Rural 2014-2020. Europa invierte en zonas rurales](#), pgs. 54-58, 60-68, 367 y ss.

¹⁴ Así opina Francisco Carreño, presidente de la Confederación de Organizaciones de Selvicultores de España (COSE). *Revista Desarrollo Rural y Sostenible* Núm. 37, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2018, pg. 11.

de la tramitación administrativa. Ejemplos de buenas prácticas o de adhesión a modelos de ordenación aprobados previamente por las Administraciones competentes, serían soluciones lógicas, y lo están siendo en algunas Comunidades Autónomas.

En paralelo, para facilitar la gestión integrada de estos espacios, se propugna su agrupación mediante instrumentos de gestión que favorezcan el asociacionismo forestal y poner así remedio al minifundio forestal¹⁵. Una idea no novedosa pero susceptible de reiteración es que una elevada fragmentación del monte no casa bien con su rentabilidad o con la posibilidad de constituir explotaciones de tamaño suficiente para resultar técnica y económicamente viables; lo que a su vez provoca el alejamiento de la implicación del capital privado.

Albergamos la esperanza de que la virtud asistirá a quienes tengan que decidir para no caer en el círculo de si no hay ordenación no hay gestión y viceversa. Y recordemos que gestionar y conservar discurren al unísono y no son antagónicos.

3. EXISTEN RAZONES PARA EL OPTIMISMO

En nuestra opinión, nos encontramos en plena transición hacia un cambio de modelo de vida sin precedentes, y en el que la economía puede abarcar casi todo, pero no todo. No se puede preconizar un cambio de modelo energético o la tan reiterada integración entre clima y energía si no va acompañada de un cambio de mentalidad y una implicación clara en el cumplimiento de la normativa ambiental. A menudo, nos invade la sensación de que adoptamos soluciones para enmendar aquello que con carácter previo sabíamos que no estaba bien, pero que no hemos podido evitar, o peor aún, no hemos evitado, y la naturaleza finalmente resulta dañada. Y en este panorama, los espacios forestales y, por ende, los bosques, tienen derecho a que se les reconozca su aportación a la sociedad, que podríamos calificar de indispensable. Su importancia, unida a la silvicultura y a la industria forestal debería reconocerse en todos los sectores.

¹⁵ Véase Decreto gallego 45/2011, de 10 de marzo, por el que se regula el fomento de las agrupaciones de propietarios forestales, los requisitos y la calificación de las sociedades de fomento forestal y la creación de su registro.

Pongamos algunos datos encima de la mesa. A nivel mundial, los bosques ocupan el 30 % de la superficie terrestre y albergan el 80 % de la biodiversidad del planeta. Sin embargo, se encuentran en grave peligro debido a la deforestación y a la degradación forestal: entre 1990 y 2016 se perdió una superficie forestal de 1,3 millones de kilómetros cuadrados, lo que equivale a una pérdida de 800 campos de fútbol por hora. En Europa, el 43 % de la superficie terrestre de la UE (182 millones de hectáreas) está ocupada por bosques u otras superficies boscosas. De esa superficie, 134 millones de hectáreas se destinan al suministro de madera. Los bosques de la UE se han expandido: entre 1990 y 2015, la cobertura boscosa aumentó en una superficie del tamaño de Grecia gracias a los programas de forestación y reforestación y al rebrote natural¹⁶.

Si bien el Tratado de Funcionamiento de la UE no contiene disposición específica alguna sobre política forestal, tenemos motivos para ser optimistas. Y debemos serlo a raíz de la firma del Acuerdo de París, cuyo artículo 5 menciona los bosques e invita (no obliga) a las Partes a conservar y aumentar los sumideros y depósitos de gases de efecto invernadero, entre los que se incluyen aquellos y a impulsar políticas que propicien una gestión forestal sostenible. De hecho, es el único sector que como tal se contempla específicamente.

El máximo exponente de diálogo y cooperación internacional en materia de política forestal a nivel de la UE, que no es otro que el proceso Forest Europe, no ha conseguido en ninguna de sus Conferencias Ministeriales, pese a sus buenas intenciones, cerrar un acuerdo jurídicamente vinculante sobre bosques en Europa, antesala de lo que hubiera sido una política común forestal que hubiese derivado en la aprobación de una Directiva que marcara directrices a todos los Estados miembros. Esto demuestra que la política forestal no logra emanciparse de la agrícola. Y es que una cosa es el maridaje y otra distinta es “ir a remolque de”. Lo que no es de recibo es que la Política Agrícola Común se concentre en las zonas agrícolas más productivas, que de entrada no están amenazadas por la despoblación¹⁷. Pese

¹⁶ COM (2019) 352 final.

¹⁷ MUÑOZ, I., “En primera persona”, *Revista Desarrollo Rural y Sostenible* Núm. 37, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2018, pgs. 6-9. El Decano del Colegio de Ingenieros de Montes, Eduardo Rojas, afirma a lo largo de la entrevista que la PAC actual se mantiene por inercia y por miedo de muchos gobiernos a cambiar el uso del 38% del presupuesto total de la Comisión Europea. En España, el 16% de los fondos de desarrollo rural se destinan a los espacios forestales, lo que supone que solo el 3% de los recursos de la PAC que llegan a España se invierte en el ámbito forestal. Suponen once euros por hectárea y año frente a los 350 destinados a

a todo, en el proceso Forest Europe se reconoce que la gestión activa de los espacios forestales es garantía de su multifuncionalidad así como del incremento de su productividad.

Puntualizamos que a la hora de aprobar la nueva estrategia del sector forestal sí que formó parte del debate con los Estados miembros una directiva marco sobre gestión forestal sostenible. No obstante, no se ha alcanzado un consenso que permita ir más allá de un enfoque voluntario. De nuevo, la ausencia de vinculación jurídica.

Si descendemos un escalón más, llegamos a nuestra Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Su modificación por la Ley 21/2015, de 20 de julio, refleja como uno de sus principios inspiradores “la consideración de los montes como infraestructuras verdes para mejorar el capital natural y su consideración en la mitigación del cambio climático”. Una red de zonas naturales, planificada de forma estratégica, diseñada y gestionada para la prestación de una extensa gama de servicios ecosistémicos. Es decir, sin marginar la vertiente social o ambiental, se acentúa la económica.

Lo que queremos reiterar es que los espacios forestales no deben concebirse como intocables sino que es necesario que se gestionen de forma activa, de tal manera que además de una función de almacenaje de carbono, representen una importante fuente de materiales y combustibles que sustituyan a otros de elevadas emisiones. En definitiva, resulta imprescindible una silvicultura climáticamente inteligente, y éste es el origen de la tan anhelada integración entre clima y energía desde la perspectiva forestal.

Llegados a este punto, es necesario confirmar y actualizar la nueva estrategia de la UE en favor de los bosques y del sector forestal e incluirla dentro del Pacto Verde Europeo, para de esa forma poder cumplir los compromisos políticos comúnmente aceptados en el Acuerdo de París y garantizar la coherencia de las políticas relacionadas con los bosques. Resulta de todo punto esencial que los espacios forestales se posicionen y reclamen el reconocimiento de su contribución al logro de los objetivos y fines de la Unión.

la agricultura. Por otra parte, los impuestos ambientales buscan internalizar los efectos ambientales negativos. Si un recurso como los bosques genera positivos, deberá ser incentivado. Los problemas surgen cuando desde la política ambiental se ha pretendido trasladar los mismos mecanismos que se utilizan para reducir los impactos ambientales a actividades como repoblaciones forestales o aprovechamientos de biomasa, que en realidad están generando servicios ambientales. Es tremendamente injusto e ineficiente.

Recordemos que la UE no dispone ni de una política forestal común ni de unas directrices comunes para las cuestiones relativas a los bosques, por lo que al menos precisa del diseño de una estrategia solvente. El primer apartado de la Comunicación de la Comisión “Una nueva estrategia de la UE en favor de los bosques y del sector forestal”, se encabeza con una frase que da origen a la reflexión: “Europa necesita sus bosques”. Es fácil visualizar la importancia de estos espacios a todos los niveles, aunque en más ocasiones que las deseadas esta realidad se subestime. No nos gustaría que bosques y espacios forestales caminasen con independencia sino integrados.

La Comisión puso en marcha esta estrategia amparándose en los nuevos cambios sociales y políticos que han influido en la concepción que la ciudadanía tiene sobre los bosques y la silvicultura, y en aras a conseguir un equilibrio entre las exigencias que penden sobre los bosques y las amenazas a los que están expuestos; sin olvidar la fragmentación existente entre las políticas forestales de los distintos Estados miembros que de nuevo precisan coordinación. “De tal modo que los servicios ecosistémicos vitales que prestan puedan funcionar correctamente”, máxime cuando benefician tanto a comunidades rurales como urbanas.

Los retos que se plantean pasan por integrar la política forestal con el resto de las políticas sectoriales, que cada vez formulan mayores exigencias respecto a los espacios forestales, en ocasiones, contradictorias. Objetivo que se conseguirá a través de lo que la propia estrategia denomina “un acuerdo sobre una visión estratégica holística de las cuestiones forestales y garantizar que las políticas forestales nacionales tengan plenamente en cuenta las políticas de la UE relacionadas con ellas”¹⁸.

¹⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. Una nueva estrategia de la UE en favor de los bosques y del sector forestal. COM (2013) 659 final.

El Comité Forestal Permanente, el Grupo consultivo de la silvicultura y la producción de corcho, y el Comité consultivo de la política comunitaria en el sector de la madera serán la piedra angular para el desarrollo y el seguimiento de la nueva estrategia. Las ocho áreas prioritarias establecidas en la estrategia son: apoyo a las comunidades rurales y urbanas. Fomento de la competitividad y la sostenibilidad de las industrias forestales, bioenergía, y la economía verde en su conjunto dentro de la UE. Bosques en un clima en evolución. Protección de los bosques y potenciación de los servicios ecosistémicos. ¿Qué bosques tenemos y qué cambios están experimentando? Productos forestales nuevos e innovadores y con valor añadido. Trabajar conjuntamente a fin de conocer mejor nuestros bosques y gestionarlos de forma coherente. Los bosques desde una perspectiva

Veamos a continuación cómo ha avanzado esta nueva estrategia y la evolución que ha experimentado el sector forestal en su camino hacia una economía verde, teniendo en cuenta la corresponsabilidad entre los beneficios obtenidos de manera sostenible y su protección. Simplemente daremos unas pinceladas sobre el informe de revisión intermedia de la Comisión publicado el 7 de diciembre de 2018. La estrategia va bien encaminada hacia la consecución de las prioridades que previamente se había marcado teniendo en cuenta que las medidas forestales adoptadas, al mismo tiempo que benefician al sector forestal, apoyan el desarrollo rural y promueven la prestación de bienes y servicios de forma coherente con las políticas clave en materia de medio ambiente y clima. Y de eso se trata precisamente, de que se integre este sector en el resto. Ya se ha llevado a cabo en la nueva directiva de energías renovables, que por primera vez define la biomasa forestal e incluye criterios de sostenibilidad para la producción de bioenergía. La política de desarrollo rural de la PAC sigue siendo la principal fuente de apoyo para la protección y gestión sostenible de los bosques de la UE. Los Informes LULUCF han significado un progreso importante en términos de potencial de mitigación de los bosques en la UE.

Consideramos que no se trata de una dialéctica simplista sino hacer de la coordinación en todos los ámbitos de la UE relacionados con el sector forestal el principal baluarte y transferirlo a las políticas nacionales. Se trata de intensificar la comprensión de la relación existente entre los espacios forestales y el clima. Para ello, tal y como se establece en este Informe, es necesario comunicar el valor y la importancia de una buena gestión de los bosques a la sociedad y de esa manera poder cumplir los objetivos¹⁹.

Ahora bien, este informe no va más allá de 2020. De hecho, el 15 de abril de 2019, el Consejo adoptó sus conclusiones e instó a la Comisión a que iniciara “una reflexión sobre las posibilidades de una nueva estrategia forestal a partir de 2020” y apostó por un marco estratégico que resultara aplicable a los bosques y al sector forestal en su conjunto²⁰.

global.

¹⁹ Informe de la Comisión sobre los avances en la aplicación de la estrategia forestal de la UE «Una nueva estrategia de la UE en favor de los bosques y del sector forestal» [COM (2018) 811].

Véanse los Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo (DO C 47/87, de 11.2.2020) y el Dictamen del Comité de las Regiones (DO C275 de 14.8.2019, p.5) sobre sobre este Informe.

²⁰ [UNFF11 Council Conclusions CRP 14/04/15 Revisión de la estrategia forestal de la UE: Conclusiones del Consejo](#)

Concluimos: no por ser reiterada deja de ser fundamental recordar la definición de “gestión forestal sostenible” que consiste en la explotación de los bosques y las superficies forestales de tal manera, y con tal intensidad, que se preserven su biodiversidad, productividad, capacidad de regeneración, vitalidad y potencial para cumplir, ahora y en el futuro, funciones ecológicas, económicas y sociales significativas tanto a nivel local y nacional como global, sin ocasionar daños a otros ecosistemas. Conferencia Ministerial para la Protección de los Bosques de Europa, Helsinki, 1993.

Debemos ser capaces de adoptar soluciones concretas y eficaces para que la sostenibilidad no se convierta en un comodín dentro del sector forestal. Mientras tanto, que la naturaleza siga su curso...

4. BIBLIOGRAFÍA

BLASCO HEDO, E. *Propiedad Forestal Privada y Energías Renovables*. Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2015.

CARREÑO, F. Presidente de la Confederación de Organizaciones de Selvicultores de España (COSE). *Revista Desarrollo Rural y Sostenible*, n. 37, 2018.

COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. *Una nueva estrategia de la UE en favor de los bosques y del sector forestal*. COM (2013) 0659 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX%3A52013DC0659&from=ES> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *El Pacto Verde Europeo*. COM (2019) 640 final. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF (Fecha de último acceso 30-04-2020).

COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Intensificar la actuación de la UE para proteger y restaurar los bosques del mundo*. COM (2019) 352 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a1d5a7da-ad30-11e9-9d01->

[01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF](#) (Fecha de último acceso 30-04-2020).

DELGADO URRECHO, J.M. Más allá del tópico de la España vacía: una geografía de la despoblación. En: BLANCO, A.; CHUECA, A.; LÓPEZ-RUIZ, J. A.; MORA, S. (Coords.). *INFORME España 2018 / Cátedra José María Martín Patino de la Cultura del Encuentro*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, Cátedra J.M. Martin Patino, 2018.

DICTAMEN del Comité Europeo de las Regiones. *Aplicación de la estrategia forestal de la UE*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IR0973&from=ES> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

DICTAMEN del Comité Económico y Social Europeo. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — *Avances en la aplicación de la estrategia forestal de la UE "Una nueva estrategia de la UE en favor de los bosques y del sector forestal"*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019AE0969&from=ES> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

DROMI, R. *Gobernabilidad Territorial. Ordenar el espacio con equidad para el desarrollo*. Madrid: Hispania Libros, 2011.

Informe 1/2018. *El medio rural y su vertebración social y territorial*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2018.

Informe Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. *Realización de tareas de evaluación del informe de ejecución anual ampliado de 2019 del Programa Nacional de Desarrollo Rural 2014-2020. Europa invierte en zonas rurales*. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/images/es/evaluacionpndr2019_web_tcm30-523103.pdf (Fecha de último acceso 30-04-2020).

INFORME de la Comisión sobre los avances en la aplicación de la estrategia forestal de la UE. *Una nueva estrategia de la UE en favor de los bosques y del sector forestal* [COM (2018) 811]. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a1d5a7da-ad30-11e9-9d01-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF (Fecha de último acceso 30-04-2020).

- LÓPEZ SANTALLA, A. (Coord.), *Los Incendios Forestales en España. Decenio 2006-2015*. Madrid: Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2019. Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/desarrollo-rural/estadisticas/incendios-decenio-2006-2015_tcm30-511095.pdf (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- MARTÍN MATEO, R. *La Verde energía de la Biomasa*. Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2008.
- MUÑOZ, I. En primera persona. *Revista Desarrollo Rural y Sostenible*, n. 37, 2018.
- PLAN Nacional Integrado de Clima y Energía (borrador actualizado). Disponible en: https://www.miteco.gob.es/images/es/pniec_2021-2030_borradoractualizado_tcm30-506491.pdf (Fecha de último acceso 30-04-2020).

CONFERENCIA DE CLAUSURA



XVIII. Comercio internacional y derecho ambiental

Aldo Milano Sánchez¹

RESUMEN:

El Derecho del comercio internacional, desde sus propios orígenes, se ha fundado en la noción del desarrollo sostenible, lo cual incluye la variable ambiental. De este modo, la construcción del ordenamiento jurídico que gobierna el comercio internacional, ha incluido la obligación de los Estados de velar por la aplicación de su legislación ambiental y, además, de no desmejorarla. De modo paralelo, los distintos instrumentos de Derecho internacional que rigen el comercio exterior, han venido articulando mecanismos de solución de conflictos en caso de incumplimiento de esa obligación o, incluso, del ejercicio ilegítimo de las potestades de imperio que atribuye la normativa interna a los Estados en el ámbito ambiental. De esta forma, se ha encontrado un mecanismo que complementa los mecanismos internos de cada nación, lo que contribuye a la eficacia del Derecho ambiental y que evita su regresión.

ABSTRACT:

International Commercial Law, since its origins, has been predicated upon the promotion of sustainable development, which includes the protection of the environment. Therefore, the construction of the legal system governing international commerce has included the obligation of States to effectively enforce their own environmental norms in addition to not reduce their standards of protection. In parallel, the many International Law instruments governing international commerce have established dispute settlement mechanisms encompassing breaches to these obligations, including the exercise of governmental prerogatives granted by internal legislation to States themselves. In this way, a complementary mechanism to those internal to each State has contributed to the efficacy of Environmental Law and is preventing its regression to lower standards.

¹ Profesor de Derecho Público, Lead University, San José, Costa Rica. Doctor en Derecho, Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnología (ULACIT). Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

PALABRAS CLAVE: Derecho del comercio internacional; Solución de conflictos ambientales

KEYWORDS: International Commercial Law; Environmental dispute settlement mechanisms.

SUMARIO

1. El desarrollo sostenible en los acuerdos multilaterales de comercio de exterior	479
2. Integración regional, tratados de libre comercio y medio ambiente	486
3. Tratados libre comercio: el caso costarricense	489
3.1. La inclusión de obligaciones de los Estados parte, vinculadas a la materia medioambiental.....	492
3.2. La referencia a Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente (ANUMA)	495
3.3. Medidas orgánicas y reglas referidas a solución de controversias	499
3.3.1.- Reglas orgánicas y de solución de controversias en materia ambiental del CAFTA	499
3.3.2. Reglas orgánicas y de solución de controversias en materia ambiental del AACUE	501
4. Conclusiones.....	502
5. Bibliografía.....	504
5.1. Normativa.....	504
5.1.2. Normas de la Organización Mundial del Comercio	504
5.1.2. Tratados de Libre Comercio	504
5.2. Doctrina.....	505
5.3. Documentos institucionales.....	506
5.3. Jurisprudencia.....	506

1. EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN LOS ACUERDOS MULTILATERALES DE COMERCIO DE EXTERIOR

Desde el nacimiento mismo del sistema multilateral de comercio exterior, la consideración de la variable ambiental ha estado presente y expresamente considerada.

En efecto, en el Preámbulo del Acuerdo de Marrakech, mediante el cual se decidió la creación de la Organización Mundial del Comercio, se incluyó la siguiente disposición desde su primer párrafo:

“relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico.”

Como se aprecia, la consideración del desarrollo sostenible y la de la variable ambiental fue expresa y tuvo como objetivo central, procurar que la promoción del comercio internacional, lejos de contribuir a la degradación de los ecosistemas, más bien los tuviera en cuenta mediante su *“utilización óptima”*, de forma que se produjera una convivencia equilibrada tendiente a la mejora de los niveles de desarrollo económico.

Efectivamente, en el mismo momento en que se suscribió el Acuerdo de Marrakech, o Acuerdo sobre la OMC, como es también conocido, se decidió formalizar la *“Decisión sobre comercio y medio ambiente”*, siendo su principal aporte la creación del *“Comité de Comercio y Medio Ambiente”*², al cual se le asignó la tarea de *“establecer la relación existente entre las medidas comerciales y las medidas ambientales con el fin de promover un desarrollo sostenible”*. Además, le corresponde *“...hacer recomendaciones oportunas sobre si son necesarias modificaciones de las disposiciones del sistema multilateral de comercio, compatibles con el carácter abierto, equitativo y no discriminatorio del sistema”*³.

² Véase en detalle la actividad del Comité en [este enlace](#)

³ [Texto íntegro](#). Decisión adoptada el 15 de abril de 1994.

Ahora bien, la consideración de la variable ambiental en el ámbito multilateral del comercio internacional, no termina ahí. En efecto, en el propio acuerdo del GATT⁴, en su artículo XX, dedicado a la regulación de las excepciones generales, se dispone:

“A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

(...)

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales” (...)

g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional”.

Como se aprecia, la norma proporciona dos criterios para valorar la regularidad de medidas que podrían suponer una restricción al comercio internacional, ambas cubiertas por una cláusula “chapeau”.

Para el caso del supuesto previsto en el inciso b), la variable a comprobar es que la medida de protección de la salud, la vida o para preservar los vegetales, sea demostradamente necesaria. Por su parte, en el supuesto del inciso g), lo determinante es que se trata de una medida relativa a la conservación de los recursos naturales agotables.

Esta autorización, con todo, está sujeta a un sucesivo test de regularidad jurídica, en el tanto, conforme a la cláusula “chapeau”, no podrá ser discriminatoria, arbitraria o injustificable.

Interesa señalar que esta posible colisión entre comercio internacional y medio ambiente, ha activado, en múltiples ocasiones, el mecanismo de solución de controversias que el mismo sistema ha previsto⁵, ocasionando pronunciamientos del Órgano de Apelación de la

⁴ [Texto íntegro](#). Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947 y enmiendas posteriormente acordadas).

⁵ Véase al respecto, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (2003), Solución de diferencias, Organización Mundial del Comercio.

Organización Mundial del Comercio, como es el caso de los asuntos Estados Unidos-Gasolina y Brasil-Neumáticos recauchados, en los cuales “*La autonomía de los Miembros de la OMC para determinar sus propios objetivos ambientales ha sido confirmada...*”⁶.

También, en diversas ocasiones, se ha sometido a examen las medidas medioambientales de los Estados, que, se estima, tienen amparo en el inciso g) del artículo XX del GATT antes citado, debate que fue atendido en el asunto Estados Unidos-Camarones⁷, por ejemplo.

Además de los casos antes citados, en el asunto CE-Amianto, en el cual se enfrentaron Canadá y la Unión Europea, se llevó a cabo un examen similar, validándose la medida adoptada por la Unión Europea, al estimarse que resultaba compatible con la regla del artículo XX del GATT.

Como queda en evidencia, al par de la introducción de una regla que dispone los términos en que una medida de restricción del comercio internacional, por razones ambientales, resulta legítima, el sistema multilateral proporciona un mecanismo de resolución de diferencias que ha permitido, para casos concretos, esclarecer, mediante en casos concretos, la correcta interpretación y aplicación de la referida regla, circunstancia de enorme interés, en tanto permite dilucidar los límites a que, en definitiva, están sometidos los Estados para ejercer las potestades de regulación medioambiental que les reconoce sus Ordenamientos jurídicos.

De esa forma, se terminó conformando un mecanismo alternativo, complementario, si se quiere, a los mecanismos de control internos a que está sujeta toda disposición normativa o acto administrativo, en los distintos Estados. Este mecanismo, lejos de debilitar los poderes de los Estados parte para aplicar su normativa ambiental, estimo que la fortalece, en el tanto la somete a exigencias adicionales, como una motivación sólida -necesidad, idoneidad, proporcionalidad-, situación que incide en la eficacia de la normativa medioambiental. Cuanto más fundada y motivada sea una decisión, más posibilidad tiene de satisfacer el fin para el cual fue adoptada.

⁶ [Organización Mundial del Comercio](#).

⁷ OMC, Caso 58 (y 61) de la OMC, Resolución adoptada el 6 de noviembre de 1998.

Otro instrumento del sistema multilateral de comercio exterior que interesa destacar, es el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)⁸. Específicamente, interesa destacar lo que disponen los párrafos 1 a 5 del artículo 2 que dicen, a la letra, lo siguiente:

“Artículo 2: Elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos por instituciones del gobierno central

Por lo que se refiere a las instituciones de su gobierno central:

2.1 Los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país.

2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.

2.3 Los reglamentos técnicos no se mantendrán si las circunstancias u objetivos que dieron lugar a su adopción ya no existen o si las circunstancias u objetivos modificados pueden atenderse de una manera menos restrictiva del comercio.

2.4 Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizará n esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

2.5 Todo Miembro que elabore, adopte o aplique un reglamento técnico que pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros explicará, a petición de otro Miembro, la justificación del mismo a tenor de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del presente artículo. Siempre que un reglamento técnico se elabore, adopte o aplique para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el párrafo 2, y esté en conformidad con las normas internacionales pertinentes, se presumirá, a reserva de impugnación, que no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional.

(...)”

⁸ [Texto íntegro](#)

Como se aprecia, en el párrafo quinto se establece la posibilidad de elaborar un “reglamento técnico” para alcanzar alguno de los objetivos previstos en el párrafo segundo, uno de los cuales es, en lo que interesa, “... la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente...”, potestad, claro está, que ha de considerar los límites previstos en el citado artículo XX del GATT.

Desde otra perspectiva, otra disposición de la OMC que interesa mencionar, es el “Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias”. En el caso de este acuerdo, califica como “no recurrible”, las siguientes subvenciones (art. 8.2 c):

“c) asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos que supongan mayores obligaciones o una mayor carga financiera para las empresas, a condición de que dicha asistencia:

- i) sea una medida excepcional no recurrente; y*
- ii) se limite al 20 por ciento de los costos de adaptación; y*
- iii) no cubra los costos de sustitución y funcionamiento de la inversión objeto de la asistencia, que han de recaer por entero en las empresas; y*
- iv) esté vinculada directamente y sea proporcionada a la reducción de las molestias y la contaminación prevista por una empresa y no cubra ningún aborro en los costos de fabricación que pueda conseguirse;*
y
- v) esté al alcance de todas las empresas que puedan adoptar el nuevo equipo o los nuevos procesos de producción”.*

Como se aprecia, se trata de una medida que, en este caso, apoya el suministro de una subvención para el ajuste a las nuevas tecnologías de las instalaciones industriales, de modo que se reduzca su impacto al ambiente, con lo cual, en definitiva, se procura la compatibilidad de las restricciones comerciales y la meta de un desarrollo sostenible.

Adicionalmente, esta vez mediante el Acuerdo Plurilateral sobre Compras Públicas, la regulación del tema ambiental se traduce en medidas para fomentar las compras verdes por parte de las administraciones públicas.

Efectivamente, en el artículo X del referido Acuerdo, se dispone:

“9. Los criterios de evaluación establecidos en el anuncio de contratación prevista o en el pliego de condiciones podrán comprender, entre otras cosas, el precio y otros factores de costo, la calidad, el valor técnico, las características medioambientales, y las condiciones de entrega.”

Como se aprecia, es claro que se procura, mediante la regla recién transcrita, el fomento de compras públicas con sesgo medioambiental, es decir, que los Estados parte se obliguen a adquirir bienes y servicios ambientalmente equilibrados, regla que ha de relacionarse con las negociaciones de dieciocho miembros de la OMC tendientes a establecer el Acuerdo sobre Bienes Ambientales (ABA), mediante el cual *“...se busca promover el comercio de un cierto número de productos ambientales fundamentales, como las turbinas eólicas y los paneles solares”*⁹.

Resta examinar, en definitiva, la mención de la variable ambiental en el marco de la Ronda de Doha del año 2001, que fue la primera oportunidad en la cual se dio una discusión expresa de las relaciones entre el comercio internacional y el medio ambiente¹⁰. Esa ronda dio lugar a la “Declaración Ministerial de Doha” del año 2001, texto del cual interesa extraer algunas consideraciones útiles para el objeto de esta contribución:

“6. Reafirmamos decididamente nuestro compromiso con el objetivo del desarrollo sostenible, enunciado en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech. Estamos convencidos de que los objetivos de respaldar y salvaguardar un sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio y de actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente. Tomamos nota de los esfuerzos de los Miembros por realizar, sobre una base voluntaria, evaluaciones ambientales a nivel nacional de las políticas comerciales. Reconocemos que, en virtud de las normas de la OMC, no deberá impedirse a ningún país que adopte medidas para la protección de la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales, o para la protección del medio ambiente, a los niveles que considere apropiados, a reserva de la prescripción de que esas medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Acogemos favorablemente la continuación de la cooperación con el PNUMA y otras organizaciones intergubernamentales que se ocupan del medio ambiente. Alentamos los esfuerzos destinados a promover la cooperación entre la OMC y las organizaciones internacionales pertinentes que se ocupan del medio

⁹ [Organización Mundial del Comercio.](#)

¹⁰ [Comercio y Medio Ambiente: la OMC.](#)

ambiente y del desarrollo, especialmente en la preparación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible que se celebrará en Johannesburgo, Sudáfrica, en septiembre de 2002.

(...)

Comercio y medio ambiente

31. Con miras a potenciar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente, convenimos en celebrar negociaciones, sin prejuizar su resultado, sobre:

i) la relación entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA). El ámbito de las negociaciones se limitará a la aplicabilidad de esas normas vigentes de la OMC entre las partes en el AMUMA de que se trate. Las negociaciones se harán sin perjuicio de los derechos que corresponden en el marco de la OMC a todo Miembro que no sea parte en ese AMUMA;

ii) procedimientos para el intercambio regular de información entre las secretarías de los AMUMA y los Comités pertinentes de la OMC, y los criterios para conceder la condición de observador;

iii) la reducción o, según proceda, la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios a los bienes y servicios ecológicos.

Tomamos nota de que las subvenciones a la pesca forman parte de las negociaciones previstas en el párrafo 28.”

(...)

51. El Comité de Comercio y Desarrollo y el Comité de Comercio y Medio Ambiente actuarán, cada uno en el marco de su respectivo mandato, como foro para identificar y debatir los aspectos de las negociaciones relacionados con el desarrollo y el medio ambiente, a fin de contribuir al logro del objetivo de hacer que en las negociaciones se refleje de manera adecuada el desarrollo sostenible.”

Cabe destacar que, conforme al párrafo 31 recién citado, se acordó iniciar negociaciones referidas a las obligaciones comerciales fundadas en la variable ambiental y previstas en acuerdos ambientales internacionales, de modo que se logre evaluar su compatibilidad con aquellas derivadas de los instrumentos internacionales del comercio. Pero, además, en el inciso iii) se decidió potenciar el comercio internacional de “bienes y servicios ambientales” por medio de la eliminación de obstáculos arancelarios y no arancelarios.

En suma, del sistema multilateral de comercio internacional, cabe derivar disposiciones que procuran el fomento del comercio exterior, como instrumento adicional en la estrategia integral del “desarrollo sostenible”, proporcionándose para ello medidas que van desde el examen de regularidad jurídica de las restricciones al comercio por razones medioambientales, hasta el fomento del comercio exterior de bienes y servicios ambientales mediante medidas de desgravación arancelaria que beneficien tanto las compras públicas como las privadas.

2. INTEGRACIÓN REGIONAL, TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

La negociación de temas ambientales en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés), se ha entendido con razón, "...marcó un hito en la historia de las negociaciones de acuerdos comerciales ya que nunca antes se habían incorporado estos compromisos" (Avila, 2011, p.iii).

Un estudio llevado a cabo por la Organización de Estados Americanos¹¹, dejó en evidencia la consideración sistemática de la variable ambiental en diversos acuerdos de integración regional a nivel latinoamericano.

Como ahí se expone, en el caso del MERCOSUR, o Mercado Común del Sur, el cual reúne a la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, inicialmente, y al que se unió luego Venezuela y en el cual Bolivia está en proceso de adhesión, a través de la Decisión 02/01, se aprobó el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, mediante el cual, entre otras medidas, se ratificaron los principios de la Declaración de Río del año 1992, haciéndolos vinculantes como obligaciones propias de cada Estado parte del mercado común.

Además, mediante la decisión CMC 14/04, los Estados parte de este mercado, aprobaron el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR en materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Naturales, con lo cual se amplió el panorama en un ámbito de especial interés en una zona como la latinoamericana, expuesta a múltiples riesgos medioambientales.

Por su parte, en el caso de la Comunidad Andina¹², se han emitido diversas decisiones sobre medio ambiente y el desarrollo sostenible, además de que los Estados parte de esta Comunidad, acordaron someterse a una Agenda Ambiental Andina, la más reciente, de los años 2011-2015.

¹¹ [Comercio y Medio Ambiente: Integración regional y tratados de libre comercio](#)

¹² [Comunidad Andina](#)

Otro caso expuesto en el estudio de la OEA, es el de la CARICOM (Caribbean Community)¹³, organización que reúne, en condición de Estados Miembros, a quince países del área del Caribe y, además, cinco en condición de Miembros Asociados.

En el caso de esa Comunidad, el Tratado Revisado de Chaguaramas establece, en su artículo 58, lo siguiente:

"1. La Comunidad adoptará medidas eficaces para ayudar a los Estados miembros en la gestión de sus recursos naturales en apoyo de la transformación y el desarrollo sostenible en el sector agrícola. 2. Sin perjuicio a la generalidad del párrafo 1 y a las obligaciones de los Estados miembros en virtud de los acuerdos internacionales existentes, la Comunidad adoptará medidas para: ... (b) la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos biológicos de los Estados miembros, especialmente los de importante valor medicinal y tradicional".

Finalmente, en el estudio antes referido, se menciona el caso del Sistema de Integración Centroamericana (SICA)¹⁴, cuyos Estados miembros suscribieron el Tratado de la Integración Social Centroamericana, o Tratado de San Salvador, del año 1991.

El Tratado, suscrito por los Estados de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, postula, en el artículo 6, como uno de sus principios cardinales, el siguiente:

"b) El concepto de la persona humana, como centro y sujeto del desarrollo, lo cual demanda una visión integral y articulada entre los diversos aspectos del mismo, de manera que se potencie el desarrollo social sostenible".

Además, en el artículo 7, se incluye el siguiente principio al cual se someten los Estados parte:

"c) Propiciar en forma armónica y equilibrada el desarrollo social sostenible de los Estados Partes y de la Región en su conjunto, sustentado en la superación de la pobreza, la participación social y la protección del ambiente."

¹³ [Web del CARICOM.](#)

¹⁴ [Web del SICA](#)

Aunque no es objeto de consideración en el estudio de la OEA antes aludido, en la Alianza del Pacífico, iniciativa económica y de desarrollo que nace como acuerdo entre cuatro países latinoamericanos, Chile, Colombia, México y Perú y que tiene un total de cincuenta y nueve Estados de todos los continentes del globo terráqueo, en condición de observadores, también se han considerado reglas relativas a la materia medioambiental, específicamente, en el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco. En efecto, además de establecerse las reglas propias de un acuerdo tendiente a desarrollar una Zona de Libre Comercio, en el artículo 8.20 “Excepciones”, se previó lo siguiente:

“2.- Siempre y cuando estas medidas no se apliquen de modo que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes, o impliquen una restricción encubierta al comercio entre las Partes, ninguna disposición del presente Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener las medidas:

(...)

(b) necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal o vegetal, incluidas las medidas medioambientales...”

Además, se establece en el párrafo 6 del artículo 8.6 “Especificaciones Técnicas”, que la regla prevista en el párrafo primero de la misma norma, el cual impide a los Estados preparar, adoptar o aplicar “especificaciones técnicas” o algún “procedimiento de evaluación de la conformidad con el propósito o el efecto de crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes”, “Para mayor certeza (...) no pretende impedir a una entidad preparar, adoptar, o aplicar especificaciones técnicas para contribuir a la conservación de los recursos naturales o proteger el medio ambiente”.

Este Protocolo, sin embargo, contiene reglas que llaman la atención, puesto que se refieren a obligaciones concretas que asumen los Estados parte, las cuales interesa destacar con detalle.

Se trata de disposiciones incluidas en la Sección C, denominada “Condiciones Complementarias”.

La primera regla que interesa destacar, es la contenida en el párrafo 2 del artículo 10.30 “Políticas de Responsabilidad Social”, que indica:

“2. Cada Parte fomentará que las empresas que operan dentro de su territorio o sujetas a su jurisdicción, incorporen voluntariamente en sus políticas, estándares de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean apoyadas

por las Partes. Las Partes recuerdan a esas empresas la importancia de incorporar dichos estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas, incluyendo entre otros, estándares en materia de derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia y fiscalidad.”

Por su parte, el artículo 10.31, señala:

“Artículo 10.31: Inversión y Medidas sobre Salud, Medioambiente y otros Objetivos Regulatorios 1. Nada de lo dispuesto en el presente Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con el presente Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia de salud, medioambientales u otros objetivos regulatorios. 2. Las Partes reconocen que no es adecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas relacionadas con salud, medio ambiente u otros objetivos regulatorios. En consecuencia, ninguna Parte deberá renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, flexibilizar u ofrecer renunciar flexibilizar o derogar dichas medidas como medio para incentivar el establecimiento, la adquisición, la expansión o la conservación de la inversión de un inversionista en su territorio.”

Queda así, en clara evidencia, la consideración de la variable medioambiental en estos instrumentos regionales de comercio internacional a nivel latinoamericano, en los cuales, consistentemente, se vincula y somete las políticas de apertura comercial, a las reglas del Derecho ambiental de cada Estado parte, al grado que se disponen obligaciones de no desmejorarla y de aplicarla de modo paritario, medidas que cabe considerar, son expresión del Principio de No Regresión propio del Derecho ambiental.

3. TRATADOS LIBRE COMERCIO: EL CASO COSTARRICENSE

Los acuerdos comerciales, sean tratados de libre comercio (TLC) o tratados bilaterales de inversión (BIT, por sus siglas en inglés), suelen incluir en sus disposiciones, reglas relativas al medio ambiente, en el caso de los últimos, en tanto una medida limitativa de la inversión por parte del Estado receptor, podría ocasionar una diferencia susceptible de ser resuelta mediante el sistema de solución de conflictos usualmente prevista en estos instrumentos.

No obstante, por razones de espacio, de seguido se centrará la atención en las disposiciones de los TLC, para cuyo análisis se aprovechará el estudio antes citado de la OEA, el cual sistematiza la evaluación, a partir tres tipos de reglas que, se estima, suelen incluirse en estos tratados, a saber:

- la inclusión de obligaciones de los Estados parte, obligaciones que se caracterizan, a su vez, así: cumplimiento de la normativa nacional (C); cooperación entre los Estados (CP); garantías procesales (PG); rechazo al uso de normas medioambientales con fines proteccionistas (R) o bien, para favorecer a la producción nacional o para atraer inversiones (W) (3.1)
- referencia a Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente (ANUMA) (3.2) y, finalmente,
- reglas referidas a solución de controversias, distinguiendo entre aquellas que prevén el acceso a un mecanismo de solución de controversias (para aplicar efectivamente las leyes ambientales nacionales) (DS); ponen a disposición la posibilidad de iniciar consultas (CON); establecen un mecanismo de peticiones ciudadanas; consideran la posibilidad de que grupos independientes rindan informes (REP); la alternativa de que se imponga una sanción pecuniaria al Estado incumpliente (MON) o bien, que se adopten sanciones comerciales (AV) (3.3).

Este conjunto de medidas, es decir, la obligación de aplicar la legislación ambiental, la prohibición de la regresión en la misma normativa, asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales ambientales, la creación de mecanismos de participación ciudadana y medidas de transparencia, así como las medidas de cooperación entre los Estados parte, tiene como fin último, evitar que producto de las asimetrías en la aplicación de la normativa ambiental de los Estados parte, los intercambios comerciales y de inversión se vean afectados por un “dumping ambiental”. Es decir, que la competitividad de los productos o servicios de un determinado país, deriva en parte de que el Estado carece de capacidad suficiente para aplicar de modo eficiente y eficaz la normativa ambiental, incapacidad que se vería reflejada en menores costes operativos. Lo mismo podría presentarse en el caso de la atracción de inversiones, siendo que una exigua capacidad de aplicar la legislación ambiental, podría representar un incentivo perverso para el inversionista que vería en esa debilidad, la forma de disminuir costes.

Así las cosas, el estudio se dedicó a evaluar los contenidos de los TLC en vigor en el caso de Costa Rica, ello conforme a la metodología del referido estudio de la OEA. Cumplida la labor, este es el resultado obtenido:

Tabla 1⁵: (Continúa en la página siguiente) Fuente: Organización de Estados Americanos, Sistema de Información sobre Comercio Exterior y elaboración propia.

Acuerdo	Obligaciones	Ref. a los ANUMAs	Solución de diferencias
Tratado General de Integración Económica Centroamericana (1960)	No	No	No
TLC entre CA y RD (1998)	C, R, W	Si	DS, CONS, AV
TLC CA y Chile (2001)	No	No	No
TLC Costa Rica, Canadá (2001)	C, CP, PG, W	Si	DS, CONS, CIT
TLC CA y Panamá (2002)	No	Si	No
TLC RD-CA-EEUU (2004)	C, CP, PG, W	Si	DS, CON, CIT, REP, MON
TLC CR CARICOM (2004)	No	No	No
TLC CR Rep. Pop.China (2010)	C, CP ¹⁶ , R, W	No.	No
TLC México, CR, ES, Guatemala; Hn; Nicaragua (2011)	R, W.	No	No
Acuerdo Asoc. CA y la UE (2013)	C; CP; PG; R;W	Si	DS; CON; REP.
TLC CR Perú (2013)	R,W,	No	No

¹⁵ Siglas: AELC: Asociación Europea de Libre Comercio. CA: Centroamérica. ES: El Salvador. HN: Honduras. RD: República Dominicana. UE: Unión Europea.

¹⁶ Al amparo del Memorandum de Entendimiento y Cooperación Laboral y Ambiental entre las autoridades de Costa Rica y China.

Tabla 1: (Continuación) Fuente: Organización de Estados Americanos, Sistema de Información sobre Comercio Exterior y elaboración propia.

TLC CR Singapur (2013)	CP; R	No	No
TLC entre los Estados AELC y CA (2014)	C, CR, R,W	Si	DS, CON, AV
TLC entre CA y la Rep. de Corea del Sur (2019)	C,CP,PG,	Si	CON

La tabla deja en evidencia varios aspectos de interés. El primero es que, en su momento, la variable ambiental estuvo totalmente ausente en los acuerdos comerciales, como fue el caso del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (1960), lo que se explica por el momento histórico en el cual se negoció.

Otra evidencia que aflora, es que no existe una clara evolución en cuanto al contenido de los acuerdos. Es decir, no es posible determinar una tendencia clara. En algunos casos, los acuerdos incluyen múltiples obligaciones vinculadas a lo medioambiental, pero luego en otros esa intensa regulación disminuye.

No cabe duda de que, por otra parte, el CAFTA es el acuerdo que, de modo más intenso y sistemático, regula la materia ambiental, seguido por el AACUE.

Dicho esto, seguidamente, respetando el espacio con que se cuenta para desarrollar este estudio, se entra a valorar algunas de las disposiciones identificadas en los TLC evaluados.

3.1. La inclusión de obligaciones de los Estados parte, vinculadas a la materia medioambiental

Como resultado del análisis detallado de los distintos TLC suscritos por Costa Rica, el estudio permitió comprobar que, en algunos casos, los Estados se obligan a velar por el fiel cumplimiento de la normativa nacional que tienen en vigor al momento de suscribir el Tratado.

Ese es el caso, por ejemplo, del TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Los Estados Unidos de América, (CAFTA por sus siglas en inglés). El tratado, para el caso costarricense, entró a regir el 1 de enero de 2009, al ser aprobado mediante Ley No. 8222 de 21 de noviembre de 2007, publicada en el Diario Oficial, Alcance No. 40 del 21 de diciembre de 2007.

En este Tratado en concreto, se da la especial situación de que dedica todo uno de sus capítulos a la materia ambiental. Se trata del capítulo décimo séptimo denominado “Ambiental”, en el cual destacan, para lo que ahora se comenta, los artículos 17.1 “Niveles de Protección” y el 17.2 “Aplicación de la Legislación Ambiental”. En el caso de la primera norma, se dispone la obligación de los Estados parte de garantizar que *“...sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas”*. Es decir, no sólo se dispone el claro deber de proporcionar *“...altos niveles de protección ambiental”*, sino que, además, se incluye el de procurar *“mejorar esas leyes y políticas”*. Sucesivamente, el artículo 17.2 antes aludido, en su párrafo 1, inciso a), dispone que:

“Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado”.

Esta forma de regular la obligación de aplicar la normativa ambiental, ha sido objeto de atención doctrinal, específicamente, Cabrera Medaglia (2005) se ha referido al tema, señalando que la forma en que ha sido formulada la obligación general antes referida, *“obedece a la necesidad de respetar la soberanía y al reconocimiento de las diferentes prioridades y condiciones ambientales que pueden existir en cada Parte”*¹⁷. El autor citado resalta un aspecto que, en efecto, resulta de claro interés, a saber, que:

*“la redacción se refiere no solo a proporcionar altos niveles de protección, sino que menciona de forma expresa al estímulo, lo cual se conecta directamente con los mecanismos indicados en el artículo 17. 4 relacionados con las medidas voluntarias para mejorar el desempeño ambiental. Igualmente, cada Parte puede modificar su normativa ambiental vigente, con el único calificativo de que dichas reformas deben orientarse a otorgar altos niveles de protección”*¹⁸.

¹⁷ Medaglia, Jorge. (2005). El tratamiento de los temas ambientales en el TLC.

¹⁸ Idem. El autor señala, con razón, que *“Esta ausencia de una obligación específica y cuantificable de adoptar o armonizar*

Otra consideración relativamente común en materia ambiental en los TLC, es la de acordar la cooperación entre los Estados. En el caso costarricense, esa práctica inicia con el TLC con Canadá, el cual incluyó un “Acuerdo de Cooperación Ambiental”, aprobado mediante la Ley No. 8286, acuerdo que valida la posición costarricense, de ese momento, de procurar acuerdos puramente cooperativos y no prescriptivos, como luego sucedió en el caso del CAFTA recién referido.

En el caso del Acuerdo de Cooperación Ambiental en comentario, destaca la siguiente disposición:

“Artículo 8.- Cooperación intergubernamental

1.-Las partes podrán desarrollar programas de actividades de cooperación que involucren al público y a expertos según convenga, para fomentar el logro de los objetivos de este acuerdo. El Anexo I establece una lista indicativa de posibles áreas de cooperación entre las partes.

2.-Los fondos para las actividades de cooperación se dispondrán sobre la base de un sistema mutuamente acordado de caso por caso.”

La previsión de garantías procesales en el caso de diferencias relacionadas con el tema medioambiental, es también, en algunos supuestos, objeto de atención, como sucede en el caso del CAFTA, cuyo artículo 17.3 “Reglas de Procedimiento”, incluye el deber de cada Parte de garantizar que “...los procedimientos judiciales, cuasijudiciales o administrativos, de acuerdo con su legislación, se encuentren disponibles, para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental”, siendo por ello deber de los Estados parte, el velar por que se trate de procedimientos “...justos, equitativos y transparentes y para este fin, deberán cumplir con el principio del debido proceso y estar abiertos al público...” -art.17.3.1.a).

Quizá más recurrente es la inclusión de disposiciones que, expresamente, rechacen el uso de normas medioambientales con fines proteccionistas, lo cual suele hacerse con la mención del comentado artículo XX del GATT, tal y como sucede en el caso del TLC con Perú, aprobado por Costa Rica mediante Ley No. 9133 de 25 de abril de 2013, así como el TLC con Panamá

la legislación tiene diversas explicaciones. Una de las más relevantes se relaciona con la soberanía de cada país para determinar sus propios niveles de protección ambiental, de acuerdo a sus prioridades y particularidades del desarrollo. Por otra parte, la conveniencia de armonizar legislación o estándares ambientales ha sido igualmente cuestionada, excepto por la necesidad de contar con un “piso mínimo” de marcos legales e institucionales, más allá del cual cada país puede determinar sus estándares ambientales.”

vigente desde el 24 de noviembre de 2008, al ser aprobado mediante la Ley No. 8675 de 16 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial, Alcance No. 42 del 24 de octubre del mismo año.

Finalmente, otra obligación que se suele asumir, es el impedimento de favorecer la atracción inversión extranjera directa (IED), mediante la flexibilización, desaplicación o desmejoramiento del nivel de protección medioambiental, lo que se pudo comprobar que es el caso del TLC con Perú, cuyo artículo 12.8 “Medidas medioambientales”, señala lo siguiente:

“Artículo 12.8: Medidas Medioambientales

1. Las Partes reconocen que es inapropiado promover la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental nacional. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

2. Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.”

La medida, claramente, procura evitar una competencia desleal en la atracción de la inversión extranjera, de modo que la decisión de recalar en una determinada economía, no vaya acompañada del beneficio que significa reducir los costes de producción a partir de una normativa medioambiental laxa.

3.2. La referencia a Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente (ANUMA)

A partir de la referida Ronda de Doha, la consideración de los ANUMA y, en concreto, las obligaciones comerciales que derivan de algunos de ellos, ha venido creciendo.

Así las cosas, según el estudio llevado a cabo al respecto, se pudo comprobar que, en los TLC de los que es parte Costa Rica, en cinco casos se hace una expresa referencia a los ANUMA en los términos que se referirá de seguido.

El primer supuesto a analizar, conforme a un criterio cronológico, es el caso del TLC formalizado con República Dominicana, el cual entró a regir el 7 de marzo de 2002, al ser aprobado mediante la Ley No. 7882 del 9 de junio de 1999, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 132 de 8 de julio de 1999. Efectivamente, en el artículo 13.02.2 “Ámbito de aplicación”, se establece que *“Las Partes confirman sus derechos y obligaciones vigentes emanados del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio del Acuerdo sobre la OMC y de los demás Tratados Internacionales, de los cuales las Partes sean parte, incluidos los Tratados sobre salud, ambiente y conservación y protección a los consumidores”*, disposición que se ratifica en el artículo 20.02.1.

En el caso del TLC con Canadá, el artículo I.4, denominado *“Relación con Tratados en Materia Ambiental y de Conservación”*, se incluye una regla para determinar cuál sería la solución de presentarse una incompatibilidad entre disposiciones contenidas en tres acuerdos internacionales en materia ambiental con incidencia comercial, a saber:

- la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, con sus enmiendas del 22 de junio de 1979;
- el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, celebrado en Montreal, el 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas del 29 de junio de 1990; o
- el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, celebrado en Basilea, el 22 de marzo de 1989,

Para esos casos, se dispone que las obligaciones *“específicas en materia comercial”* que incluyan esos acuerdos, *“...prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones de este Tratado”*.

El tercer caso es el TLC con Panamá, vigente desde el 24 de noviembre de 2008, al ser aprobado mediante la Ley No. 8675 de 16 de octubre de 2008, publicado en el Diario Oficial, Alcance No. 42 del 24 de octubre del mismo año. Efectivamente, en el artículo 1.04.1, se incluye la siguiente regla:

“3. En caso de incompatibilidad entre este Tratado y las obligaciones específicas en materia comercial contenidas en:

a) la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973, con su enmienda del 22 de junio de 1979;

b) el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono, celebrado el 16 de septiembre de 1987, con su enmienda del 29 de junio de 1990; o

b) el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, celebrado el 22 de marzo de 1989;

estas obligaciones prevalecerán en la medida de la incompatibilidad siempre que, cuando una Parte tenga la opción entre medios igualmente eficaces y razonablemente a su alcance para cumplir con tales obligaciones, elija la que presente menor grado de incompatibilidad con las demás disposiciones de este Tratado”.

En el caso del CAFTA, también se incluye una regla relativa a la “Relación con los Acuerdos Ambientales”, regla prevista en el artículo 17.12 y que dice:

“Artículo 17.12: Relación con los Acuerdos Ambientales

1. Las Partes reconocen que los acuerdos ambientales multilaterales, de los cuales todos son parte, juegan un papel importante en la protección del ambiente a nivel global y nacional, y que la importancia de la implementación respectiva de estos acuerdos es fundamental para lograr los objetivos ambientales contemplados en estos acuerdos. Las Partes además reconocen que este Capítulo y el ACA pueden contribuir para alcanzar los objetivos de esos acuerdos. En este sentido, las Partes continuarán buscando los medios para aumentar el apoyo mutuo a los acuerdos ambientales multilaterales de los cuales todos forman parte y de los acuerdos comerciales de los cuales todos forman parte. 2. Las Partes podrán consultar, según sea apropiado, sobre las negociaciones en curso dentro de la OMC sobre los acuerdos ambientales multilaterales.”

Finalmente, en el AACUE antes citado, la temática es detalladamente cubierta mediante el artículo 287, titulado “Estándares y acuerdos medioambientales multilaterales”, disposición que prescribe lo siguiente:

“2. Las Partes reafirman su compromiso de implementar efectivamente en su legislación y en la práctica los acuerdos medioambientales multilaterales de los que son parte, incluidos:

a) el Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono;

- b) el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación;*
 - c) el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes;*
 - d) la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (en lo sucesivo, "CITES");*
 - e) el Convenio sobre la Diversidad Biológica;*
 - f) el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica; y*
 - g) el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.*
- 3. Las Partes se comprometen a asegurarse de que habrán ratificado, para la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, la Enmienda del artículo XXI de la CITES, adoptada en Gaborone (Botsuana) el 30 de abril de 1983.*
- 4. Las Partes también se comprometen, en la medida que no lo hayan hecho, a ratificar e implementar efectivamente, a más tardar para la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, el Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional.*
- 5. Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir la adopción o la aplicación por cualquier Parte de medidas para implementar los acuerdos a los que se refiere el presente artículo, siempre que tales medidas no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre países en los que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional.”*

Tal y como se aprecia, es posible descifrar una clara evolución en los términos en que se regula la relación de los acuerdos multilaterales ambientales, con los citados tratados de libre comercio.

En un primer momento, las disposiciones se limitaron a regular cuáles disposiciones comerciales prevalecen en caso de que se presentara una incompatibilidad entre las reglas de un acuerdo ambiental y las de uno de carácter comercial. Es decir, regular las fricciones entre las disposiciones ambientales y las comerciales.

Con todo, tanto en el caso del CAFTA así como en el caso del AACUE, ese tratamiento varió sustancialmente, al optarse por acordar el deber de las partes de cumplir con las obligaciones de los acuerdos ambientales multilaterales circunstancia que representa un notorio avance para asegurar mayor eficacia de normalmente ayunos de mecanismos de

coerción o sanción en caso de incumplimiento de sus obligaciones. Como se comentará de seguido, precisamente los acuerdos en estudio han previsto múltiples mecanismos para velar por el cumplimiento de las obligaciones acordadas por los Estados parte.

3.3. Medidas orgánicas y reglas referidas a solución de controversias

Tanto en el caso del CAFTA (3.3.1), como en el caso del AACUE (3.3.2), las medidas en el ámbito ambiental incluyen la creación de órganos, así como un mecanismo para solución de controversias.

3.3.1. Reglas orgánicas y de solución de controversias en materia ambiental del CAFTA

Seguidamente se evaluará la forma en que se abordaron esos dos aspectos. En el caso del CAFTA, el artículo 17.5 dispone la creación del Consejo de Asuntos Ambientales, órgano colegiado integrado por representantes de cada país y que tendrá como tarea “...supervisar la implementación y revisar el avance de acuerdo con este Capítulo y considerar el estado de las actividades de cooperación desarrolladas de acuerdo con el Acuerdo de Cooperación Ambiental...”. En el párrafo 4 de esa norma, se establece que “Con el propósito de compartir enfoques innovadores para tratar asuntos ambientales de interés del público, el Consejo asegurará que exista un proceso para promover la participación pública en su labor, que incluya la realización de un diálogo con el público acerca de estos asuntos”. Por otra parte, por regla general, las decisiones del Consejo deberán hacerse públicas (17.6).

En cuanto a las diferencias que pudieran presentarse en virtud del incumplimiento de la obligación de aplicación efectiva de la legislación ambiental de cada Estado parte, el artículo 17.7 prevé la posibilidad de las “Comunicaciones” inter partes. Previo análisis de admisibilidad, de ser superado, la “comunicación” se remitirá a la Parte presuntamente incumpliente, debiendo ser atendida en un plazo entre 45 y 60 días posteriores a la entrega. Dependiendo de la respuesta y pruebas aportadas al atenderse la audiencia, el Consejo de Asuntos Ambientales podrá optar por elaborar un “expediente de hechos”, del cual podría derivar recomendaciones a la Comisión de Cooperación Ambiental, “...incluyendo recomendaciones relacionadas con el ulterior desarrollo de los mecanismos de la Parte referentes al monitoreo de la aplicación de la legislación ambiental” (art. 17.8.8).

Otra vía prevista en caso de diferencias por la ineficaz aplicación de la legislación ambiental por uno de los Estados parte, está prevista en el artículo 17.10 “Consultas Ambientales Colaborativas”. En efecto, según dispone esa norma, en esos casos, *“Las Partes consultantes realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto...”* (17.10.3) y en el caso de que no logren resolver la disputa, queda abierta la posibilidad de convocar al Consejo antes referido o bien acudir a mecanismos de mediación o conciliación por medio de la Comisión Buenos Oficios, Conciliación y Mediación regulada por el artículo 20.5, además de poderse recurrir al arbitraje como mecanismo heterocompositivo de solución de controversias que prevé el Capítulo 20 del Tratado.

En el caso de que se opte por la solución arbitral del conflicto, según dispone el artículo 17.11.3, *“...el grupo arbitral deberá estar integrado exclusivamente por árbitros que reúnan los requisitos del párrafo 2”*, es decir, entre otros, *“tener conocimientos especializados o experiencia en derecho ambiental o en su aplicación, en comercio internacional, o en solución de controversias derivadas de tratados comerciales o ambientales internacionales”*.

Como puede apreciarse, se ha previsto una verdadera panoplia de mecanismos para solucionar el conflicto que podría derivar del incumplimiento de la obligación de aplicar, efectivamente, la legislación ambiental, incluyendo la vía arbitral prevista en el Capítulo 20 del CAFTA.

Es decir, un instrumento de comercio internacional, para algunos de modo paradójico, termina suministrando un mecanismo supra estatal capaz de asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental, mecanismo suplementario al que cada Estado posee conforme a su Derecho interno.

La sanción a la cual podría exponerse la Parte incumpliente, podría ser la *“...suspensión de beneficios de efecto equivalente con respecto a la Parte demandada”* (art.20.16.2) e inclusive, una *“contribución monetaria”* (art.20.16.6) que en el caso de Costa Rica podría llegar al monto de quince millones de dólares, suma que deberá ser invertida en solucionar el incumplimiento específico (art. 20.17).

3.3.2. Reglas orgánicas y de solución de controversias en materia ambiental del AACUE

En el caso del acuerdo con la Unión Europea, el artículo 294¹⁹ crea la Junta de Comercio y Desarrollo Sostenible, encargada de supervisar la implementación de las disposiciones del Tratado en el capítulo de “Comercio y Desarrollo Sostenible”, así como las actividades de cooperación en ese mismo campo.

El artículo 295²⁰, por su parte, regula el funcionamiento del “Foro de Diálogo de la Sociedad Civil”, el cual está integrado por representantes medioambientales, económicos y sociales, debiéndose tratar los aspectos relacionados con el desarrollo sostenible y el comercio internacional.

Ahora bien, de existir una falta de una Parte en cumplir con las obligaciones establecidas en virtud de los artículos 286, apartado 2; 287, apartados 2, 3 y 4; y 291, queda abierta la posibilidad de que un Panel de Expertos formule “*recomendaciones no vinculantes para solucionar el asunto*”, si bien en caso de “*cuestiones relacionadas con la aplicación de la legislación, el mandato del Panel de Expertos será determinar si existe una falta sostenida o recurrente de una Parte al implementar efectivamente sus obligaciones*”.

¹⁹ Según el párrafo 3 del citado artículo “La Junta de Comercio y Desarrollo Sostenible se reunirá durante el primer año a partir de la fecha en que el presente Acuerdo entre en vigor, y posteriormente cuando sea necesario, para supervisar la implementación del presente título, incluidas las actividades de cooperación realizadas en virtud del título VI (Desarrollo económico y comercial) de la parte III del presente Acuerdo. Las decisiones y recomendaciones de la Junta serán adoptadas por acuerdo mutuo entre las Partes y serán puestas a disposición del público, a menos que la Junta decida otra cosa.

Para el caso de la solución de controversias referidas al incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 286.2; 287.2; 287.3; 287.4 y 291, se ha previsto en los artículos 296 y 297, en su orden, las Consultas Gubernamentales y el Panel de Expertos.”

²⁰ Dice la norma: “1. Las Partes acuerdan organizar y facilitar un Foro birregional de Diálogo de la Sociedad Civil para un diálogo abierto, con una representación equilibrada de los actores medioambientales, económicos y sociales. El Foro de Diálogo de la Sociedad Civil llevará a cabo un diálogo que abarque los aspectos del desarrollo sostenible de la relación comercial entre las Partes, así como la forma en que la cooperación puede contribuir a alcanzar los objetivos del presente título. El Foro de Diálogo de la Sociedad Civil se reunirá una vez al año, a menos que las Partes acuerden otra cosa.

2. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, cada reunión de la Junta incluirá una sesión en la que sus miembros informarán al Foro de Diálogo de la Sociedad Civil sobre la implementación del presente título. A su vez, el Foro de Diálogo de la Sociedad Civil podrá expresar sus puntos de vista y opiniones con el fin de promover el diálogo sobre cómo alcanzar de la mejor manera los objetivos del presente título.”

Como resultado de esa intervención y del Informe Final que debe rendirse, según el artículo 301.3,

“Las Partes en el procedimiento, tomando en consideración el informe y las recomendaciones del Panel de Expertos, procurarán discutir las medidas que deban ser implementadas incluyendo, cuando sea apropiado, la posible cooperación para apoyar la implementación de tales medidas. La Parte a la que se dirigen las recomendaciones informará a la Junta de Comercio y Desarrollo Sostenible sobre sus intenciones relacionadas con el informe y las recomendaciones del Panel de Expertos incluso, según sea apropiado, mediante la presentación de un plan de acción. La Junta de Comercio y Desarrollo Sostenible hará un seguimiento de la implementación de las acciones que la Parte haya determinado.”

Como se aprecia, las reglas previstas en el AACUE, como en el CAFTA, dejan abierta una serie de vías con el objeto de que la obligación de aplicar efectivamente la legislación ambiental, tenga mecanismos de coerción que, en muchos casos, no prevén los acuerdos ambientales internacionales y que vienen de complementar los medios de control que cada Estado posee a lo interno.

4. CONCLUSIONES

Desde el nacimiento mismo del sistema multilateral de comercio exterior, la consideración de la variable ambiental ha estado presente y expresamente considerada atendiendo para ello la noción del desarrollo sostenible.

Del sistema multilateral de comercio internacional, cabe derivar disposiciones que procuran el fomento del comercio exterior, como instrumento adicional en la estrategia integral del “desarrollo sostenible”, proporcionándose para ello medidas que van desde el examen de regularidad jurídica de las restricciones al comercio por razones medioambientales, hasta el fomento del comercio exterior de bienes y servicios ambientales mediante medidas de desgravación arancelaria que beneficien tanto las compras públicas como las privadas.

El sistema multilateral de comercio internacional proporciona un mecanismo de resolución de diferencias que ha permitido, para casos concretos, esclarecer cuándo una medida medioambiental es legítima conforme a las disposiciones de la citada norma del GATT,

circunstancia de enorme interés, en tanto permite dilucidar los límites a que, en definitiva, están sometidos los Estados para ejercer las potestades de regulación medioambiental que les reconoce sus Ordenamientos jurídicos.

Del sistema multilateral de comercio internacional, cabe derivar disposiciones que procuran el fomento del comercio exterior, como instrumento adicional en la estrategia integral del “desarrollo sostenible”, proporcionándose para ello medidas que van desde el examen de regularidad jurídica de las restricciones al comercio por razones medioambientales, hasta el fomento del comercio exterior de bienes y servicios ambientales mediante medidas de desgravación arancelaria que beneficien tanto las compras públicas como las privadas.

La consideración de la variable ambiental, en su momento, estuvo totalmente ausente en los acuerdos comerciales, como fue el caso del Tratado General de Integración Económica Centroamericana (1960), lo que se explica por el momento histórico en el cual se negoció.

A partir de la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), se incorporó en múltiples negociaciones de acuerdos comerciales, la consideración de compromisos de naturaleza ambiental, en algunos casos, dedicando todo un capítulo a esa materia.

No existe, sin embargo, una clara evolución en cuanto al contenido de los acuerdos. Es decir, no es posible determinar una tendencia clara. En algunos casos, los acuerdos incluyen múltiples obligaciones vinculadas a lo medioambiental, pero luego en otros esa intensa regulación disminuye o inclusive, desaparece.

No obstante, fue posible comprobar que, en un primer momento, las disposiciones en materia ambiental de los acuerdos comerciales evaluados, se limitaron a regular cuáles disposiciones comerciales prevalecían en caso de que se presentara una fricción entre las reglas de un acuerdo ambiental y las de carácter comercial.

Esta circunstancia evolucionó, aunque no de modo consistente, en el tanto se optó por incorporar reglas de mayor calado, procurando que los Estados parte asumieran la obligación de velar por la aplicación efectiva de la legislación ambiental.

No cabe duda de que el CAFTA es el acuerdo que, de modo más intenso y sistemático, regula la materia ambiental, seguido por el AACUE.

La intensidad de la regulación de la materia ambiental en los tratados de libre comercio, es particularmente efectiva, en los casos en que se decide la inclusión de la obligación, de los Estados parte, de aplicar efectivamente la normativa ambiental interna, así como, en otros casos (AACUE), de aquella que deriva de los acuerdos ambientales multilaterales, circunstancia que representa un notorio avance para asegurar una mayor eficacia en la aplicación de la normativa ambiental interna e internacional, siendo que en el caso de los acuerdos ambientales internacionales, normalmente carecen de mecanismos de coerción o sanción en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

5. BIBLIOGRAFÍA

5.1. Normativa

5.1.2. Normas de la Organización Mundial del Comercio

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947 y enmiendas posteriormente acordadas).

Acuerdo de Marrakech

Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias

Acuerdo Plurilateral sobre Compras Públicas

Declaración Ministerial de Doha

5.1.2. Tratados de Libre Comercio

Tratado Marco de la Alianza del Pacífico

Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico

Tratado de la Integración Social Centroamericana, aprobado mediante Ley No. 7631 de 26 de setiembre de 1996.

- Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y República Dominicana aprobado mediante la Ley No. 7882 de 09 de junio de 1999.
- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana aprobado mediante Ley No. 7882 de 9 de junio de 1999.
- Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Costa Rica, aprobado mediante Ley No. 8286 de 10 de setiembre de 2002.
- Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Comunidad de Estados del Caribe (CARICOM), aprobado mediante Ley No. 8455 de 19 de setiembre de 2005.
- Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de Norteamérica, aprobado mediante Ley No. 8222 de 21 de noviembre de 2007, publicada en el Diario Oficial, Alcance No. 40 del 21 de diciembre de 2007.
- Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Panamá aprobado mediante la Ley No. 8675 de 16 de octubre de 2008.
- Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República Popular de China, aprobado mediante Ley No. 8953 de 21 de junio de 2011.
- Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Singapur aprobado mediante Ley No. 9123 de 22 de abril de 2013.
- Tratado de Libre Comercio entre Perú y Costa Rica aprobado mediante Ley No. 9133 de 25 de abril de 2013.
- Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea (AACUE), aprobado mediante Ley No. 9154 de 11 de julio de 2013.
- Tratado de Libre Comercio entre los Estados AELC y los Estados Centroamericanos, aprobado mediante Ley No. 9232 de 3 de abril de 2014.
- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y la República de Corea aprobado mediante Ley No. 9671 de 18 de marzo de 2019.

5.2. Doctrina

- AVILA, A. *La implementación de las disposiciones medioambientales en los tratados de libre comercio*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, 2001.

CABRERA, J. *Estudios Jurídicos del TLC. La Dimensión ambiental del TLC*. San José: Editorial e Imprenta Lil, 2005.

5.3. Documentos institucionales

CONFERENCIA de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo. *Solución de diferencias, Organización Mundial del Comercio*. Geneva: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo, 2003.

ORGANIZACIÓN de Estados Americanos. *Comercio y Medio Ambiente: Integración regional y tratados de libre comercio*. Washington: Organización de Estados Americanos. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Environment/environmentRTA_s.asp (Fecha de último acceso 30-04-2020).

ORGANIZACIÓN Mundial de Comercio. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envt_rules_exceptions_s.htm (Fecha de último acceso 30-04-2020).

ORGANIZACIÓN Mundial de Comercio. *Acuerdo sobre Bienes Ambientales*. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/ega_s.htm (Fecha de último acceso 30-04-2020).

5.3. Jurisprudencia

Órgano de Apelación, OMC, asunto Estados Unidos-Gasolina. Resolución adoptada el 20 de mayo de 1996. Asunto planteado por Venezuela.

Órgano de Apelación, OMC, asunto No. 58 (y 61), Resolución adoptada el 6 de noviembre de 1998. Asunto planteado por Malasia.

Órgano de Apelación, OMC, asunto No. 135, Resolución adoptada el 5 de abril de 2001. Asunto planteado por Canadá.

Órgano de Apelación, OMC, asunto Brasil-Neumáticos recauchados. Resolución adoptada el 17 de diciembre de 2007. Asunto planteado por la Unión Europea.

PARTE 2:

COMUNICACIONES

XIX. Conexiones entre saneamiento y urbanismo en el Decreto-Ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía

*Belén Burgos Garrido**

Becaria FPI del Departamento de Derecho Administrativo

Universidad de Granada

RESUMEN:

Agua y urbanismo son dos sectores interrelacionados. Mediante la presente investigación se pretende poner de manifiesto esta conexión presente en una de las normas más recientes adoptadas en Andalucía, esto es, en el Decreto-Ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la que se adoptan diversas medidas que inciden de modo notable en el saneamiento de las aguas residuales.

SUMARIO

1. Introducción 509
2. Preceptos del Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la comunidad autónoma de Andalucía que inciden en la materia del saneamiento. 513

* Trabajo realizado en el marco de los Proyectos I+D del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia: DER2017-87789-R “Los servicios urbanos del agua en España y Europa: Retorno a la gestión directa o colaboración público-privada, pero con un efectivo gobierno y control público del servicio” e I+D+i del programa FEDER Andalucía: B-SEJ-444-UGR1 “El ciclo urbano del agua en situaciones de sequía y escasez: medidas preventivas y reactivas.” (IPs. E. Arana García y J. Conde Antequera).

2.1. El nuevo régimen aplicable en Andalucía a las edificaciones irregulares en situación de asimilado a fuera de ordenación no declaradas y su conexión con el saneamiento.....	515
2.2. Referencias al saneamiento de las aguas residuales en el Plan Especial de adecuación ambiental y territorial de agrupaciones de edificaciones irregulares.....	518
3. Conclusiones.....	519
4. Bibliografía.....	520

1. INTRODUCCIÓN

La conexión entre agua y urbanismo es de sobra conocida tanto a nivel popular como jurídico, pudiendo encontrar evidencias de su interrelación siglos atrás. De hecho, GARCÍA RUBIO, llega a afirmar que “la existencia de agua es un elemento consustancial a la urbanización... Este es un hecho no sólo propio de la técnica legislativa urbanística, sino de la propia existencia del hecho urbano como asentamiento civilizado y así deben recordarse las regulaciones romanas al respecto con las figuras de los acueductos y las cloacas”¹. En este sentido, es obvio que las poblaciones se han establecido allí donde se reúnen un mínimo de condiciones necesarias para su subsistencia, entre ellas, que se cuente con los recursos hídricos necesarios.

En relación con lo expuesto, en la actualidad, se considera que para que una ciudad se desarrolle adecuadamente es básico que en ella se presten los servicios relativos al ciclo integral del agua, consistente en las actividades de abastecimiento, saneamiento y depuración. En primer lugar, el abastecimiento reúne las actividades de captación, potabilización, almacenamiento y distribución, de modo que, cuando los ciudadanos abren el grifo de sus viviendas, denbe emanar agua apta para su consumo. En segundo lugar, la actividad de saneamiento conlleva que el agua empleada sea devuelta a su cauce natural en condiciones medioambientalmente sostenibles, ello se logra a través del *alcantarillado*, (recogida de las

¹ GARCÍA RUBIO, F.: *Régimen jurídico de la gestión del agua*, La Ley, Madrid, 2010, p. 179. Asimismo, el citado autor comenta la exigencia del suministro de agua potable y de la evacuación de las aguas para lograr la transformación de los terrenos entre los suelos en situación rural conforme al derogado Texto Refundido 2/2008 en suelo urbanizado.

aguas residuales y su transporte hacia los sistemas de depuración o vertido), y la *depuración* (supresión de las impurezas del agua para devolverla en buenas condiciones al cauce, reduciendo su impacto medioambiental y permitiendo que ésta se destine a usos secundarios). En tercer lugar, la actividad de reutilización consiste en el aprovechamiento del agua para fines distintos al consumo humano². Finalmente, destacar que en el binomio agua-ciudad, otros autores como EMBID IRUJO abogan por emplear la expresión “uso urbano del agua” para aglutinar a todos los posibles usos que se le puede dar al agua en relación con la ciudad, no restringiéndose únicamente al uso de agua como bebida, sino englobando otros usos como el doméstico (cocina y limpieza), industrial, riego de jardines, baldeo o limpieza de calles, o con fines recreativos, de espectáculo u ornamentales³. En este sentido, en diversos artículos hemos analizado cómo desde la óptica del urbanismo se pueden adoptar medidas que afectan a la disponibilidad de agua, como son, con la proyección de jardines y parques, la autorización de piscinas o la urbanización en determinadas zonas, analizando igualmente la ordenación del servicio a través de reglamentos y ordenanzas⁴.

Por otra parte, diversos instrumentos internacionales han remarcado la importancia del saneamiento, así la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución de 28 de julio de 2010 (A/RES/64/292), ha afirmado que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y del resto de derechos⁵ y, en

² La distinción del ciclo del agua en estas tres fases ha sido remarcado por la doctrina, así CARBONEL TALAVERA, J.: “Suministro de agua potable y saneamiento en España” y MORCILLO BERNALDO DE QUIRÓS, F.: “La regulación en España desde la óptica del sector de servicios de agua urbana” ambos en *Agua y derecho. Retos para el siglo XXI*, (Dir.: M. A. Benito López, Edits.: J. Melgarejo Moreno, A. Molina Giménez, y A. Ortega Giménez), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 68 y p. 80 respectivamente.

³ EMBID IRUJO, A.: “El uso del agua. Consideraciones generales.” en *Agua y ciudades* (Dir. A. Embid Irujo), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 26.

⁴ Para un análisis detenido de los municipios de Madrid, Barcelona y Valencia vid. BURGOS GARRIDO, B.: “La ciudad y el reto de la seguridad hídrica”, artículo defendido en el XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2020, [en prensa]. Y para profundizar en la normativa de Logroño, Murcia, Valdepeñas, y Zaragoza, vid. BURGOS GARRIDO, B.: “Los municipios frente a las sequías”, en J. Melgarejo (dir.) y J. P. Fernández-Aracil (coord.), Congreso Nacional del Agua Orihuela. Innovación y Sostenibilidad, Universitat d'Alacant, Alicante, pp. 1579-1591.

⁵ En relación al agua como derecho humano vid. BURGOS GARRIDO, B.: “El derecho humano al agua” en Setenta años de constitución italiana y cuarenta años de constitución española (Dir. Antonio Pérez Miras, Germán M. Teruel Lozano, Edoardo C. Raffiotta y Maria Pia Ladiccico; Volumen II: Derechos Fundamentales,

su Resolución de 6 de octubre de 2010 (A/HRC/RES/15/9) incita a los Estados a que incorporen a sus legislaciones instrumentos adecuados para el acceso a estos servicios⁶.

Por lo que respecta al Ordenamiento Jurídico español, en particular en el tema del saneamiento, se produce la concurrencia de diversos títulos competenciales, así, en este ámbito pueden legislar tanto el Estado, estableciendo la legislación básica en materia de bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), régimen local (art. 149.1. 18 CE), aguas (art. 149.1.22 CE) y medio ambiente (art. 149.1.23 CE), como las CC.AA. desarrollando dicha legislación básica. En este último sentido, en particular, el art. 148.1.10 CE dispone que las CC.AA. podrán asumir competencias en los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales. Asimismo, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), también reconoce en sus arts. 25 y 26 ciertas competencias a los Ayuntamientos en materia de saneamiento⁷.

Coord. Carmen Montesinos Padilla), Madrid, CEPC BOE, 2020, pp. 471 a 489.

⁶ Asimismo debemos destacar que la Directiva 91/271/CEE sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas y la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, incorpora, en su art. 1, entre sus objetivos: la prevención del deterioro de los ecosistemas acuáticos, la promoción de un uso sostenible del agua, la adopción de medidas específicas de reducción progresiva de los vertidos y garantizar la reducción progresiva de la contaminación del agua subterránea y evitar nuevas contaminaciones. Esta Directiva fue traspuesta a nuestro Ordenamiento por el Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas; y, desarrollada por el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo. Ambas normas tienen carácter básico, por lo que muchas CC.AA. han aprobado su propia normativa al respecto. No obstante, queremos centrarnos en las medidas jurídicas de carácter urbanístico que influyen en la temática hídrica.

⁷ En particular, el artículo 25.2.c) LBRL estipula que los Ayuntamientos serán los competentes, en los términos de la legislación del Estado y de las CC.AA., para la evacuación y tratamiento de aguas residuales, por lo que pueden dictar reglamentos y ordenanzas para regular este servicio, como, por ejemplo, las ordenanzas de vertidos. Y, por su parte, el art. 26 LBRL estipula que, en todos los municipios se deberá prestar, el servicio de alcantarillado; en los municipios con población superior a 5.000 habitantes, se encargarán además del tratamiento de residuos; y, en los de más de 50.000 habitantes, de la protección del medio ambiente urbano.

No obstante, este trabajo pretende centrarse en las conexiones entre saneamiento del agua y urbanismo, esto es, en las medidas que pueden adoptar las CC.AA. en ejercicio de su competencia de ordenación del territorio y urbanismo que tienen atribuidas por mor del art. 148.1.3 CE, y que, influyen en la devolución del agua en condiciones óptimas a su cauce natural una vez usada. En relación con esto, la necesidad de coordinación entre las políticas urbanísticas e hídricas ha sido resaltada tanto por diversos instrumentos jurídicos internacionales, entre ellos por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2007) 414 final titulada “Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea” que indica que “la planificación de los usos del suelo es uno de los principales factores de utilización del agua” de modo que una “asignación inadecuada del agua... produce un desequilibrio entre las necesidades y los recursos hídricos existentes.” Igualmente, la doctrina ha resaltado esta necesidad, así, SETUÁIN MENDÍA pone de relieve la “interrelación entre las competencias urbanísticas y territoriales autonómicas y otras muchas que detentan el resto de niveles públicos y que presentan incidencia espacial... Así las cosas, lo que corresponde es destacar su imbricación con la protección de la calidad del agua, ya que el desempeño de aquellas atribuciones materializado en el ejercicio de potestades legislativas y reglamentarias, actuaciones puramente ejecutivas y de preservación hídrica adicionales, si bien alineadas con la establecidas por el legislador de aguas estatal.”⁸ En este sentido, tal y como puso de manifiesto la STC 227/1988, de 29 de noviembre, “los recursos hídricos no sólo son un bien respecto del que es preciso establecer el régimen jurídico de dominio, gestión y aprovechamiento en sentido estricto, sino que constituyen además el soporte físico de una pluralidad de actividades, públicas o privadas, en relación con las cuales la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen competencias tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas: concesiones administrativas, protección del medio ambiente, vertidos industriales o contaminantes, ordenación del territorio, obra públicas, régimen energético, pesca fluvial, entre otros.” Igualmente, EMBID IRUJO ha remarcado que, debido a la pluralidad de instrumentos de planificación, puede producirse una “superposición, duplicación o, incluso, contradicción, entre decisiones que puedan estar presentes en distintos instrumentos de planificación.”⁹

⁸ SETUÁIN MENDÍA, B.: “La distribución de competencias sobre la calidad de las aguas” en *La calidad de las aguas y su regulación jurídica* (Dir. A. Embid Irujo y J. Domínguez Serrano, Isutel, Madrid, 2011, p. 111.

⁹ EMBID IRUJO, A.: “Aproximación a una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos”. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 37, 2017, pág. 12. Al respecto *vid.* también

En definitiva, podemos concluir que a través de la competencia urbanística las CC.AA. pueden adoptar medidas tendentes a proteger la *seguridad hídrica*¹⁰. En particular, en este trabajo vamos a analizar la conexión entre las políticas urbanísticas e hídricas a través de una de las más recientes normas promulgadas en Andalucía, el Decreto-Ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la comunidad autónoma de Andalucía que inciden en la materia del saneamiento.

2. PRECEPTOS DEL DECRETO-LEY 3/2019, DE 24 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA ADECUACIÓN AMBIENTAL Y TERRITORIAL DE LAS EDIFICACIONES IRREGULARES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA QUE INCIDEN EN LA MATERIA DEL SANEAMIENTO

En este punto y, precisamente en ejercicio del título competencial atribuido por el art. 148.1.3 de la CE, por la actualidad del tema, queremos destacar la promulgación del Decreto-Ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante DL).

La adopción de esta norma se justifica porque desde la entrada en vigor de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) han sucedido sin éxito numerosos intentos de regular el tratamiento de las edificaciones irregulares en la normativa urbanística andaluza¹¹ sobre las que ya no cabe ejercer acciones de restablecimiento del orden

EMBID IRUJO, A.: “La planificación hidrológica”, *Revista de Administración Pública*, 123, 1990, p. 141 y ss.).

¹⁰ La seguridad hídrica se define, según la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/70/1 titulada “transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, de 25 de septiembre de 2015, como la provisión de agua en cantidad adecuada y en una calidad aceptable para la salud, el bienestar humano y el desarrollo socio-económico para lograr la producción de bienes y servicios y garantizar la conservación de los ecosistemas, y, se apunta la meta de “garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos” como uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

¹¹ La LOUA ha sido modificada en diversas ocasiones con esta finalidad a través de las siguientes normas, así

jurídico perturbado al haberse superado los plazos establecidos para ello legalmente¹². Destaca el Decreto-Ley en su exposición de motivos que “la ausencia de mecanismos de gestión eficaces ha agudizado la problemática de unas urbanizaciones precarias con infraestructuras insuficientes.” Lo que supone “la existencia de graves riesgos sanitarios originados por vertidos incontrolados debido a la inexistencia de saneamiento”. Lo cierto es que si atendemos al número de edificaciones que se encuentran en situación irregular en Andalucía podemos concluir que el riesgo sanitario y el impacto medioambiental provocado por la falta de saneamiento es extremadamente grave. Según el Análisis-diagnóstico de la ocupación edificatoria en el suelo no urbanizable de Andalucía “durante el período 2009 - 2019, se puede concluir que de un total de unas 500.000 edificaciones existentes en suelo no urbanizable en Andalucía, alrededor de 300.000 edificaciones son irregulares, de las cuales tan sólo han sido declaradas en asimilado a fuera de ordenación y, por consiguiente han podido acceder a los suministros básicos en condiciones mínimas de seguridad y salubridad, un 26% de dichas viviendas.” Ello supone que miles y miles de litros de aguas residuales procedentes de estas edificaciones sean vertidas sin ningún tipo de tratamiento al medio, lo que implica una creciente contaminación de los acuíferos y el deterioro de nuestros recursos hídricos. En nuestra opinión, deben protegerse los caudales ecológicos máxime teniendo en cuenta la singular riqueza medioambiental que presenta Andalucía y que interesa preservar¹³.

cronológicamente por: el Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; la Orden de 1 de marzo de 2013 por la que se aprueban las Normativas Directoras para la Ordenación Urbanística en desarrollo de los artículos 4 y 5 del Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable; y, en los últimos tiempos, por la Ley 2/2018, de 26 de abril, relativa a modificación de la Ley 6/2016, de 1 de agosto, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable. A pesar de lo cual continúan existiendo un elevado número de edificaciones irregulares.

¹² Conforme al art. 185.1 LOUA no pueden adoptarse esas acciones si se superan seis años desde su completa terminación.

¹³ La biodiversidad de Andalucía se hace patente en la existencia de dos parques nacionales (Sierra Nevada y Doñana) y 24 parques naturales (como el de la Sierras de Cazorla, Segura y Las Villas, o Cabo de Gata-Níjar,

Ello ha movido al legislador andaluz a adoptar medidas urgentes para minimizar el impacto territorial, ambiental y paisajístico que provocan las citadas edificaciones. Por lo que a nosotros nos compete el DL hace referencia a dos cuestiones fundamentales relacionadas con el saneamiento son las siguientes: de un lado, instaura en su Título I, el régimen aplicable a las edificaciones irregulares en situación de asimilado a fuera de ordenación no declaradas, y de otro, en su Título II, contempla la posibilidad de aprobar los planes especiales de adecuación ambiental y territorial de agrupaciones de edificaciones irregulares.

2.1. El nuevo régimen aplicable en Andalucía a las edificaciones irregulares en situación de asimilado a fuera de ordenación no declaradas y su conexión con el saneamiento

El DL incorpora el procedimiento para la declaración de la situación de asimilado a fuera de ordenación de las citadas edificaciones irregulares que, como hemos dicho, presenta indudables conexiones con el saneamiento del agua. En particular, nos interesa destacar especialmente que, conforme al art. 3.2 del DL, esas construcciones no podrán acceder a los servicios básicos (como pueden ser el abastecimiento y el saneamiento de agua). Igualmente, puntualizar que no se podrá ejecutar en ellas obra alguna hasta que se haya producido resolución administrativa en la que se reconozca la situación de asimilado a fuera de ordenación. Podemos decir, por tanto, que esta resolución administrativa¹⁴, es el acto formal que abre la puerta a la prestación de estos servicios básicos en este tipo de construcciones¹⁵.

No obstante, ello no significa que mediante este DL se proceda a la legalización, (y, por tanto, al acceso a los servicios de aguas), de todas las construcciones irregulares existentes en territorio andaluz, antes, al contrario, el DL es tajante al instaurar claramente dos excepciones. De un lado, se dejan a salvo aquellos casos donde no se haya cumplido el plazo exigido para adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del

por citar sólo algunos ejemplos), todos ellos de un alto valor ecológico y paisajístico y que constituyen todo un patrimonio medioambiental que ha de ser necesariamente protegido para las generaciones presentes y venideras.

¹⁴ Para la que es competente el Ayuntamiento correspondiente conforme al art. 5 del DL.

¹⁵ En cuanto al procedimiento, esta resolución debe tramitarse y resolverse “conforme a la legislación sobre régimen local y a la del procedimiento administrativo común, a las especialidades establecidas en la normativa urbanística y en este Decreto-ley y, en su caso, conforme a las ordenanzas municipales en la materia.” (art. 5.2 DL).

orden jurídico perturbado (art. 5.3), es decir, aquellos supuestos donde la Administración aún puede actuar contra las citadas edificaciones, por ejemplo, ordenando su demolición. Y, de otro lado, se introduce una segunda excepción que, en cierta medida, y entre otros fines, obedece a razones de índole medioambiental, al exceptuar a las edificaciones irregulares construidas sobre suelos con “riesgos de erosión, desprendimientos, corrimientos, inundaciones u otros riesgos naturales, tecnológicos o de otra procedencia, salvo que previamente se hubieran adoptado las medidas exigidas por la administración competente para evitar o minimizar dichos riesgos.” En este punto, serán los propietarios quienes deberán acreditar que han adoptado dichas medidas emitiendo una declaración responsable en la que expresarán que son conoceros de los riesgos existentes y los asumen¹⁶. Parece que de este modo se pretenden salvar posibles responsabilidades de la Administración autonómica al respecto¹⁷.

Este procedimiento de reconocimiento de la situación de asimilado a fuera de ordenación puede iniciarse tanto de oficio como a solicitud del interesado y, además de la identificación registral de la edificación y fecha de terminación de la construcción, nos interesa destacar que, conforme al art. 6 del DL, se deberá acreditar que la edificación reúne las condiciones mínimas de seguridad y salubridad exigidas para la concesión de habitabilidad o uso al que se destina la concreta edificación mediante certificado de técnico competente. Muy positivo nos parece que tras esta aportación de documentación el Ayuntamiento, deban solicitarse los “informes que resulten procedentes a los órganos y entidades administrativas gestores de intereses públicos afectados”. En este punto consideramos que estos informes se podrán requerir por ejemplo, a las Confederaciones Hidrográficas donde se vaya a realizar el vertido de las aguas, que en el caso andaluz, será de un lado, a las confederaciones hidrográfica de las cuencas intercomunitarias (de competencia estatal) de las demarcaciones hidrográficas del Segura, Guadalquivir y Guadiana; y de otro, a las cuencas intracomunitarias (de competencia exclusiva autonómica) de las demarcaciones hidrográficas del Guadalete y Barbate, del Tinto,

¹⁶ Declaración que se incorporará al Plan Especial conforme al art. 13.c.2º del DL, del que nos ocuparemos después.

¹⁷ Sobre la responsabilidad de la Administración pública en caso de inundación, *vid.* CONDE ANTEQUERA, J.: “La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, 2015, pp. 67-100 y FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración hidráulica en el supuesto de inundaciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 182, pp. 123-158.

Odiel y Piedras y de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas. Igualmente, por otro lado, la gestión por parte de los municipios de los servicios de alcantarillado y tratamiento de las aguas residuales, conforme al art. 85 de la LBRL, puede llevarse a cabo a través de diversas modalidades organizativas: de un modo directo, por la propia entidad local, a través de un organismo autónomo local, de una entidad pública empresarial local o de una sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública; o, mediante una gestión indirecta, a través de las distintas formas previstas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público de 2017, por lo que entendemos que, según el caso, habrá de requerirse el citado informe a unos u otros sujetos.

Por otra parte, con carácter previo a la resolución de reconocimiento el Ayuntamiento podrá ordenar al propietario de la construcción la ejecución de las obras convenientes para garantizar las condiciones mínimas de seguridad y salubridad, otorgándole un plazo máximo tanto para la presentación del proyecto técnico de obras como para su materialización. Entre esas condiciones mínimas de seguridad y salubridad, se contempla la exigencia del saneamiento de las aguas residuales, requiriéndose que la construcción cuente con un sistema de evacuación de aguas que se ha de encontrar en buen estado de funcionamiento, así como con un sistema de depuración que reúna las garantías técnicas necesarias para impedir tanto la contaminación del terreno como de las aguas subterráneas o superficiales. Asimismo, en los supuestos en que ese sistema de saneamiento sea autosuficiente, como puede ser, por ejemplo, el caso de una fosa séptica particular, este sistema deberá estar homologado y contar con los correspondientes contratos de mantenimiento (art. 7 DL)¹⁸.

El procedimiento, termina con una resolución de reconocimiento de la situación de asimilado a fuera de ordenación que indicará, entre otras cuestiones, los servicios básicos que puedan prestarse por las compañías suministradoras (como la de agua) y las condiciones del suministro, siempre que no se requiera la ejecución de más obras que las necesarias para la

¹⁸ Igualmente, se recogen otras condiciones mínimas referentes al sector hídrico como son la exigencia de la estanqueidad y aislamiento necesarias para evitar la presencia de agua y humedades que puedan afectar a la salud de las personas y la existencia de un sistema de abastecimiento de agua. Estos sistemas de abastecimiento, cuando sean autosuficientes, por ejemplo, los realizados mediante pozos, aljibes, balsas u otros medios autorizados, señala el art. 7.1.c, que deberán cumplir con los requisitos contemplados en la normativa de aplicación, salvaguardando en todo caso, la aptitud de estas aguas para el consumo humano.

acometida a las redes de infraestructuras existentes (de hecho las compañías suministradoras deberán acreditar la viabilidad de la conexión en estos términos) y, en caso de no existir redes de infraestructuras para ello, el acceso a los servicios básicos, que se resolverá mediante instalaciones de carácter autónomo y ambientalmente sostenibles (art. 9 DL).

2.2. Referencias al saneamiento de las aguas residuales en el Plan Especial de adecuación ambiental y territorial de agrupaciones de edificaciones irregulares

Por otra parte, el DL incorpora, en su Título II, como novedad, y así lo indica su exposición de motivos, la posibilidad de formular, “sin necesidad de que estén previstos o desarrollen los planes generales o los planes territoriales y, también, en ausencia de estos, Planes Especiales para la adecuación ambiental y territorial de las agrupaciones de edificaciones irregulares... Ello supone no demorar la solución de esos ámbitos hasta la incierta aprobación del futuro plan general y su desarrollo posterior.” Valoramos muy positivamente esta norma dado que ello posibilita que se puedan adoptar medidas de lucha contra la contaminación con independencia de otros instrumentos de planeamiento cuya aprobación puede ser larga y tediosa, en definitiva, supone dar una respuesta rápida a una realidad ya existente.

En este punto, indica el art. 10 del DL que estos planes tienen por objeto “adoptar las medidas pertinentes para el establecimiento de las infraestructuras comunes para la prestación de los servicios básicos para garantizar las condiciones de mínimas de seguridad y salubridad de la población, mejorar la calidad ambiental e integrar territorial y paisajísticamente dichas agrupaciones”. Para su identificación y delimitación dice el DL que se tomará en consideración la densidad edificatoria y que deberá ser sostenible la implantación de las infraestructuras comunes, como puede ser por ejemplo la implantación de redes de abastecimiento de agua. El mismo deberá contener, entre otras cuestiones: la “delimitación de los terrenos estrictamente necesarios para implantar las infraestructuras comunes para la prestación de los servicios básicos y adoptar las medidas que garanticen la mejora de la calidad ambiental” (art. 12.a DL), como puede ser, por lo que respecta al saneamiento, indicar los terrenos dónde se va a llevar a cabo la depuración de las aguas y “las mejoras sobre las infraestructuras existentes y, en su caso, la propuesta de nuevas infraestructuras... para el suministro de los servicios básicos de saneamiento, abastecimiento de agua... necesarias para garantizar las condiciones de seguridad y salubridad. Así como su

conexión con las redes exteriores.” (art. 12.f DL). Todo ello, junto con las medidas correctoras necesarias para minimizar el impacto ambiental, por lo que a nosotros nos interesa, de las aguas residuales. Así, el art. 13 del DL, señala que deberá contener: de un lado, “medidas de mejora de las condiciones de salubridad para evitar que se vea afectada la salud de las personas o se alteren las condiciones medioambientales del entorno. A estos efectos se diseñará la red de evacuación de aguas residuales y el sistema de depuración necesario para evitar la contaminación del terreno y de las aguas subterráneas o superficiales” (art.13.a). Y, de otro, medidas que palien el impacto ambiental ocasionado por la agrupación de las edificaciones irregulares y que provoca la contaminación del agua (art. 13.b.2º).

Para finalizar, señalar que estos planes especiales son de iniciativa y competencia municipal, deben ser sometidos a Evaluación Ambiental Estratégica y a Informe de Evaluación de Impacto en Salud¹⁹ y se podrán formular y aprobar sin el requisito de que se encuentren previstos o desarrollen el Plan General de Ordenación Urbanística o los Planes de Ordenación Territorial (art. 14 DL), por lo que, en nuestra opinión, permiten luchar contra la contaminación de un modo más ágil.

3. CONCLUSIONES

Consideramos que a través del DL 3/2019 agua y urbanismo se revelan como dos sectores íntimamente relacionados cuya existencia discurre paralela.

Observamos que, a través de esta norma, promulgada en ejercicio de la competencia de ordenación del territorio y urbanismo que tienen atribuidas las CC.AA., en base al art. 148.1.3 CE, se despliegan dos mecanismos jurídicos con un claro impacto en el sector hídrico. Estos dos mecanismos son, de un lado, el nuevo régimen aplicable en Andalucía a las edificaciones irregulares en situación de asimilado a fuera de ordenación no declaradas que contempla el requisito del saneamiento entre las condiciones de salubridad requeridas para que se puede efectuar ese reconocimiento. Y, de otro lado, la posibilidad de elaborar planes especiales de adecuación ambiental y territorial de agrupaciones de edificaciones irregulares que permiten la adopción de medidas correctoras para paliar el impacto negativo que ocasiona el vertido de las aguas residuales sin tratamiento al medio receptor.

¹⁹ Conforme a lo establecido en la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, y en virtud de la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía respectivamente.

Analizamos ambos instrumentos podemos concluir que el legislador andaluz con esta norma, ha dado un paso más hacia la consecución de un saneamiento adecuado, y por ende, hacia la protección del medioambiente posibilitando la adopción de medidas tendentes a reducir la contaminación de los acuíferos y el deterioro de nuestros recursos hídricos de un modo más ágil, lo que no podemos sino valorar de forma positiva.

4. BIBLIOGRAFÍA

BURGOS GARRIDO, B. El derecho humano al agua. En: TERUEL LOZANO, G. M.; PÉREZ MIRAS, A.; RAFFIOTA, E. C.; LADICICCO, M. P. (Dir.); MONTESINOS, C. (Coord.). *Setenta años de constitución italiana y cuarenta años de constitución española*. Madrid: CEPC BOE, 2020, pp. 471-489.

- La ciudad y el reto de la seguridad hídrica. Artículo defendido en el XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2020, [en prensa].
- Los municipios frente a las sequías. En: MELGAREJO, J. (Dir.); FERNÁNDEZ-ARACIL, J. P. (Coord.). *Congreso Nacional del Agua Oribeula. Innovación y Sostenibilidad*. Alicante: Universitat d'Alacant, 2019, pp. 1579-1591.

CONDE ANTEQUERA, J. La responsabilidad de la Administración por daños derivados de fenómenos naturales: especial referencia al riesgo de inundación. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45-46, 2015, pp. 67-100.

EMBID IRUJO, A. Aproximación a una teoría general de las sequías e inundaciones como fenómenos hidrológicos extremos. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 37, 2017, pp. 51-98.

- El uso del agua. Consideraciones generales. En: EMBID IRUJO, A. (Dir.). *Agua y ciudades*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, pp. 23-78.
- La planificación hidrológica. *Revista de Administración Pública*, n. 123, 1990, pp.115-152.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F. La responsabilidad patrimonial de la Administración hidráulica en el supuesto de inundaciones. *Revista de Administración Pública*, n. 182, pp. 123-158.

GARCÍA RUBIO, F. *Régimen jurídico de la gestión del agua*. Madrid: La Ley, 2010.

SETUÁIN MENDÍA, B. La distribución de competencias sobre la calidad de las aguas. En:
EMBED IRUJO, A.; DOMÍNGUEZ SERRANO, J. (Dirs.). *La calidad de las aguas y
su regulación jurídica*. Madrid: Iustel, 2011, pp. 85-126.

XX. La evaluación de impacto ambiental de los proyectos mineros: a propósito de la articulación del plan de restauración con la declaración de impacto ambiental¹

Lucía Casado Casado

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Investigadora del Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT)

RESUMEN:

Esta comunicación se centra en la articulación entre la evaluación de impacto ambiental y los planes de restauración en las actividades mineras. En la medida en que ambas técnicas de protección ambiental se proyectan sobre las actividades extractivas y, con arreglo a la jurisprudencia, son perfectamente compatibles entre sí, se analiza la interrelación entre ambos instrumentos y, desde una perspectiva crítica, los mecanismos de articulación actualmente previstos en la normativa vigente.

SUMARIO

1. Introducción 523
2. La sujeción de los proyectos mineros a evaluación de impacto ambiental 524
3. La exigencia de restauración de los espacios afectados por actividades mineras 526

¹ Esta comunicación se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación “La minería extractiva en el siglo XXI: retos jurídicos y ambientales” (referencia DER2016-78393-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dentro del Programa Estatal de I+D+I Orientada a los Retos de la Sociedad, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016, del cual son investigadores principales los profesores Encarnación Montoya Martín y José Luis Rivero Ysern, Catedráticos de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla.

3.1. Precedentes normativos.....	526
3.2. El plan de restauración en la normativa básica estatal	527
4. La articulación de la evaluación de impacto ambiental con el plan de restauración	529
4.1. Las dudas iniciales surgidas bajo la normativa precedente en materia de restauración.....	529
4.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: la compatibilidad entre evaluación de impacto ambiental y plan de restauración	531
4.3. La integración del plan de restauración con la declaración de impacto ambiental en la normativa vigente: las insuficientes previsiones de la normativa básica estatal.....	532
4.4. La integración del plan de restauración con la declaración de impacto ambiental: algunas soluciones establecidas por la normativa autonómica	534
5. Conclusiones.....	535
6. Bibliografía.....	536

1. INTRODUCCIÓN

La existencia de tensiones entre minería y protección del medio ambiente constituye una realidad incontestable y plenamente comprensible, ya que, en ocasiones, en un mismo lugar del territorio, confluyen los intereses de la protección del medio ambiente y los de las actividades extractivas. En un lado de la balanza, se encuentra el desarrollo de la minería, una actividad económica de gran importancia, ya que es proveedora de materias primas de numerosos sectores industriales, imprescindibles para el desarrollo de la economía de un país. Se trata de un sector fundamental para el desarrollo económico y social de las regiones donde opera. En el otro, se hallan los valores ambientales a preservar en determinados ámbitos territoriales, muchos de los cuales deben contar con una protección estricta, dada la existencia de una declaración formal como espacio natural protegido. Como señala JUNCEDA MORENO, “Las explotaciones mineras constituyen una riqueza indudable de la que ningún Estado puede desentenderse, al tiempo de componer, sin duda, una de las actividades industriales más agresoras del medio. La tensión *medio ambiente-desarrollo*², así, ha pasado a primer plano entre los temas más candentes del Derecho Público actual”³.

² La cursiva es del autor.

³ JUNCEDA MORENO, J., *Minería, medio ambiente y ordenación del territorio*, Civitas, Madrid, 2001, p. 351.

Dada la confluencia de estos intereses —el económico, representado por la actividad extractiva, y el ambiental, por la necesidad de preservar determinados espacios— en gran medida contradictorios, es imprescindible buscar su armonización y alcanzar el adecuado equilibrio entre ambos, con el fin de lograr el desarrollo de una actividad minera, gran motor de riqueza y del todo imprescindible, más sostenible, que tenga en cuenta los valores de la protección ambiental. Es aquí donde encuentran su razón de ser las diferentes técnicas de protección ambiental aplicables a las actividades mineras, que “tratan de conjugar y equilibrar esa difícil dualidad entre minería y medio ambiente”⁴. Entre ellas, ocupan un lugar destacado la evaluación de impacto ambiental y los planes de restauración, técnicas compatibles entre sí, como veremos, pero que deben articularse adecuadamente. Precisamente, en la problemática articulación de ambos instrumentos se centra esta comunicación.

2. LA SUJECCIÓN DE LOS PROYECTOS MINEROS A EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La evaluación de impacto ambiental constituye uno de los principales mecanismos de protección ambiental a que se sujetan los proyectos mineros. La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, exige la evaluación de impacto ambiental para determinadas actividades mineras⁵. Concretamente, se sujetan a evaluación de impacto ambiental ordinaria los proyectos incluidos en el Anexo I, grupo 2—dedicado a la “Industria extractiva”— de dicha Ley, para los cuales deberá seguirse el procedimiento establecido en los artículos 33 a 44. Otros proyectos, en cambio, se encuadran dentro del Anexo II, en el grupo 3 —”Perforaciones, dragados y otras instalaciones mineras e industriales”— y se sujetan a evaluación de impacto ambiental simplificada, con arreglo al procedimiento detallado en los artículos 45 a 48⁶. Estas previsiones tienen carácter de legislación básica de

⁴ ARANA GARCÍA, E., “Medio ambiente y actividades extractivas a cielo abierto: algunas cuestiones de su difícil pero necesaria compatibilidad”, *Actualidad Administrativa*, núm. 17, 1999, p. 484.

⁵ Sobre la evaluación de impacto ambiental de las actividades mineras, *vid.* QUINTANA LÓPEZ, T., *Concesión de minas y protección del medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 119-159.

⁶ Sobre la evaluación de impacto ambiental ordinaria y la simplificada, y, en general, sobre la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, *vid.* por todos, *in totum*, GARCÍA URETA, A., “Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, 2014, pp. 317-371;

protección del medio ambiente, por lo que la exigencia de evaluación de impacto ambiental, para estos proyectos, se extiende a todo el territorio nacional.

Además de la normativa estatal, debe tenerse en cuenta la aprobada por las comunidades autónomas que, en ejercicio de sus competencias en materia ambiental, hayan adoptado normas específicas en materia de evaluación de impacto ambiental⁷, ya que, dada su capacidad de dictar normas adicionales de protección, pueden haber incluido otros proyectos de actividades mineras en algunos de los supuestos de evaluación de impacto ambiental ordinaria o simplificada o haber introducido alguna peculiaridad procedimental.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta, en el caso de proyección de actividades extractivas que puedan afectar a espacios integrados en la Red Natura 2000, la exigencia de una adecuada evaluación de los efectos en la conservación del espacio afectado con carácter previo a la aprobación del proyecto, tal y como exige el artículo 6.3 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres —y, en España, el art. 46.4 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad—⁸. La Ley de evaluación ambiental integra esta evaluación ambiental de los proyectos que puedan afectar a espacios de la Red Natura 2000 dentro de los procedimientos de evaluación ambiental que regula con carácter general y contiene algunas previsiones específicas sobre la misma⁹. Por tanto, la evaluación adecuada de repercusiones sobre espacios Red Natura 2000 se realiza a través de los procedimientos de evaluación ambiental regulados con carácter básico en la Ley de evaluación ambiental.

QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), CASARES MARCOS, A. B. (coord.), *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (dir.), *Régimen jurídico de la evaluación ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

⁷ Es el caso, por ejemplo, de Andalucía, Aragón, Canarias, Castilla y León, Extremadura, Madrid y Murcia.

⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* CASADO CASADO, L., “Actividades extractivas y espacios naturales protegidos: la Red Natura 2000”, trabajo recogido en: MONTOYA MARTÍN, E. (dir.), FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M^a Á. (Coord). *Minería extractiva, planificación territorial y urbanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 25-102.

⁹ *Vid.*, en particular, su disposición adicional 7^a, aunque existen otros preceptos de interés en la materia [entre otros, los arts. 6, 7, 8, 35.1.c), 41.2.e) y 45.1.e), así como los Anexos IV y VI].

3. LA EXIGENCIA DE RESTAURACIÓN DE LOS ESPACIOS AFECTADOS POR ACTIVIDADES MINERAS

Junto a la evaluación de impacto ambiental, la rehabilitación de los espacios afectados por actividades mineras y, en particular, los planes de restauración, constituyen otro de los mecanismos de protección ambiental más importantes que se aplican a las actividades mineras. Como pone de manifiesto MONTOYA MARTÍN, se trata de “un instrumento medular para evitar o reducir en la medida de lo posible los efectos adversos sobre el medio ambiente y la salud de las personas”, si bien “no es un instrumento cuyo objeto se limite a devolver el terreno afectado a su estado originario, sino que, por el contrario, ha de servir a una finalidad más ambiciosa: constituye una oportunidad de reconversión del espacio; en definitiva, de dotarlo de nuevos usos y actividades adecuadas y beneficiosas desde una perspectiva global y de la sostenibilidad”¹⁰.

3.1. Precedentes normativos

La exigencia de planes de restauración para las actividades mineras se introdujo en la normativa estatal con los Reales Decretos 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración del espacio natural afectado por actividades mineras y 1116/1984, de 9 de mayo, sobre restauración del espacio natural afectado por las explotaciones de carbón a cielo abierto¹¹. Con la aprobación de estas normas se cumplía el mandato contenido en la Ley de minas de 21 de julio de 1973¹², dirigido al Gobierno estatal¹³, y se imponía, a quienes acometiesen el aprovechamiento de recursos regulados por esta Ley, la realización de trabajos de

¹⁰ MONTOYA MARTÍN, E., “La regeneración de las zonas mineras: aspectos ambientales y territoriales”, en GARCÍA RUBIO, F. (coord.), *Las nuevas perspectivas de la ordenación urbanística y del paisaje: smart cities y rehabilitación. Una perspectiva hispano-italiana*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2017, pp. 161-162.

¹¹ En el ámbito autonómico, debe destacarse, con anterioridad, la Ley catalana 12/1981, de 24 de diciembre, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas.

¹² MOREU CARBONELL, E., *Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 311.

¹³ El artículo 5.3 de la Ley de minas prevé que “El Ministerio de Industria realizará los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del ambiente, que serán imperativas en el aprovechamiento de los recursos objeto de esta Ley y se establecerán por Decreto, a propuesta del Ministerio de Industria, previo informe de la Comisión Interministerial del Medio Ambiente y de la Organización Sindical”.

restauración del espacio natural afectado por las labores mineras, exigiéndose con carácter previo al otorgamiento de una autorización de aprovechamiento o de una concesión de explotación, la presentación de un Plan de restauración del espacio natural afectado por las labores¹⁴.

3.2. El plan de restauración en la normativa básica estatal

El Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras¹⁵, que tiene carácter básico¹⁶ e incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE, exige, con carácter previo al otorgamiento de una autorización, permiso o concesión regulada por la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas, que el solicitante presente para su aprobación ante la autoridad competente en minería¹⁷ un plan de restauración del

¹⁴ *Vid.* los artículos 1 y 2 del Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre; y 2 del Real Decreto 1116/1984, de 9 de mayo.

¹⁵ Modificado por el Real Decreto 777/2012, de 4 de mayo.

¹⁶ *Vid.* su Disposición final 2ª, así como la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 45/2015, de 5 de marzo (ponente: Andrés Ollero Tassara). *Vid.* un comentario de esta Sentencia en MONTOYA MARTÍN, E., “La regeneración...”, *cit.*, pp. 153-157.

¹⁷ Nótese que la autoridad competente para la aprobación del plan de restauración es la autoridad minera, por lo que será el mismo órgano encargado de autorizar la actividad minera quien autorizará el plan de restauración, o, en su caso, exigirá ampliaciones o la introducción de modificaciones al mismo. Ahora bien, el artículo 5.1 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, prevé el informe preceptivo (no vinculante) de la autoridad ambiental competente. Además, también permite que puedan solicitarse informes a otros órganos de la Administración que se consideren necesarios; e impone, cuando la ejecución del plan de restauración pueda suponer un riesgo para la salud humana, el preceptivo informe de la autoridad sanitaria competente. Cabe destacar que algunas comunidades autónomas sí configuran, en su normativa, el informe preceptivo de la autoridad ambiental como vinculante. Es el caso, por ejemplo, de Extremadura (*vid.* el art. 18.3 del Decreto 20/2011, de 25 de febrero, relativo a los residuos de la construcción y la demolición); Cataluña (*vid.* el art. 6.3 de la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural); o Aragón (*vid.* el art. 4.4 del Decreto 98/1994, de 26 de abril, sobre normas de protección el medio ambiente de aplicación a las actividades extractivas en la Comunidad Autónoma de Aragón). Coincidimos con MOREU CARBONELL, E., “Minas, ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente”, en LÓPEZ RAMÓN, F. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Marcial Pons, 2013, p. 431, en

espacio natural afectado por las labores mineras. Dicho plan, cuyo contenido se ajustará a lo establecido en este Real Decreto, teniendo en cuenta los aspectos propios de su actividad que puedan tener efectos negativos sobre el medio ambiente o la salud de las personas, deberá acompañar a la documentación correspondiente a la solicitud de autorización, permiso o concesión¹⁸.

La autorización del plan de restauración “se hará conjuntamente con el otorgamiento del permiso de investigación, la autorización o la concesión de explotación, y tendrá la consideración de condición especial de dicho título minero”¹⁹. Es más, no podrán otorgarse estos títulos mineros si a través del plan de restauración no queda debidamente asegurada la rehabilitación del medio natural afectado tanto por las labores mineras como por sus servicios e instalaciones anejas²⁰ y la autoridad competente sólo concederá la autorización del plan de restauración si considera que la entidad explotadora cumple todos los requisitos pertinentes establecidos por el Real Decreto 975/2009²¹. El propio Real Decreto prevé de forma expresa que “No podrán otorgarse autorizaciones, permisos o concesiones reguladas por la Ley de Minas sin tener autorizado un plan de restauración y, una vez otorgados, no podrán iniciarse los trabajos hasta tener constituidas las correspondientes garantías financieras o equivalentes que aseguren su cumplimiento”²².

que “la previsión de informes vinculantes en la normativa autonómica puede considerarse como una norma adicional de protección que no vulnera el carácter básico del RD 975/2009”.

¹⁸ *Vid.* el artículo 4.1 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio. En cuanto al contenido del plan de restauración, detallado en este Real Decreto, *vid.* LÓPEZ FERRO, A., *La rehabilitación...*, *cit.*, pp. 81-124; MOREU CARBONELL, E., “Minas...”, *cit.*, pp. 430-431; y QUINTANA LÓPEZ, T., *Concesión de minas...*, *cit.*, pp. 182-196.

¹⁹ Artículo 5.2 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio;

²⁰ *Vid.* el artículo 5.2 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio.

²¹ Artículo 5.3 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio.

²² Artículo 4.2 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio.

4. LA ARTICULACIÓN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL CON EL PLAN DE RESTAURACIÓN

Dada la exigencia, en la normativa actual, con carácter previo al inicio de una actividad extractiva, del plan de restauración del espacio natural afectado por las labores mineras a que acabamos de referirnos, y la concurrencia de este instrumento con otro mecanismo de protección, como es la evaluación de impacto ambiental, cabe plantear cómo se articulan ambos instrumentos entre sí.

4.1. Las dudas iniciales surgidas bajo la normativa precedente en materia de restauración

Bajo la vigencia del Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración del espacio natural afectado por actividades mineras, surgieron las primeras dudas en torno a la articulación entre el plan de restauración y la evaluación de impacto ambiental. Se planteó si ambos instrumentos eran o no compatibles y si podían exigirse ambos simultáneamente. Al respecto, el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, sí preveía, en el apartado b) de su disposición adicional, la coexistencia de ambos mecanismos. En efecto, establecía que:

“En materia de actividades mineras de extracción a cielo abierto de hulla, lignito u otros minerales, a que se refiere el apartado 12 del anexo al Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, se aplicará el procedimiento contenido en dicho Real Decreto Legislativo y en el presente Reglamento, y, en lo que no se oponga a estas normas, se aplicarán los Reales Decretos de 15 de octubre de 1982 y de 9 de mayo de 1984, y demás normas complementarias, especialmente en lo que hacen referencia a los planes de restauración del espacio natural afectado”.

Igualmente, la convivencia entre ambos mecanismos de protección ambiental podía desprenderse del artículo 9 del Real Decreto 2294/1982, aun habiéndose adoptado con anterioridad a la aprobación de la normativa de evaluación de impacto ambiental en España²³.

²³ El artículo 9 del Real Decreto 2294/1982, de 15 de octubre, dispone que

“En los casos en que la autorización de aprovechamiento o la concesión de explotación hayan sido otorgadas

Por lo tanto, con arreglo a estas normas, subsisten ambas instituciones. Si embargo, en este contexto normativo, se realizaron algunas interpretaciones que sostenían que la aprobación del plan de restauración de un proyecto de actividad minera ya habilitaba al operador para poner en marcha la actividad, sin que resultase necesaria la exigencia de la evaluación de impacto ambiental²⁴. Así lo entendió, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia de 23 de junio de 2005, al hilo del análisis de un supuesto en que la Comunidad de Madrid exigió al titular de una concesión administrativa para la explotación de recursos minerales de la sección C, con un plan de restauración aprobado, la evaluación de impacto ambiental de la actividad. Consideró el Tribunal que, habiendo optado la administración autonómica por exigir, como medio de rehabilitación de la naturaleza afectada, un Plan de restauración del espacio natural en vez de la declaración de impacto ambiental, luego no podía exigir este instrumento. En su opinión, “se puede optar por una o por otra; no por las dos, que es lo que parece pretender la Comunidad de Madrid cuando, en su día, exigió y aprobó el Plan de Restauración y, ahora, requiere la Declaración de Impacto Ambiental”²⁵. Por ello, en el caso concreto, tomando en consideración que ya se había exigido un plan de restauración, entiende que la aprobación de dicho plan era suficiente y que no era necesaria la evaluación de impacto ambiental.

Así, la problemática estaba planteada y el tema acabaría en el Tribunal Supremo, como veremos a continuación.

con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto, sus titulares, en el plazo máximo de un año, habrán de presentar ante la Dirección Provincial del Ministerio de Industria y Energía o el Órgano competente de la Comunidad Autónoma, un estudio de impacto ambiental en el que, partiendo del estado actual de la explotación, se consideren posibles alternativas en orden a la restauración de las Áreas que aún no han sido objeto de explotación”.

²⁴ En opinión de TORIBIO JIMÉNEZ, J., *Régimen jurídico de la restauración ambiental en las actividades mineras*, Tesis Doctoral, Universidad de Sevilla, 2015, pp. 304-305, no resulta razonable que se haya suscitado esta controversia, que ha dado lugar a pronunciamientos judiciales, si nos atenemos a la regulación de ambas instituciones. En su opinión, “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no hay lugar a distinciones o salvedades que la ley no haya previsto expresamente, como es el caso”. Por ello, entiende que “ni siquiera la parca regulación prevista en el RD 2994/1982 sobre el plan de restauración justifica *per se* que se haya podido cuestionar, no ya la *compatibilidad* a la que se refieren algunos autores al utilizar los mismos términos que el Tribunal Supremo, sino su exigencia”.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 571/2005, de 23 de junio de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9, recurso núm. 669/2000, ponente: Ramón Verón Olarte), FJ 6º.

4.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo: la compatibilidad entre evaluación de impacto ambiental y plan de restauración

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en varias sentencias sobre la relación entre la evaluación de impacto ambiental y el plan de restauración, considerando que ambos instrumentos resultan plenamente compatibles y responden a una finalidad diferente, por lo que es necesario, para la realización de actividades mineras la obtención de la declaración de impacto ambiental —en los supuestos en que así lo exige la LEA o, en su caso, la normativa autonómica—, independientemente de la exigencia, también, de un plan de restauración. En consecuencia, la aprobación de un plan de restauración no es suficiente para el inicio de una actividad extractiva de recursos mineros, siendo también necesaria la evaluación de impacto ambiental cuando ésta resulte exigible conforme a la normativa vigente. Paradigmática en este sentido es la Sentencia de 27 de enero de 2010²⁶. En ella, el Tribunal Supremo considera que no existe incompatibilidad alguna entre el plan de restauración y la evaluación de impacto ambiental, pues son técnicas de control o instituciones diferentes y perfectamente compatibles²⁷. Y ello es así, dadas las diferentes características de ambas, ya que existen diferencias en cuanto al órgano administrativo competente para su aprobación (el órgano materialmente competente en materia de minería en el caso del plan de restauración y el órgano ambiental para la aprobación de la declaración de impacto ambiental) y también en cuanto a la tramitación de ambos instrumentos, dados los diferentes informes que deben emitirse. Además, considera el Tribunal Supremo que

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso de casación núm. 5992/2005, ponente: Rafael Fernández Valverde). Con anterioridad, el Tribunal Supremo ya había mantenido en otras sentencias que el plan de restauración y la declaración de impacto ambiental son instrumentos de tutela ambiental diferentes, aunque, como señala QUINTANA LÓPEZ, T., *Concesión de minas...*, *cit.*, p. 165, sin demasiados argumentos. *Vid.* las Sentencias de 7 de abril de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, recurso de casación núm. 5431/2002, ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat), FJ 5º; y de 7 de marzo de 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, recurso de casación núm. 3892/2003, ponente: Óscar González González), FJ 3º.

²⁷ *Vid.* el FJ 6º de esta Sentencia. Se separa, en esta Sentencia, el Tribunal Supremo del criterio de la Sentencia de instancia, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de junio de 2005, a la que ya nos hemos referido en el apartado 4.1 de esta Comunicación.

“Mientras la Evaluación de Impacto Ambiental contempla las posibilidades de los proyectos, el Plan de Restauración trata de minimizar los efectos de la ejecución de los mismos, concluyendo la primera con una Declaración de Impacto Ambiental e implicando el segundo un conjunto de actuaciones materiales conforme a un calendario (artículo 3.3) previamente establecido. Esto es, mientras que la evaluación pretende prevenir los efectos, valorando incluso alternativas, antes de la realización y ejecución de un proyecto, el Plan, por su parte, a posteriori, se encamina a restaurar los efectos del mismo sobre la concreta realidad alterada.

Especialmente significativo resulta que entre las actividades previstas para la restauración (artículo 3.2) del espacio natural afectado por la explotación se exija —justamente— un Estudio de Impacto Ambiental de la explotación sobre los recursos naturales de la zona y medidas previstas para su protección”²⁸ (FJ 6º)

En consecuencia, el plan de restauración y la declaración de impacto ambiental son instrumentos de intervención diferentes y plenamente compatibles entre sí y el Tribunal Supremo no acepta que la sola aprobación del plan de restauración sea suficiente para el inicio de las actividades de extracción del recurso²⁹. En definitiva, ambos instrumentos son exigibles y “el contenido de uno y su aprobación, no solapa el del otro y viceversa”³⁰.

4.3. La integración del plan de restauración con la declaración de impacto ambiental en la normativa vigente: las insuficientes previsiones de la normativa básica estatal

Dado que estamos ante dos instrumentos de intervención administrativa plenamente compatibles entre sí —evaluación de impacto ambiental y plan de restauración—, es necesario determinar cómo se integran ambas técnicas y si existe algún tipo de mecanismo de coordinación o de simplificación procedimental que evite duplicidades y superposiciones³¹.

²⁸ FJ 6º de la Sentencia. En idéntico sentido, *vid.* la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, recurso de casación núm. 1580/2006, ponente: Rafael Fernández Valverde), FJ 6º.

²⁹ *Vid.* QUINTANA LÓPEZ, T., *Concesión de minas...*, *cit.*, p. 165.

³⁰ TORIBIO JIMÉNEZ, J., *Régimen jurídico...*, *cit.*, p. 305.

³¹ MOREU CARBONELL, E., “Minas...” , *cit.*, p. 432, advierte de la concurrencia en las actividades mineras de diversas técnicas de protección ambiental y de la falta de coordinación entre las Administraciones competentes..

El Real Decreto 975/2009 presta atención a la articulación entre la evaluación de impacto ambiental, en los casos en que sea necesaria de acuerdo con la normativa vigente, y el plan de restauración. A estos efectos, prevé la integración entre ambas técnicas y opta por configurar la evaluación de impacto ambiental como trámite previo a la aprobación del plan de restauración. Así se desprende claramente de su artículo 4.3.e), de conformidad con el cual la solicitud de autorización del plan restauración debe contener, entre otras informaciones, “En los casos en que sea necesario trámite de evaluación de impacto ambiental del proyecto de acuerdo con la normativa vigente a tal efecto, justificación documental del cumplimiento de este trámite ante el organismo competente”³². Únicamente prevé, como mecanismo simplificador, a fin de evitar duplicidades, que la parte I del plan de restauración pueda entenderse cumplimentada “si la entidad explotadora presenta a la autoridad competente en la materia documento similar y con los mismos contenidos durante la fase de evaluación de impacto ambiental, en caso de que esta sea necesaria”³³.

De este modo, la evaluación de impacto ambiental se configura, en los casos en que sea precisa, como trámite previo a la aprobación del plan de restauración y a la solicitud del título minero. Sin embargo, como advierte MOREU CARBONELL, aunque el Real Decreto 975/2009 regula así —con la configuración de la evaluación de impacto ambiental como trámite previo a la aprobación del plan de restauración— la forma de integrar ambas técnicas de protección ambiental, “no consigue una simplificación procedimental eficaz ni mecanismos suficientes de coordinación”³⁴, ya que no determina cómo va a afectar al plan de restauración el hecho de que previamente se haya realizado una evaluación de impacto ambiental, ni establece mecanismo alguno de simplificación procedimental en los casos en que es necesaria una evaluación de impacto ambiental y este trámite ya se ha hecho con anterioridad. Desde esta perspectiva, se nos plantea, por ejemplo, el alcance que debe tener el trámite preceptivo de informe de la autoridad ambiental competente, previsto en el procedimiento de aprobación del plan de restauración —o, incluso, su necesidad—, si previamente ya se ha realizado una evaluación de impacto ambiental y existe una declaración de impacto ambiental adoptada por el órgano ambiental.

³² Nótese que, en la Sentencia 245/2015, de 5 de marzo, el Tribunal Constitucional ha desestimado la impugnación del artículo 4.3 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio. *Vid.* el FJ 6.c).

³³ Artículo 12.2 del Real Decreto 975/2009, de 12 de junio.

³⁴ MOREU CARBONELL, E., “Minas...”, *cit.*, p. 432.

4.4. La integración del plan de restauración con la declaración de impacto ambiental: algunas soluciones establecidas por la normativa autonómica

Algunas comunidades autónomas, en su normativa específica, han incluido previsiones en relación con la articulación entre el plan de restauración y la evaluación de impacto ambiental. En opinión de MOREU CARBONELL, “El círculo vicioso del plan de restauración y la declaración de impacto ambiental se intensifica en la normativa autonómica”³⁵. Lo cierto es que la solución dada por algunas comunidades autónomas a la articulación entre el plan de restauración y la evaluación de impacto ambiental es diferente a la establecida en la legislación básica estatal. En el caso de Cataluña, el artículo 32.2 de la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades, prevé que “Las actividades extractivas deben someterse a declaración de impacto ambiental, y han de presentar un estudio de impacto ambiental con el contenido establecido por el artículo 18.1. A los efectos de la declaración de impacto ambiental de las actividades extractivas, los planes de restauración establecidos por la legislación específica forman parte de los documentos de evaluación de impacto ambiental que han de presentarse con el informe de impacto ambiental. En este caso es preciso presentar el informe urbanístico que contempla la presente ley”. Por lo tanto, la opción catalana es que el plan de restauración forme parte de los documentos de evaluación de impacto ambiental y se tome en consideración por el órgano ambiental³⁶. Ahora bien, esto choca frontalmente con las previsiones de la legislación básica estatal, habida cuenta de que, como hemos visto, la declaración de impacto ambiental debe ser previa al plan de restauración³⁷.

³⁵ MOREU CARBONELL, E., “Minas...”, *cit.*, p. 432.

³⁶ ARANA GARCÍA, E., “Medio ambiente...”, *cit.*, p. 492, en 1999, consideraba “necesaria una reforma legislativa que trate de eliminar definitivamente la técnica de restauración de espacios naturales afectados por explotaciones mineras, quedando sometidas a las técnicas más modernas de prevención ambiental” y que “una protección al medio ambiente adecuada y compatible con los principios generales del Derecho ambiental actual, casa mejor con técnicas como la evaluación de impacto ambiental”.

³⁷ Crítica con esta opción de la Ley catalana se muestra MOREU CARBONELL, E., “Minas...”, *cit.*, p. 432, ya que, en su opinión, “resulta que en el RD 975/2009 la evaluación ambiental debe presentarse con carácter previo a la autorización del plan de restauración [art. 4.3.e)], así que no queda claro a qué Administración hay que acudir primero”. Sin embargo, en opinión de LÓPEZ FERRO, A., *La rehabilitación...*, *cit.*, p. 127 (nota al pie 470), “la legislación catalana resulta del todo acertada pues, de esta forma, se permite que a la hora de evaluar los impactos ambientales se consideren los proyectos en su totalidad, incluyendo las medidas de rehabilitación a adoptar, pues debe tenerse en cuenta que el plan de restauración es una técnica ambiental adicional para las actividades mineras que pretende prevenir, eliminar o reducir impactos ambientales, y cuya toma en

También adopta una solución diferente a la prevista en la legislación básica estatal Galicia. Con arreglo a la Ley 3/2008, de 23 de mayo, de ordenación de la minería de Galicia, a las solicitudes de derechos mineros deben adjuntarse, entre otros documentos, tanto el plan de restauración del espacio afectado por las actividades mineras como el correspondiente documento ambiental, en el caso de derechos mineros sometidos a evaluación ambiental³⁸. Por tanto, en el momento en que se presenta el plan de restauración ante la autoridad minera para su autorización, no podrá aportarse la documentación relativa a haberse cumplido el trámite de evaluación de impacto ambiental, pues aún no habría tenido lugar.

Idénticas previsiones se recogen en la Ley 10/2014, de 1 de octubre, de minas de Islas Baleares. En su artículo 15, entre la documentación que, como mínimo, debe acompañar a las solicitudes de derechos mineros se encuentra el plan de restauración del espacio afectado por las actividades mineras y, en el caso de derechos mineros sometidos a la evaluación ambiental, un estudio ambiental con el contenido que establece la legislación vigente para remitirlo al correspondiente órgano ambiental³⁹. Por lo tanto, cuando se presenta el plan de restauración aún no se habrá cumplimentado el trámite de evaluación de impacto ambiental ni se habrá formulado la declaración de impacto ambiental.

5. CONCLUSIONES

La superposición de diversos controles, desde la perspectiva ambiental, sobre las actividades mineras —en lo que ahora nos interesa, de la evaluación de impacto ambiental y de los planes de restauración—, unida a la concurrencia de diferentes administraciones con competencias diversas en la materia, evidencia la deficiente coordinación existente entre la legislación ambiental y la de minas y restauración. Como pone de manifiesto MOREU CARBONELL, “La concurrencia de diversas técnicas e instrumentos de protección ambiental, unido a las exigencias urbanísticas, se traduce en una falta de coordinación entre las Administraciones competentes, y en una superestructura administrativa repleta de órganos y unidades que deben informar sobre cuestiones que ya han sido analizadas en procedimientos administrativos anteriores”.

consideración por el órgano ambiental permitirá que se coordinen las diferentes técnicas de intervención administrativa de carácter preventivo, a fin de evaluar correctamente los impactos”.

³⁸ Artículo 18.1.d) y f) de la Ley 3/2008, de 23 de mayo.

³⁹ *Vid.* el artículo 15.1.d) y g) de la Ley 10/2014, de 1 de octubre.

Desde la perspectiva del tema aquí tratado, lo cierto es que la articulación entre la evaluación de impacto ambiental y los planes de restauración en las actividades extractivas, polémica desde sus inicios, no acaba de estar bien resuelta en la normativa vigente, como hemos podido comprobar. Existen, además, soluciones diversas a esta cuestión en la normativa básica estatal y en la autonómica. En aras de una mejor interrelación de ambos instrumentos y de una mayor simplificación administrativa, sería necesario mejorar la articulación entre ambas técnicas, con el fin de evitar duplicidades, conseguir una mayor simplificación procedimental y articular mecanismos suficientes de coordinación que permitan evaluar correctamente los proyectos mineros, teniéndolos en cuenta en su totalidad

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARANA GARCÍA, E. Medio ambiente y actividades extractivas a cielo abierto: algunas cuestiones de su difícil pero necesaria compatibilidad. *Actualidad Administrativa*, n. 17, 1999, pp. 479-494.
- CASADO CASADO, L. Actividades extractivas y espacios naturales protegidos: la Red Natura 2000. MONTOYA MARTÍN, E. (Dir.); FERNÁNDEZ SCAGLUISI, M^a Á. (Coord). *Minería extractiva, planificación territorial y urbanismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 25-102.
- GARCÍA URETA, A. Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. *Revista de Administración Pública*, n. 194, 2014, pp. 317-371.
- JUNCEDA MORENO, J. *Minería, medio ambiente y ordenación del territorio*. Madrid: Civitas, 2001.
- LÓPEZ FERRO, A. *La rehabilitación de espacios afectados por actividades mineras. Especial referencia a Galicia*. Trabajo de Fin de Máster, Máster Universitario en Derecho Ambiental. Tarragona: Universidad Rovira i Virgili, 2019 (trabajo en fase de publicación en la colección *Quaderns de Dret Ambiental*, Publicaciones URV).
- MONTOYA MARTÍN, E. La regeneración de las zonas mineras: aspectos ambientales y territoriales. En: GARCÍA RUBIO, F. (Coord.). *Las nuevas perspectivas de la ordenación urbanística y del paisaje: smart cities y rehabilitación. Una perspectiva hispano-italiana*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2017, pp. 135-162.

MOREU CARBONELL, E. Minas, ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente.

En: LÓPEZ RAMÓN, F.; ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (Coords.). *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

– *Minas. Régimen jurídico de las actividades extractivas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.); CASARES MARCOS, A. B. (Coord.). *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

QUINTANA LÓPEZ, T. *Concesión de minas y protección del medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (Dir.). *Régimen jurídico de la evaluación ambiental*. Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2014.

TORIBIO JIMÉNEZ, J. *Régimen jurídico de la restauración ambiental en las actividades mineras*. Tesis Doctoral. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2015.

XXI. Contratación pública y prevención de daños ambientales: hacia una regulación global e integradora

M^a Pilar Dopazo Fraguío

Profesora de Derecho Administrativo

Universidad Complutense de Madrid (UCM)

mdopazo@ucm.es

RESUMEN:

La vigente Ley de Contratos del Sector público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) ha reforzado la consideración y valoración positiva del cumplimiento de determinados presupuestos cualitativos, ambientales y sociales; lo que, sin duda, supone un destacado avance en lo relativo a la integración y exigencia de dichos aspectos en el ámbito de la contratación pública. De este modo la contratación pública se muestra hoy como útil herramienta estratégica para fomentar el cumplimiento ambiental pretendido. Ello ha sido posible gracias al impulso común desde el Derecho de la Unión Europea (vía las Directivas de última generación dictadas en esta materia). En este sentido se reflexiona en este texto sobre la oportunidad que se ofrece en este ámbito de actividad, para reforzar asimismo el Sistema administrativo de Responsabilidad Ambiental, a efectos de evaluar y prevenir eventuales riesgos ambientales, y en su defecto, garantizar la efectiva cobertura de daños.

SUMARIO

1. Introducción	539
2. Contratación pública responsable y sostenible.....	542
2.1. Noción y funcionalidad de la «contratación o compra pública responsable».....	543
2.2. Evolución de la normativa europea y española.....	545
2.3. Valor estratégico de la actual Ley de Contratos del Sector público (LCSP).	546
3. El sistema administrativo de responsabilidad ambiental como presupuesto y garantía .	547

3.1. El sistema administrativo de RMA. Marco regulatorio y características	547
3.2. La posible funcionalidad añadida de la contratación pública como vía para prevenir daños ambientales y reforzar el Régimen administrativo de Responsabilidad ambiental.....	548
4. Conclusión	549
5. Bibliografía.....	550

1. INTRODUCCIÓN

En España, el vigente marco legal aplicable en el ámbito de la contratación del Sector Público hace hincapié en la necesaria consideración de los aspectos ambientales y sociales, ello es fruto de la evolución normativa desarrollada conforme a los objetivos previstos por la última generación de Directivas europeas. De este modo, en la actualidad, la contratación pública *social y ambientalmente responsable* se erige como un valioso instrumento estratégico, mostrándose como idóneo medio para incentivar el seguir buenas prácticas, y, con ello, poder exigir /demostrar un mayor grado de compromiso y cumplimiento ambiental, sobre todo por parte de aquellos operadores interesados en acceder al ámbito de la contratación pública (v.gr., licitadores y, en su caso, contratistas así como posibles subcontratistas). También lo mencionado aportará un ejemplo a seguir en otros ámbitos de la actividad administrativa, y más allá, podrá servir de modelo ilustrativo para otras modalidades de contratación operativas en el sector privado.

Al respecto, hoy no puede ignorarse que los presupuestos de calidad ambiental han de ser integrados en los sistemas de gestión de todo tipo de organización, siendo factores claves así reconocidos para lograr un emprendimiento responsable, sostenible y competitivo. Estas premisas son válidas tanto para el sector público como para el sector privado, si bien estimamos que a las Administraciones y otras entidades del Sector público les corresponde un papel principal en este sentido: *mostrar buenos ejemplos de gobernanza y desarrollo de prácticas eficientes*, también en lo relativo al ámbito procedimental y operativo de la contratación. De forma que, v.gr., desde el Sector público se incremente el grado de exigencia y se muestren óptimos modelos y prácticas de contratación eco-eficientes. Con ello, se trata de también promover un alto nivel de compromiso y asegurar la responsabilidad ambiental de otras

entidades u operadores; para ello la evaluación del cumplimiento de los requerimientos ambientales es un presupuesto esencial, a la vez que se insiste en el enfoque de preventivo y en el criterio de la responsabilidad objetiva previstos por el Sistema administrativo de Responsabilidad ambiental, ex Ley de Responsabilidad Medioambiental (en adelante LRMA)¹, tal y como posteriormente se sintetiza.

En este sentido, hay que reconocer el destacado avance que ha supuesto en nuestro país la actual Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), -Ley 9/2017, de 8 de noviembre-, que significa de forma explícita, entre otras novedades que la misma incorpora, la valoración de criterios cualitativos sociales y ambientales. Con ello se abren más posibilidades que conviene considerar en aras de reforzar el cumplimiento ambiental, así podrá acontecer en relación a reforzar la aplicación de otro instituto jurídico principal, -específicamente destinado a la protección del medio ambiente-, como es el precitado Sistema administrativo de responsabilidad ambiental.

De este modo, cabe inferir del propio texto de la actual LCSP, que este marco regulatorio también brinda una oportunidad, -a través de su posible desarrollo y optimizando su aplicación-, para incrementar el nivel o grado de cumplimiento ambiental deseable o esperado de aquellos operadores interesados en contratar con la Administración. En este sentido, estimamos que la acreditación, valoración y verificación de dicho *compliance* legal - ambiental ha de ser realizada de una forma completa y efectiva, asegurando plena solvencia y suficiencia de garantías. Amén de poder observar la adopción de compromisos efectivos que en materia de Responsabilidad social empresarial o corporativa (RSE o RSC), cuestión que no es baladí como ya se sabe por el sector empresarial, siendo creciente la estimación de este valor y su proyección sobre todo a efectos reputacionales, económicos y financieros, entre otros².

¹ Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (BOE núm. 255, de 24/10/2007).

² La noción de RSE o RSC comprende tanto la dimensión ambiental como la social y económica, por ello queda directamente ligado con los objetivos del Desarrollo Sostenible, y clave para su logro. Al respecto, vid., DOPAZO FRAGUÍO, M.P.(2012), "[Informes de Responsabilidad Social Corporativa \(RSC\): Fuentes de Información y Documentación](#)", *Revista General De Información Y Documentación*, 22, pp. 279-305.

Conforme a lo expuesto, este texto pretende reflexionar sobre la funcionalidad (ambiental) del Sistema de contratación pública vigente, en relación con la aplicación del régimen administrativo de responsabilidad ambiental. El interés actual de esta cuestión es mayor si se observa como nuestro Régimen de RMA ha podido perder su rigor inicial como consecuencia de los últimos desarrollos normativos practicados a la LRMA³, con lo cual, su aplicación en la práctica pudiera no ser todo lo eficaz como fuera lo deseado, conforme a la pretensión original del legislador al instaurar este innovador Sistema en nuestro Ordenamiento (esto es, con base al texto básico promulgado en 2007). Y ello pudiera tener su causa en que el rigor de este régimen ha sido “flexibilizado” en virtud de las posteriores modificaciones normativas realizadas al mismo⁴; por lo que como resultado de estas actualizaciones (texto consolidado aplicable), podría afectar, en la práctica, al propio propósito con el que se configuró este Sistema (obsérvese en este sentido, por ejemplo, la reducción de los supuestos de actividades sujetas a las garantías financieras obligatorias: aquellas que representarían mayor riesgo ambiental, lo que además puede conllevar que la realización y emisión del análisis de riesgos previo se eludiera en ciertos casos)⁵.

3 Cfr., Texto consolidado de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (BOE núm. 255, de 24/10/2007). Este texto legal ha sido modificado y actualizado en 2014, cfr., Texto de la [Ley 11/2014, por la que se modifica la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental](#). Un detallado análisis de este régimen jurídico en DOPAZO FRAGUÍO, Pilar, “[El sistema jurídico de responsabilidad medioambiental: análisis de riesgos y compliance legal](#)”, [Revista Aranzadi de derecho ambiental, n.º 31, 2015](#) (Ejemplar dedicado a: Homenaje a D. Ramón Martín Mateo (II)), pp. 333-372. Y más recientemente, el trabajo de BELTRAN CASTELLANOS, José Miguel, “El régimen tradicional de la responsabilidad por daños ambientales en España”, [Revista Aranzadi de derecho ambiental, n.º 39, 2018](#), pp. 133-184.

⁴ Al respecto, POVEDA GÓMEZ, P. y LOZANO CUTANDA, B. (2014), “Ley 11/2014, de 3 de julio, de modificación de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental: análisis de sus novedades”, *Diario La Ley*, n.º 8371, 2014. Además, hay que destacar las modificaciones operadas en 2015, por el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aprobado por el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre (BOE núm. 83, de 7 de abril de 2015). Para mayor detalle sobre este régimen y su actualización normativa véase el estudio realizado por DOPAZO FRAGUÍO, P., “La evolución del régimen jurídico de responsabilidad medioambiental en España: (Principales aspectos del Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo)”, en *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, n.º. 162, 2015, pp. 177-208. En todo caso, lo cierto es que algunas de estas modificaciones fueron justificadas argumentando que ello es a fin de facilitar su cumplimiento, en especial en lo relativo a la exigencia de las garantías financieras, y con motivo de la crisis económica, razones por ende que obedecían a circunstancias coyunturales.

⁵ Conforme advierte la doctrina, LOZANO CUTANDA, B., “[La reducción de las actividades a las que se exige](#)

Por este motivo, y considerando lo mencionado, estimamos que el modelo actual de contratación pública “verde”, tal y como hoy queda configurada por la actual LCSP, puede ser una herramienta facilitadora y complementaria también en aras de hacer mayor hincapié en lo relativo a exigir y asegurar, junto a determinados estándares de calidad y *compliance* ambiental⁶, la evaluación de los riesgos ambientales (en todo caso esencial) respecto a la actividad operada por el contratista; y además, en su caso sea requerida la debida constitución de las oportunas garantías financieras. Lo que a su vez permitirá que desde el Sector público se ilustre conforme a modelos de contratación “más exigentes” en interés colectivo, preservando el medio ambiente, los recursos naturales así como los recursos públicos o presupuestarios disponibles. Ello a su vez ha de servir de buen ejemplo, impulsando el emprendimiento responsable para otros ámbitos o prácticas de contratación.

2. CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPONSABLE Y SOSTENIBLE

Desde el Derecho de la Unión Europea se ha destacado, de forma progresiva, el papel que mantiene la consideración efectiva de los aspectos sociales y ambientales en relación con asegurar un desarrollo positivo de la economía. Los retos que conlleva el Desarrollo Sostenible⁷ implica asumir sólidos compromisos y actuar en consecuencia, por lo que la

[garantía financiera obligatoria en el Sistema de responsabilidad medioambiental \(Real Decreto 183/2015\)](#)”, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 27 de abril de 2015. Y, en este mismo sentido, DOPAZO FRAGUÍO, P. “La evolución del régimen jurídico de responsabilidad medioambiental en España: (Principales aspectos del Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo)”, en *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, n.º. 162, 2015, pp. 177-208.

⁶ En este sentido, en nuestro país, se reconoce de forma expresa que “La contratación pública ecológica (CPE) es una importante herramienta para el logro de las políticas medioambientales relacionadas con el cambio climático, la utilización de los recursos y la producción y el consumo sostenibles”. [Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social \(2018-2025\)](#). Vid., 1º párrafo del Anexo: [Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social \(2018-2025\)](#).

⁷ Cfr., “[Objetivos de Desarrollo Sostenible](#)” (ODS), y sobre el “Enfoque de la UE para aplicar la Agenda 2030 de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible junto con sus países miembros” vid., documentación

evolución y actualización normativa es clave a dicho efecto. Conforme a este interés es necesario implementar con éxito distintos medios e instrumentos integradores destinados a optimizar el cumplimiento ambiental. Por ello, es coherente la pretensión de reforzar los requerimientos de medidas ambientalmente responsables adoptadas por los operadores, valorando su aplicación efectiva y continuada. Esta observación supone un claro avance en orden a la existencia de consenso común acerca de la relevancia que adquiere el deber de preservar la calidad ambiental y procurar un desarrollo responsable y sostenible también vía contratación pública.

2.1. Noción y funcionalidad de la «contratación o compra pública responsable».

Conforme al planteamiento citado, surge lo que se ha denominado como “contratación pública ecológica” o “contratación pública verde”, si bien es preferible emplear –a nuestro juicio– la expresión más global de “contratación social y ambiental responsable”, más actual e integradora. La contratación o compra pública responsable ha sido definida como aquella que es promovida por el Sector Público con el objeto de fomentar a través del instrumento de contratación lograr mejores prácticas orientando un mayor emprendimiento social y ambiental; y por ende, mayor responsabilidad ética, social y/o ambiental, y ello como una finalidad que puede ser indirecta. En este sentido, también la Comisión Europea ha conceptualizado la contratación pública socialmente responsable⁸, y de forma expresa destaca la funcionalidad de la “contratación y compra pública verde”⁹.

disponible en [este enlace](#) (Fecha última consulta: 19/08/2019).

⁸ Al respecto, vid., la “Guía de Adquisiciones Sociales” elaborada, donde se define la contratación pública socialmente responsable como “las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social, igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la Responsabilidad Social Empresarial, a la vez que se respetan los principios consagrados en el tratado de la Unión Europea y las Directivas de contratación”. Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la Comisión Europea (2011) “[Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas](#)”, (Fecha última consulta: 10/07/2019).

⁹ La Comisión Europea aporta una noción elemental de “Compra y Contratación Pública Verde” al señalar como tal aquel proceso destinado a la adquisición de bienes con menor impacto ambiental, y de este modo se considera como tal, al “proceso por el cual las autoridades públicas tratan de adquirir productos, servicios y obras con un impacto ambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otros productos,

De este modo, dicha noción abarca además de la posible implementación de distintas herramientas destinadas a la acreditación de determinados estándares de calidad ambiental de productos/servicios y procesos, tales como los fijados por las normas internacionales ISO o, por otra parte, los establecidos por el Reglamento europeo que regula la Etiqueta Ecológica Europea, o en el caso de modelo de gestión también el EMAS (siendo todos ellos compatibles), relativo a la adhesión al Sistema de gestión medioambiental¹⁰, así como otras normativas y medidas previstas en materia de eco-eficiencia energética, responsabilidad ambiental, etc., que también son objeto de valoración posible a los efectos mencionados. Con todo, se trata “de guiar” hacia mayor compromiso y buenas prácticas de operadores y posibles contratistas, en aras de propiciar un modelo económico más respetuoso con los asuntos sociales y el medio ambiente, mejorar la calidad de vida. Fomentando fórmulas de producción y de consumo más responsable y sostenible. Ergo, a dicho fin parece esencial la contribución del Sector público, si se pretende impulsar de forma eficaz las prácticas de contratación más responsables: será fundamental que las desde las Administraciones competentes se insista en esta cuestión.

Este objetivo ha sido expresado mediante la *Estrategia Europa 2020*¹¹, documento emitido en marzo de 2010 que marca una agenda de crecimiento y empleo para la década 2010-2020; en concreto, propone una serie de acciones orientadas a procurar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, para lo cual es necesario eliminar algunos de los obstáculos y sesgos estructurales advertidos en la economía, incrementar la competitividad, productividad y guiar el buen funcionamiento hacia un paradigma económico más social basado en un modelo de mercado más sostenible. En nuestro país, la LCSP atiende a estas pretensiones y fija objetivos, Así, Estado, Comunidades Autónomas y Entidades locales ya han adoptado políticas públicas y medidas en este sentido¹².

servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar”(Public procurement for a better environment, COM (2008) 400).

¹⁰ Para mayor detalle sobre estos sistemas, normativa técnica ISO y acerca de los Reglamentos europeos que regulan el EMAS y, por otro lado, el Sistema Etiquetado ecológico europeo, vid., DOPAZO FRAGUÍO, P., “Gestión medioambiental y etiquetado ecológico: sistemas jurídicos europeos para promover la calidad ambiental (EMAS y EEE)”, en DOPAZO FRAGUÍO, M.P. (Dir.), AA.VV., *Derecho administrativo del medio ambiente: Temas y prácticas de actualidad jurídica*. Ed. Servicio publicaciones Facultad de Derecho, UCM. Madrid 2018. (pp. 81-110).

¹¹ [Comunicación \[COM\(2010\) 2020 final\] denominada Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.](#)

¹² Al respecto, vid., GÓMEZ - ACEBO & POMBO, “[La contratación pública ecológica en la normativa autonómica](#)”. Grupo de Contratos del Sector Público de GA_P N° 103 / 2012.

2.2. Evolución de la normativa europea y española

Un hito a destacar en este contexto es la última generación de directivas aprobadas en materia de contratación pública: las tres nuevas Directivas comunitarias, como son la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública¹³; la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (esta es muy novedosa al no disponer de precedente en la normativa comunitaria europea)¹⁴. Con estas Directivas se culmina el proceso europeo que se inició en el año 2010¹⁵. En concreto, véase el Considerando 2 de la Directiva 2014/24/UE, donde se señala que la contratación pública adquiere un rol fundamental en el marco estratégico trazado por la Estrategia Europa 2020, siendo de este modo identificada como una herramienta básica que podrán aplicarse en el mercado con objeto de lograr dicho modelo de crecimiento, asimismo que procurar un empleo eficiente de los recursos públicos. Con todo, se trata de configurar un modelo de contratación pública satisfactorio con base a una proyección más amplia del mismo, siendo un sistema eficiente que permita distinguir o premiar la calidad ambiental y asimismo asegure la cobertura de posibles riesgos ambientales. Ello implica tener en cuenta un empleo más responsable de los recursos públicos disponibles, y en este sentido la acreditación del cumplimiento ambiental efectivo puede ser un indicador fundamental, incluso para la supervisión y el control posterior de proyectos, obras y servicios contratados y en ejecución.

¹³ La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, aporta destacadas novedades en lo relativo a la consideración de criterios sociales en la contratación, vid., estos principios generales en su artículo 18.2, y al delimitar el objeto del contrato (artículo 62), criterios de adjudicación (artículo 67), y al referir las condiciones de ejecución, se posibilita señalar condiciones especiales de ejecución sociales o medioambientales (artículo 70), asimismo en lo relativo a lo previsto para supuesto de que no fuera posible la adjudicación del contrato (artículo 56) o para rechazar ofertas (artículo 69) en aquellos casos que no se cumpliera con las obligaciones del artículo 18.2.

¹⁴ Cfr., DOUE de 28 de marzo de 2014.

¹⁵ en el cual fueron objeto de debate distintas propuestas y negociaciones en la Comisión, en el Consejo de la Unión Europea y hasta llegar al Parlamento y al Consejo, donde finalmente fueron aprobadas, el 15 de enero de 2014, y publicadas en el DOUE el 28 de marzo de 2014

2.3. Valor estratégico de la actual Ley de Contratos del Sector público (LCSP)

La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014¹⁶, de forma expresa, señala en su Preámbulo,

“Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la presente Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio. Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.”

Esta LCSP entra en vigor con carácter general el 9 de marzo de 2018, incorporando aportaciones importantes, entre ellas hay que significar el hacer primar un enfoque basado en estimar la calidad y no solo el precio, y asimismo supone adoptar un modelo de contratación más estratégico, destinado a promover una contratación pública más funcional y eficiente¹⁷. En este sentido, también hay que observar el desarrollo de normativa autonómica que complementa a esta legislación básica estatal, y distintas iniciativas por algunas Administraciones locales, como por ejemplo la elaboración de guías y medidas para propiciar modelos contractuales que incorporen cláusulas sociales en los procedimientos de contratación pública. Al respecto, en el presente no hay duda alguna acerca del importante rol que desempeña la herramienta de la contratación pública a los efectos expresados¹⁸, tal y

¹⁶ BOE núm. 272, de 09/11/2017.

¹⁷ Cfr., [Real Decreto 94/2018, de 2 de marzo, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios sociales en la contratación pública](#). BOE núm. 57, de 6 de marzo de 2018.

¹⁸ HERNÁNDEZ SALGUERO, E., “[La contratación socialmente estratégica y los criterios de adjudicación](#)”, en *Observatorio de Contratación Pública*, 22 de febrero de 2016.

como señala de forma expresa el legislador europeo y nacional¹⁹, asimismo la doctrina científica²⁰.

3. EL SISTEMA ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL COMO PRESUPUESTO Y GARANTÍA

3.1. El sistema administrativo de RMA. Marco regulatorio y características

La Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRMA), modificada por la Ley 11/2014, de 3 de julio, establece el actual Sistema jurídico de responsabilidad medioambiental, aplicable en el Derecho español. Esta regulación básica ha configurado un avanzado modelo administrativo de reparación de los daños ambientales, y de naturaleza mixta, ya que combina los criterios de responsabilidad objetiva y subjetiva, posibilitando la aplicación del principio contaminador-pagador. Asimismo, se caracteriza por su principal finalidad preventiva y garantista, con objeto de identificar y asegurar el marco de responsabilidad que ha de corresponder a cada operador o sujeto que desarrolle una actividad

¹⁹ Cfr., Preámbulo, LCSP 9/2017, donde se expone y motiva, que “En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada «Estrategia Europa 2020», dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos. (.../...). Para lograr este último objetivo por primera vez se establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato”. (Nota: lo subrayado corresponde al autor).

²⁰ Al respecto, entre otros trabajos, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., “Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública”. *Revista Española de Derecho Europeo*. nº 56, octubre-diciembre 2015. pp. 13-42. GIMENO FELIÚ, J.M., “Compra pública estratégica”, en PERNAS GARCÍA J.J., (Dir.) *Contratación Pública Estratégica*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2013. PERNAS GARCÍA, J.J., “[Contratación pública verde: hacia una mayor claridad jurídica en el uso estratégico de las compras públicas](#)”, en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2013*. Aranzadi, Cizur Menor 2013. pp. 357-374. HERNÁNDEZ SALGUERO, E., “La contratación socialmente estratégica y los criterios de adjudicación”, op. cit. (Fecha consulta: 11/02/2019).

económica con potenciales riesgos ambientales²¹. Hay que destacar que vía este sistema articula una responsabilidad ilimitada, en donde el deber de prevenir y, en su caso, de reparar los daños ambientales lo asumirá el operador responsable (restablecer los recursos naturales dañados, si fuera posible, o sufragar los costes de medidas preventivas y/o reparadoras,...). Por tanto, se hace hincapié en el deber de cobertura y en la restauración total del medio afectado, de forma que se focaliza y prima el valor medioambiental. Además, este régimen configura una responsabilidad objetiva, y por ende no dependiente de la concurrencia de dolo, culpa o negligencia.

3.2. La posible funcionalidad añadida de la contratación pública como vía para prevenir daños ambientales y reforzar el Régimen administrativo de Responsabilidad ambiental

En atención a la importancia del enfoque preventivo de este Sistema de RMA, se justifica que pudiera ser observado y aplicado para todo tipo de actividades y conductas que puedan implicar riesgos ambientales, y en consecuencia, no solo en el caso de aquellas tasadas a priori por su mayor riesgo. En cualquier caso, estimamos que aplicar la metodología del análisis de riesgos ha de ser un requisito esencial para evaluar cada supuesto, en especial su exigencia puede quedar justificada en el ámbito de la contratación pública. En efecto, el sistema de RMA se configura como un régimen administrativo en la medida en la que establece una serie de potestades administrativas que la Administración pública ejercerá garantizando el cumplimiento de la ley y en interés público. A su vez, el análisis del riesgo es determinante para la constitución de garantías financieras en aquellos supuestos de actividades de alto grado de impacto (o al menos, aquellas así observadas con base a lo previsto por la Ley), cfr., Garantías financieras obligatorias exigidas por la LRMA²².

²¹ Estudios sobre el vigente régimen jurídico de RMA, in extenso, vid., DOPAZO FRAGUÍO, M^a Pilar, “[El sistema jurídico de responsabilidad medioambiental: análisis de riesgos y compliance legal](#)”, [Revista Aranzadi de Derecho Ambiental](#), n.º. 31, 2015 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a D. Ramón Martín Mateo (II)), pp. 333-372. Y, con carácter previo, del mismo autor/a, “[Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales en España: implicaciones jurídicas y estratégicas](#)”, [Revista de Estudios Jurídicos UNESP](#), Vol. 14, N.º. 20, 2010, pp. 1-24.

²² Analizando la deslegalización de la exigencia de las garantías financieras, y las implicaciones que ello supone para la “efectividad del régimen de responsabilidad medioambiental”, vid., BELTRÁN CASTELLANOS, J.M., “[Responsabilidad medioambiental: ¿Exigir garantías financieras en tiempos de crisis?](#)” Comunicación, Congreso

Si bien, la vigente LCSP de forma expresa no hace referencia al régimen de RMA, es razonable interpretar que su consideración y aplicación quedaría comprendida a la hora de la determinación de la solvencia de los contratistas y para valorar el grado de cumplimiento relativo a los aspectos ambientales. Por ende, cabe interpretar que los tradicionales requisitos de solvencia técnica y profesional así como económico-financiera han de ser ahora también interpretados a tenor de lo mencionado, pues resulta razonable esta interpretación integradora de lo preceptuado por ambos textos regulatorios, LCSP y LRMA. Conforme a este planteamiento global, a modo de reflexión, cabe estimar la posible funcionalidad añadida del instrumento de la contratación pública en términos o para fines ambientales, y útil en pos de reforzar el nivel de exigencia actual previsto por Sistema administrativo de RMA (sobre todo habiendo sido flexibilizado en virtud de sus últimas reformas de 2014 y sobre todo de 2015²³, con el fin –en principio– de facilitar su cumplimiento)²⁴.

4. CONCLUSIÓN

Tal y como ha sido expuesto (*supra*), cabe concluir afirmando que hoy la contratación pública también es concebida como un instrumentos canalizador e impulsor del cumplimiento ambiental²⁵, y, por ende, facilitador y clave para incentivar mejores prácticas, como medio a fin de promover un emprendimiento social/ambiental más responsable y dinamizar la economía conforme al nuevo paradigma. En este sentido, la contratación pública se configura una herramienta jurídica y estratégica con alto potencial, que supone el ejercicio de potestades al servicio del interés público, dando cumplimiento efectivo a las políticas públicas. Por lo que resulta coherente interpretar que a través de esta concepción actual, la contratación pública pueda ser una vía para reforzar otros regímenes e institutos jurídicos destinados de forma específica a la tutela ambiental, en particular, en orden a evaluar y asegurar el marco de responsabilidad ambiental que deben asumir operadores/contratistas.

“Derecho ambiental para una economía verde”, A Coruña, 19 y 20 de noviembre de 2015. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol.7 n.º.1, 2016.

²³ Sobre todo considerando la última reforma reglamentaria practicada en esta materia, en virtud del *Real Decreto* 183/2015, de 13 de marzo.

²⁴ Vid., [Informes de aplicación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, y exigencia de responsabilidad medioambiental](#)

²⁵ ROMÁN MÁRQUEZ, A., “[Contratación pública ecológica y objeto del contrato: el diseño «verde» de las prestaciones contractuales en el derecho comunitario e interno](#)”, *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, n.º. 39, 2018, pp. 97-132.

5. BIBLIOGRAFÍA

- DOPAZO FRAGUÍO, M. P. Informes de Responsabilidad Social Corporativa (RSC): Fuentes de Información y Documentación. *Revista General De Información Y Documentación*, n. 22, pp. 279-305. Disponible en: https://doi.org/10.5209/rev_RGID.2012.v22.39666 (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- El sistema jurídico de responsabilidad medioambiental: análisis de riesgos y compliance legal. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 31, 2015 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a D. Ramón Martín Mateo (II)), pp. 333-372. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5219535> (Fecha de último 30-04-2020)
 - La evolución del régimen jurídico de responsabilidad medioambiental en España: (Principales aspectos del Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo). *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, n. 162, 2015, pp. 177-208.
 - Gestión medioambiental y etiquetado ecológico: sistemas jurídicos europeos para promover la calidad ambiental (EMAS y EEE). En: DOPAZO FRAGUÍO, M.P. (Dir.). *Derecho administrativo del medio ambiente: Temas y prácticas de actualidad jurídica*. Madrid: Servicio publicaciones Facultad de Derecho, UCM, 2018, pp. 81-110. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=713084> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
 - El sistema jurídico de responsabilidad medioambiental: análisis de riesgos y compliance legal. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 31, 2015, pp. 333-372. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5219535> (Fecha de último acceso 30-04-2020)
 - Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales en España: implicaciones jurídicas y estratégicas. *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, vol. 14, n. 20, 2010, pp. 1-24. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3997087> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- BELTRAN CASTELLANOS, J. M. El régimen tradicional de la responsabilidad por daños ambientales en España. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 39, 2018, pp. 133-184. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3768> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

- Responsabilidad medioambiental: ¿Exigir garantías financieras en tiempos de crisis?. Comunicación para el Congreso “Derecho ambiental para una economía verde”, A Coruña, 19 y 20 de noviembre de 2015. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol.7 n.º.1, 2016. DOI: <https://doi.org/10.17345/rcda1654>. Texto disponible en: <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/1654> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- GIMENO FELIÚ, J.M. Compra pública estratégica. En: PERNAS GARCÍA, J.J. (Dir.). *Contratación Pública Estratégica*. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- GÓMEZ - ACEBO & POMBO *La contratación pública ecológica en la normativa autonómica*. Grupo de Contratos del Sector Público de GA_P N.º 103 / 2012. Disponible en: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/12/La-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica-ecol%C3%B3gica-en-la-normativa-auton%C3%B3mica-G.C.S.P.-N.%C2%BA-103.pdf> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública. *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 56, octubre-diciembre 2015, pp. 13-42.
- HERNÁNDEZ SALGUERO, E. La contratación socialmente estratégica y los criterios de adjudicación. *Observatorio de Contratación Pública*, 22 de febrero de 2016. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.231/relcategoria.208/relmenu.3/chk.fa2174845edd761555e3853ecaf95d5a> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- LOZANO CUTANDA, B. La reducción de las actividades a las que se exige garantía financiera obligatoria en el Sistema de responsabilidad medioambiental (Real Decreto 183/2015). *Actualidad Jurídica Ambiental*, 27 de abril de 2015 http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2015/04/2015_04_27_-Blanca-Lozano_Garantia-financiera-responsabilidad-ambiental.pdf (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- PERNAS GARCÍA, J.J. Contratación pública verde: hacia una mayor claridad jurídica en el uso estratégico de las compras públicas. En: LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Observatorio de políticas ambientales 2013*. Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2013, pp.

357-374. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2010/06/11_OPAM-13.pdf#page=357

POVEDA GÓMEZ, P.; LOZANO CUTANDA, B. Ley 11/2014, de 3 de julio, de modificación de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental: análisis de sus novedades. *Diario La Ley*, n. 8371, 2014.

ROMÁN MÁRQUEZ, A. Contratación pública ecológica y objeto del contrato: el diseño «verde» de las prestaciones contractuales en el derecho comunitario e interno. *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, n. 39, 2018, pp. 97-132. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6361253> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

XXII. La paulatina consolidación del principio de no regresión ambiental en la jurisprudencia española

Jaime Doreste Hernández

Abogado Ambientalista

Profesor Asociado Universidad Autónoma de Madrid

jaimedoreste@icam.es

RESUMEN:

En la última década estamos asistiendo a la progresiva consolidación en la doctrina y en la práctica jurisprudencial del principio de no regresión ambiental, llamado a completar los postulados clásicos del derecho ambiental y constituyéndose como una auténtica cláusula de progreso del mismo que impide la reducción del nivel de protección ambiental establecido.

SUMARIO

1. Introducción	553
2. Desarrollo	555
2.1. La formulación doctrinal del principio de no regresión ambiental	555
2.2. La aceptación jurisprudencial del principio de no regresión ambiental.....	559
3. Conclusiones.....	562
4. Bibliografía.....	562

1. INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte, se ha ido consolidando en la doctrina más académica, pero también en la jurisprudencia, un nuevo principio del derecho ambiental llamado a completar e integrar los clásicos enunciados en la Declaración de Río¹ y los Tratados constitutivos de las instituciones comunitarias; nos referimos al principio de no regresión ambiental.

¹ [Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de](#)

La formulación de este principio persigue garantizar que no se adopten decisiones de política legislativa, reglamentaria o administrativa que pueda disminuir el nivel de protección del medio ambiente alcanzado hasta el momento, como reverso negativo de la ‘clausula de progreso’².

[Janeiro, en junio de 1992](#), que recoge 27 principios, generalmente aceptados como los principios básicos del derecho ambiental.

² JORDANO FRAGA -La Administración en el Estado Ambiental de Derecho-, "Revista de Administración Pública", núm. 173, mayo-agosto 2007, pp. 101-141.

La clausula de progreso, cuestionada por determinados autores por su potencial afección a la seguridad jurídica de los operadores (por todos J. Esteve Pardo, Derecho del Medio Ambiente, Ed. Marcial Pons, 2005), viene a implicar que las normas y títulos administrativos se encuentran sujetos a una obligación permanente de actualización en virtud del estado de la técnica o los avances científicos y ha sido expresamente admitida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Ponente: Antonio Martí García), en la que acepta el Alto Tribunal la exigencia de la Ordenanza Municipal sobre antenas de telefonía, radio y televisión del Ayuntamiento de Sedañá (Valencia) de que las instalaciones se adapten a la tecnología y diseño disponible en el mercado que menor impacto ambiental y visual provoque. Se trata de la denominada “cláusula de progreso” en relación con la aceptación de los conceptos jurídicos indeterminados, admisible por cuanto respeta el principio de seguridad jurídica.

En todo caso y como acertadamente señala TARRÉS VIVES en “Las mejores técnicas disponibles en materia ambiental: fórmulas para su determinación” de la obra colectiva “Derecho del medio ambiente y administración local”, Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, págs. 345-370, la clausula de progreso del derecho ambiental o clausula técnica no debe ser tomada a modo de la conocida “cláusula de progreso” propia del ámbito de la contratación pública, pese a que “existe entre ambas una lógica coincidencia de adaptación al progreso tecnológico; con la “cláusula de progreso” se perseguía siempre una mejor prestación del servicio (por ejemplo, la sustitución del gas por la electricidad en el alumbrado público). En el caso de las licencias también se ha tratado tradicionalmente de lograr esa adaptación tecnológica. Sin embargo, la cláusula técnica que legalmente se impone a las instalaciones industriales obedecía fundamentalmente a razones de policía, no de servicio público. Del mismo modo que hoy no son propiamente razones de policía o seguridad las que regirían, sino de riesgo.

Ahora no se trata de una mera incorporación tecnológica, sino de perfilar para cada instalación concreta aquellas mejores técnicas que resulten adecuadas para una mayor protección del medio ambiente y una minoración de los riesgos que, de modo obligado, deben verse desde una perspectiva global”.

2. DESARROLLO

2.1. La formulación doctrinal del principio de no regresión ambiental

Tal y como señala ÁLVAREZ BAQUERIZO³, con cita al profesor M. PRIEUR⁴, referencia en el Derecho ambiental europeo y Doctor Honoris Causa por la Universidad de Zaragoza:

“El principio de no regresión puede expresarse en un aserto similar a “no disminuir el patrimonio natural a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso, disminuyendo el alcance de las normas jurídicas dedicadas a su conservación”.

Este principio de no regresión fue formulado y desarrollado en el marco de los trabajos y reuniones de preparación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20); así por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo de 29 de septiembre de 2011 sobre la elaboración de una posición común de la UE en la preparación de la que, en su párrafo 97, interesó el “reconocimiento del principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente y los derechos fundamentales”.

Del mismo modo, la Recomendación número uno de la Reunión Mundial de Juristas y Asociaciones de Derecho Ambiental, en los trabajos preparativos de la Cumbre Río+20⁵, solicitó que se proclamase oficialmente en la declaración final de dicha Cumbre el principio de no regresión como un nuevo principio del derecho ambiental que complementase los principios ya proclamados en 1992.

³ “[Algunos principios del derecho ambiental y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País de octubre de 2011](#)”, Revista Catalana de Dret Ambiental Vol. II Núm. 2 (2011): 1 – 16.

⁴ “De l'urgente nécessité de reconnaître le principe de non régression en droit de l'environnement”, Ponencia presentada en la III Reunión Mundial de Juristas y de Asociaciones del Derecho Ambiental, Río+20: ¿quelle ambition pour l'environnement?, realizada entre los días 29 de septiembre y 1 de octubre de 2011 en la Universidad de Limoges, Francia.

⁵ La Recomendación núm. Uno de la Reunión Mundial de Juristas y Asociaciones de Derecho Ambiental, reunida en Limoges (Francia), del 29 de septiembre al 1 de octubre de 2011 rezaba: “Para evitar cualquier retroceso en la protección del medio ambiente, los Estados deben, en aras del interés común de la humanidad, reconocer y consagrar el principio de no regresión. Para ello, los Estados deben tomar las medidas necesarias para garantizar que ninguna acción pueda disminuir el nivel de protección del medio ambiente alcanzado hasta el momento”. Las recomendaciones de dicho encuentro se hayan disponibles en [este enlace](#).

Finalmente este principio fue posteriormente tímidamente positivizado en la “Declaración de Río + 20” en los siguientes términos: “(...) es esencial que no demos marcha atrás en nuestro compromiso con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁶”.

Como acertadamente apunta FERNANDO LÓPEZ RAMÓN el principio de no regresión ambiental es tanto una derivada del principio de sostenibilidad “que impone un progreso solidario con las generaciones futuras, solidaridad que implica no retroceder nunca en las medidas de protección del medio ambiente”⁷ como una adaptación de las circunstancias contemporáneas de la idea del progreso humano que está detrás de la Declaración de Derechos de 1793. Y es que como bien señala CARINA QUISPE, difícilmente podríamos garantizar la equidad intergeneracional⁸, es decir, el derecho de las generaciones futuras a gozar, desde la estabilidad ambiental, de las mismas oportunidades de desarrollo que tuvo la presente generación sin el reconocimiento o la consagración jurídica de la imposibilidad de reducir el nivel de protección ambiental legalmente establecido.

Para AMAYA ARIAS, en su tesis doctoral “El principio de no regresión en el derecho ambiental”⁹, éste principio:

“surge como una nueva formulación teórica, con importantes implicaciones en la práctica del Derecho Ambiental” y “[c]onsiste en la existencia de una obligación de no hacer: de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar la normativa vigente; en la medida en que dichas modificaciones conlleven a disminuir o afectar negativamente los niveles de protección ya alcanzados, salvo que esté debidamente justificado”.

⁶ Resolución 66/288 ‘El futuro que queremos’ aprobada por la Asamblea General de la ONU el 27 de julio de 2012 (apto. 20), conocida como la “Declaración de Río+20”.

⁷ D. Fernando López Ramón, en ‘Observatorio de Políticas Ambientales 2011’, Pamplona, Editorial Thomson-Aranzadi, 2011, “[Introducción general: regresiones del Derecho ambiental](#)”, págs. 20 y 21.

⁸ Como es sabido, el término “desarrollo sostenible” se formula por primera vez de forma oficial en 1987 en el Informe Brundtland (Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo, 1987) sobre el futuro del planeta y la relación entre medio ambiente y desarrollo, y se entiende como tal “aquel que satisface las necesidades presentes sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”. La equidad intergeneracional es, por tanto, una de las dimensiones esenciales del mismo.

⁹ Publicada en 2016 con el título homónimo por la Editorial Portal Derecho, S.A.

Resulta indiscutible, en nuestra opinión, el importantísimo papel que en la formulación y consolidación tanto teórica como práctica de este novedoso principio del derecho del medio ambiente desde el derecho ambiental iberoamericano, citándose al efecto a autores como PEÑA CHACÓN, ATILIO FRANZA, ESAÍN O QUISPE y destacándose aquí las reflexiones del Dr. Mario Peña Chacón¹⁰:

“El principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Para cumplir con dicho cometido se hace necesario avanzar en la protección ambiental, eventualmente mantenerla y por supuesto, evitar a toda costa retroceder.”

En todo caso, si bien el Principio de No Regresión está llamado a constituir un riguroso estándar para limitar el retroceso en el nivel de protección, éste no afecta a la regla democrática de mutabilidad de las normas, puesto que tal y como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 junio, FJ 6, “la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia”.

De modo que la consagración jurídica de este Principio de No Regresión Ambiental no supone ni la petrificación del ordenamiento jurídico ambiental, ni su inmutabilidad, “sino simplemente la garantía de no retroceder en la protección ambiental en nombre de otros intereses no ambientales, inferiores en su valoración jurídica” (ESAÍN).

¹⁰ MSc. Mario Peña Chacón, Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), en “El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, Revista Judicial, Costa Rica, N° 104, junio 2012 y Revista Electrónica de Derecho Ambiental, núm. 24, febrero de 2013.

Y es que el más elemental principio democrático implica que el ordenamiento jurídico – incluido el ambiental- no es inmutable. Muy por el contrario se encuentra en permanente cambio, ya sea para adaptarse a la realidad social, ya sea para forzar cambios en la misma; y las normas del derecho ambiental (o de la movilidad urbana si se quiere) no son ajenas a esta consideración. Pero al igual que en materia de Derechos Humanos ya no es posible desandar lo andado, tampoco lo es en la del derecho al ambiente adecuado consagrado en el artículo 45 CE. Como señala ATILIO FRANZA, “A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad y jurisprudencial que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales¹¹”.

De este modo el principio de no regresión está llamado a erigirse como un auténtico límite a la actuación de los Poderes Públicos, y, en consecuencia, actuar como un auténtico parámetro de validez de las actuaciones que incidan en el medio ambiente. Y ello con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas ambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del derecho ambiental¹².

En suma, el Principio de No Regresión tiene formidable potencialidad para la consolidación de la protección de la biodiversidad y el medio ambiente y, especialmente, en el mantenimiento y mejora de la calidad ambiental.

¹¹ Dr. Jorge Atilio Franza, Profesor Titular de Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad de Buenos Aires en “[El principio de no regresión del derecho ambiental](#)”, Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, 28 de noviembre de 2012.

¹² En palabras del Prof. Dr. D. Mario Peña Chacón, uno de los principales académicos que formularon este principio: “*La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder al status quo ante, respetando al menos, el nivel de protección ambiental ya logrado; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental actualmente adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección; asegurar la calidad de las normas ambientales; no vulnerar el derecho de las futuras generaciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ni disminuir el patrimonio ambiental a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso, todo lo anterior con la finalidad de asegurar condiciones ambientales aptas para la posteridad*”. ‘El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano’, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013.

2.2. La aceptación jurisprudencial del principio de no regresión ambiental

Este Principio de no regresión ambiental no es una mera construcción académica y doctrinal, sino que se trata de un auténtico principio general del derecho, informador del ordenamiento jurídico en los términos previstos en el artículo 1 del Código Civil, según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y, con matices, del Tribunal Constitucional.

Y así el Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico del “principio de no regresión del estándar de protección ambiental” en su Sentencia 233/2015, de 5 de noviembre en la que razonaba que

“el principio de no regresión del Derecho medioambiental (también conocido como cláusula stand-still) entronca con el propio fundamento originario de este sector del ordenamiento, y enuncia una estrategia sin duda plausible en orden a la conservación y utilización racional de los recursos naturales, que con distintas técnicas y denominaciones ha tenido ya recepción en algunas normas de carácter sectorial del Derecho internacional, europeo o nacional (STC 45/2015, de 5 de marzo, FJ 4) o en la jurisprudencia internacional o de los países de nuestro entorno...”

Sin embargo esta Sentencia, no exenta de bien merecida crítica doctrinal¹³, descarta que este principio de no regresión se encuentre “*implícito en el bloque constitucional*”¹⁴ (FJ 4º) apuntando que

“es hoy por hoy a lo sumo una lex non scripta en el Derecho internacional ambiental y, sin duda, constituye una formulación doctrinal avanzada que ya ha alumbrado una aspiración política de la que, por citar un documento significativo, se ha hecho eco la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de septiembre de 2011, sobre la elaboración de una posición común de la UE ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, “Río+20” (apartado 97)”.

¹³ JARIA I MANZANO, de la Universitat Rovira i Virgili considera como una “argumentación algo decepcionante y tímida” la del Tribunal Constitucional al efecto, y le achaca “echa[r] agua al vino [al] disolver la eventual relevancia del artículo 45 CE”.

¹⁴ La referida STC 233/2015, de 5 de noviembre, al tiempo que, niega o descarta el alcance constitucional del “principio de no regresión ambiental” –al tiempo que expresamente reconoce su vigencia- por “no poder identificar el deber de conservar el medio ambiente con el deber de conservar la norma”, puesto que “el deber constitucional se proyecta sobre el medio físico, en tanto que el principio de no regresión se predica del ordenamiento jurídico. En términos constitucionales, esta relevante diferencia significa que la norma no es intangible, y que por tanto la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación, en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente”.

Del mismo modo, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha reconocido la vigencia del principio de no regresión ambiental en distintas sentencias a partir del año 2012¹⁵, recordando, por ejemplo en la Sentencia de la Sección Quinta de 29 de noviembre (rec. 6440/2010) que

“(...) la protección del medio ambiente y los principios previstos en el artículo 45 de la Constitución (...) constituyen un deber insoslayable para los poderes públicos, para todos y que acorde con este deber, se ha venido implantando en el derecho medioambiental el principio de no regresión, "standstill", considerado como una "cláusula de statu quo" con la finalidad de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental y a la necesidad de interpretación de sus normas acorde con tal finalidad conservacionista y protectora (FJ 7)”.

Anteriormente las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero (rec. casación 3774/2009), FJ 9º, 29 de marzo (rec. 3425/2009) y de 10 de julio (rec. Casación 2483/2009), FJ 7º habían prestado particular atención al *principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos*, el cual *“exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos”* y que encuentra su sustrato legal tanto en el artículo 2 ‘Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible’ del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo¹⁶ como en el artículo 45 de la Constitución Española.

Nótese como en éstos el Tribunal Supremo ha aplicado el principio de no regresión ambiental para proscribir la reclasificación urbanística de suelos protegidos (sea por el planeamiento urbanístico, sea por la legislación forestal), mas enunciándolo como un *“ámbito propio del Derecho Medioambiental”* que *“cuenta... sin duda, con un importante apoyo en el ámbito normativo comunitario del medio ambiente que hoy impone el nuevo Tratado de Lisboa”* (y aplicable por ende a otros supuestos en los que el nivel de protección establecido pretenda verse reducido).

¹⁵ Sentencias de la Sección Quinta de 23 de febrero (rec. 3774/2009), de 29 de marzo (rec. 3425/2009), de 10 de julio (rec. 2483/2009) o 29 de noviembre (rec. 6440/2010), siendo ponente de todas ellas el Ilmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

¹⁶ Actual artículo 3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Posteriormente la Sentencia 637/2016 de 16 de marzo de la Sección Quinta de la Sala III del Tribunal Supremo (rec. 3966/2013)¹⁷ de la que fue ponente D. Francisco José Navarro Sanchís, reconoció la vigencia en materia medioambiental de los principios de precaución y prevención, así como el de no regresión, al tiempo que recuerda que la aplicación de las excepciones a las normas de protección ambiental deben ser *“sometidos en su interpretación a una necesaria regla restrictiva, dada su naturaleza”*(FJ 5º).

Por último, por su actualidad y relevancia no puede dejar de citarse el conflicto -primero político y posterior judicial- suscitado a raíz de la puesta en marcha en la ciudad de Madrid de la Zona de Bajas Emisiones ‘Madrid Central’ y su posterior desmantelamiento por la nueva corporación municipal surgida tras las elecciones municipales de 2019. En efecto, la nueva Junta de Gobierno acordó “una moratoria” en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración local para velar por el cumplimiento de las restricciones de acceso a ‘Madrid Central’, lo que se consideró como un retroceso en el estándar de protección del medio ambiente frente a la contaminación atmosférica tanto de partículas como de NOx y de la salud pública.

En este litigio, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 24 de Madrid adoptó la medida cautelar de suspensión de la eficacia de tal Acuerdo municipal interesada por la organización ecologista recurrente¹⁸ señalando que:

“Lo primero que debe destacarse es que ante una medida dirigida a la protección del medio ambiente como es Madrid Central, el Acuerdo municipal no ofrece ninguna alternativa para suplir la supresión de la zona de bajas emisiones, ni justifica tampoco que la misma haya sido ineficaz o haya producido un daño mayor del que trataba de evitar, ello en el plano medioambiental. La protección a la salud y

¹⁷ Esta sentencia declaró la nulidad de pleno derecho de la exclusión de las especies *Batrachocytrium dendrobatidis* (Quitridio), *Udaria pinnatifida* (Wakame), *Helianthus tuberosus* (Patata), *Cyprinus carpio* (Carpa común) y *Oncorhynchus mykiss* (Trucha Arco Iris) del Catálogo de Especies Exóticas Invasoras aprobado por el Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto y declarando la procedencia de ser catalogadas como tales. Todas ellas eran especies incluidas anteriormente en el Catálogo de Especies Exóticas Invasoras anteriormente vigente y aprobado por el Real Decreto 1628/2011, y su descatalogación suponía una reducción no justificada científicamente de los instrumentos jurídicos disponibles para combatir la amenaza para la biodiversidad que suponen.

¹⁸ Auto de 16 de julio de 2019 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 24 de Madrid (rec. 298/2019), F 6º.

al medio ambiente son principios que deben regir la actuación de los poderes públicos, y en este caso es exigible en mayor medida dado que se está suprimiendo una actuación tendente a proteger ambos bienes constitucionales, sin ofrecer alternativas ni medidas opcionales”.

3. CONCLUSIONES

Por tanto y en definitiva, no cabe dudar de la consolidación jurisprudencial en nuestro derecho interno del principio de no regresión ambiental, directamente conectado al mandato constitucional de la utilización racional de todos los recursos naturales, que, de una parte, proscribire y veta la reducción de los estándares de protección ambiental, y de otra, impone la necesidad de proteger los estándares de protección alcanzados por las normas medioambientales, con base al carácter finalista del derecho ambiental y a la debida interpretación de sus normas acorde con tal finalidad conservacionista y protectora.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ BAQUERIZO, C. Algunos principios del derecho ambiental y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País de octubre de 2011. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. II, n. 2, 2011, pp. 1-16.
- AMAYA ARIAS, Á. M. *El principio de no regresión en el derecho ambiental*. [España]: Portal Derecho, S.A., 2016.
- ATILIO FRANZA, J. *El principio de no regresión del derecho ambiental*. *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, 28 de noviembre de 2012.
- JARIA I MANZANO, J. Jurisprudencia constitucional en materia de protección del medio ambiente. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. VII, n., 2016, pp. 11-42.
- JORDANO FRAGA, J. La Administración en el Estado Ambiental de Derecho. *Revista de Administración Pública*, n. 173, mayo-agosto 2007, pp. 101-141.
- LÓPEZ RAMÓN, F. El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho Español. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 20, 2011
- Introducción general: regresiones del Derecho ambiental. En: *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*. Cizur menor (Navarra): Editorial Thomson-Aranzadi, 2011.

Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2010/06/09_OPAM-11.pdf#page=19

PEÑA CHACÓN, M. El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense. *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, n. 24, febrero de 2013.

TARRÉS VIVES, M. Las mejores técnicas disponibles en materia ambiental: fórmulas para su determinación. En: *Derecho del medio ambiente y administración local*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, pp. 345-370

– *El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano*. Madrid: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2013.

XXIII. La responsabilidad por el daño ambiental generado en el caso de la lucha contra el uso del veneno en España

*Carlos Javier Durá Alemañ (1), Zebensui Morales-Reyes (2), Pablo Ayerza (3), David de la Bodega (4),
Natividad Aguilera-Alcalá (2), Francisco Botella (2), José Jiménez Peinado (5), José Jiménez (6), José
Vicente López-Bao (7), Patricia Mateo-Tomás (7), Marcos Moleón (8), Pedro P. Olea (9), Esther
Sebastián-González (2), José Antonio Sánchez-Zapata (2).*

*Centro Internacional de Estudios en Derecho Ambiental (Cieda) (1), Universidad Miguel Hernández de
Elche (2), WWF/España (3), SEO/BirdLife (4), Licenciado en Derecho (5), Instituto de Investigación
en Recursos Cinegéticos - IREC (CSIC-UCLM-JCCM) (6), Universidad de Oviedo (7), Universidad de
Granada (8), Universidad Autónoma de Madrid (9)*

RESUMEN:

El uso ilegal del veneno es una de las principales amenazas para la conservación de especies, particularmente de carroñeros y depredadores. Aunque no existe información fiable sobre el impacto real del veneno en España, entre 1992 y 2013 se ha estimado que podrían haber muerto unos 185.000 animales entre aves y mamíferos.

A pesar del elevado número de episodios de envenenamiento en nuestro país, el número de sentencias relacionadas con casos de envenenamiento es muy pequeño. Se han analizado las sentencias obtenidas hasta ahora en España para, entre otras cuestiones, evaluar la frecuencia con la que la responsabilidad ambiental es reconocida en los casos de envenenamiento. En general, la práctica judicial parece cada vez más proclive a admitir la reparación del daño causado mediante la directa aplicación de los baremos oficiales de valoración de las especies afectadas por el veneno, sean silvestres o cinegéticas. Sin embargo parece existir cierta reticencia a diferenciar esta indemnización de la reparación del equilibrio ecológico perturbado mediante la imposición de medidas recuperadoras.

Una mejor implementación de la responsabilidad medioambiental pasa por la existencia de baremos oficiales de valoración de especies silvestres debidamente actualizados. También sería necesario que las medidas de reparación del equilibrio ecológico estuvieran fundamentadas con base científica.

Analizada la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, entendemos que no tendría aplicación en el caso del uso del veneno, entre otros motivos, por no incluirse ninguna de las actividades que ocasionan su uso en los anexos de dicha Ley.

SUMARIO

1. Introducción	565
2. Regulación administrativa y penal del uso del veneno	566
3. Resultados de la investigación.....	568
3.1. Metodología.....	568
3.2. Resultados.....	569
3.2.1. La responsabilidad por el daño ambiental causado por el uso del veneno	570
3.2.2. Posible aplicación de la Ley de responsabilidad medioambiental (LRM) 26/2007 de 23 de octubre.....	573
4. Conclusiones.....	574
5. Agradecimientos	575
6. Bibliografía.....	576

1. INTRODUCCIÓN

El uso ilegal del veneno es una de las principales amenazas para la conservación de especies, particularmente de carroñeros y depredadores. El objetivo principal del uso de veneno es la eliminación de animales silvestres considerados dañinos por su incidencia en multitud de actividades desarrolladas por el ser humano, como la caza, la ganadería, la agricultura, la colombicultura o la apicultura. Llegando incluso a ser utilizado para la eliminación de plagas o la disputa de conflictos entre particulares. (Cano et al. 2016). La gravedad de su utilización radica en que el veneno puede causar la muerte de manera masiva y no selectiva de animales en un breve espacio de tiempo.

En España, se estima entre 1992 y 2013 podrían haber muerto unos 185.000 animales entre aves y mamíferos, muchos de ellos en peligro de extinción como el águila imperial ibérica (*Aquila adalberti*), el buitre negro (*Aegypius monachus*), el quebrantahuesos (*Gypaetus barbatus*), el alimoche (*Neophron percnopterus*), el lince ibérico (*Lynx pardinus*) o el oso pardo (*Ursus arctos*) (Mateo-Tomas et al. 2012; Sanz-Aguilar et al. 2015; Cano et al.2016).

2. REGULACIÓN ADMINISTRATIVA Y PENAL DEL USO DEL VENENO

Las directivas más importantes para la conservación de la naturaleza en Europa, tanto la Directiva 2009/147/CE (relativa a las aves silvestres) como la Directiva 92/43/CEE (relativa a la conservación de las especies los principales hábitats europeos), prohíben el uso de métodos masivos y no selectivos para la caza o captura de animales silvestres. Ambas directivas recogen el espíritu del Convenio de Berna de 1979, así la Directiva de Aves obliga a los Estados miembros a prohibir los cebos envenenados (Anexo IV letra a), mientras que la Directiva Hábitats establece similar prohibición en su artículo 15 (Anexo VI letra a).

La trasposición de estas directivas europeas al marco regulatorio estatal se recoge en la Ley 42/07, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad. En concreto el artículo 62.3 establece que “...queda prohibida la tenencia, utilización y comercialización de todos los procedimientos masivos o no selectivos para la captura o muerte de animales”, enumerando en su anexo VII al veneno”.

Por otro lado, la respuesta estatal al uso del veneno viene desde dos ámbitos, por un lado, la Estrategia Nacional contra el Uso Ilegal de Cebos Envenenados en el Medio Natural en España, que debe ser tomada como criterio orientativo para las comunidades autónomas. Su estructura se establece en torno a tres cuestiones principales. a) información y mejora del conocimiento sobre el uso ilegal del veneno. b) Prevención, disuasión y c) persecución del delito.

Las comunidades autónomas, por su parte, también han establecido normas para tratar de erradicar el uso del veneno. Ha sido en primera instancia la legislación sectorial, principalmente la legislación reguladora de la actividad cinegética, y posteriormente la

legislación específica de protección de la naturaleza. De esta manera se han aprobado diversas normas autonómicas donde se han desarrollado preceptos para la lucha contra el uso del veneno a los que hay que sumar los instrumentos de planificación, fundamentalmente Estrategias y Planes de actuación contra el uso ilegal de venenos (12 CCAA cuentan en estos momentos con alguno de estos instrumentos).

La consideración del uso del veneno como delito viene recogida en el artículo 336 del Código Penal de 1995 y se trata de un delito de riesgo cuya comisión únicamente requiere su colocación, independientemente o no de que conlleve la muerte de animal alguno (cuando esto sucede obteniéndose como resultado la muerte de algún animal son de aplicación los artículos 334 y 335 del citado Código Penal). Esta situación es otro ejemplo de que el desarrollo del derecho ambiental ha ido paulatinamente prestando una mayor atención a esta problemática, incrementando gradualmente las condenas por las conductas cometidas, estando agravadas en el caso de que las repercusiones de dicha acción conlleven la muerte de un animal, sucedan en un espacio natural protegido o causen un daño notorio. La pena prevista en el Código Penal del 95 consiste en la de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 8 a 24 meses. El artículo 337 establecía la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la caza o pesca por un tiempo de 3 a 8 años, el cual fue reformado por la Ley de 15/2003 a la pena de prisión de 4 meses a 8 años.

Muchas son las cuestiones que afectan a la práctica judicial, pero sin lugar a dudas una de las más importantes sería la reparación del daño ambiental causado y la posible responsabilidad civil “*ex delicto*” por el uso de cebos envenenados. Esto último sucede cuando además de acreditarse la comisión del delito, se encuentran animales muertos a consecuencia del uso del veneno. Esta cuestión, lógicamente lleva consigo la correspondiente indemnización que será establecida entre otros criterios conforme a los dispares baremos acordados por las comunidades autónomas que cuentan con normativa específica de valoración de fauna (Andalucía, Asturias, Castilla-La Mancha, Madrid, Navarra y Valencia). Su regulación se estableció mediante la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, de 23 de noviembre, en concreto en los artículos 109-126; 339, 1902.

Destacamos los siguientes artículos: Art. 109 CP. 1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. Artículo 110. La responsabilidad comprende: 1.º La restitución.

2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales. Artículo 111. 1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. Artículo 116. 1. Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Artículo 339. Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.

3. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Metodología

Se han buscado sentencias relacionadas con casos de envenenamiento en España utilizando diversos buscadores: Tirant lo Blanc, Aranzadi, El derecho.com, vLex, La Ley/Thomson Reuters, Cendoj (Consejo General del Poder Judicial). También se contó con la base de datos de sentencias de la fiscalía general de medio ambiente y las que previamente habían ido recopilando durante muchos años tanto WWF/España como SEO/BirdLife (disponibles en [la web](#)).

Las palabras clave para realizar dicha búsqueda fueron ‘envenenamiento’, ‘veneno’, ‘fauna’, el nombre de los venenos (e.g. aldicarb), así como los nombres comunes de las especies de fauna susceptibles de ser envenenadas (e.g. milano). Fue interesante comprobar como cada buscador de sentencias aportaban una parte importante sentencias diferentes a las del resto de buscadores. Se analizaron sentencias tanto por la vía penal como por la vía contencioso administrativa. Adicionalmente, se solicitaron a las distintas comunidades autónomas la información respecto a las resoluciones administrativas sancionadoras a través del Convenio de Aarhus.

3.2. Resultados

En total, un mínimo de 155 sentencias: 117 penales y 38 administrativas durante el periodo comprendido entre los años 1993-2018. Teniendo en cuenta la gran cantidad de episodios de envenenamiento -8.500 registrados en España en los últimos lustros (Cano et al. 2016)-, llama poderosamente la atención el escaso número de casos que acaban en sentencia. De todas las sentencias analizadas (n = 155), en el 73,5% de los casos obtuvieron sentencia condenatoria, en el 19,2% fueron absueltos, mientras que el 7,3% de las sentencias incluyeron tanto condenados como absueltos.

Por comunidades autónomas, Castilla-La Mancha ha sido la comunidad con un mayor número de sentencias (26,5%), seguida de Andalucía (17,4%), Castilla y León (12,3%), Cataluña (10,3%), Extremadura (5,8%), Madrid (5,2%), Aragón (3,9%), Murcia (3,9%), Navarra (3,9%), Galicia (2,6%), Islas Baleares (2,6%), La Rioja (2,6%), Canarias (1,3%), Asturias (0,6%), Cantabria (0,6%) y Comunidad Valenciana (0,6%). Destacando el País Vasco por no presentar ninguna sentencia.

En relación con la motivación por la cual se realizaba la colocación de dichos cebos envenenados la eliminación de depredadores fue la práctica que más resultados aportó con un total de 60 sentencias (27,7% del total de sentencias), de las cuales 43 estaban relacionadas con la actividad cinegética. La agricultura representó el 7,7% de los casos y la actividad ganadera el 5,2%, seguida de la colombicultura, la eliminación de gatos o perros y el uso de veneno para la protección de aves de corral con 3,2% cada una, mientras que la eliminación de fauna silvestre en general (1,9%), la apicultura (1,3%) y razones de enemistad (0,6%) fueron menos importantes.

En relación a la detección de este tipo de casos, los agentes forestales fue el cuerpo que más denuncias formuló (32,9% de las sentencias), seguido del Seprona (23,2%), mientras que vecinos o particulares detectaron el 13,5%. Las ONG también han tenido un papel decisivo participando como denunciante en el 16,8% de los casos analizados (destacando WWF/España, SEO/BirdLife, Ecologistas en Acción, Fundación Gypaetus, entre otras). En cuanto al lugar de colocación de los cebos, la mayor parte (56,1% de las sentencias) tuvieron lugar en terrenos cinegéticos (i.e. cotos de caza), mientras que un 5,8 % se han desarrollado en espacios naturales protegidos. Por lo que respecta a los venenos más empleados, se

encontraron alrededor de 30 sustancias tóxicas, entre las que destaca el aldicarb que fue empleado en el 34,2% de las sentencias analizadas, seguido del carbofurano (25,2%), el fentión (5,2%) y la estircnina (3,9%).

Las investigaciones llevadas a cabo en los casos de envenenamiento revisten de una gran complejidad debida fundamentalmente a las dificultades de acreditar la imputación de los hechos ante la ausencia de testigos y en lugares de difícil acceso, algo que sucede en la mayor parte de ocasiones. Por ello es necesario acudir a indicios que nos sirvan para apoyar la investigación. De las sentencias analizadas, en el 68% de los casos fue clave la denominada prueba indiciaria.

3.2.1. La responsabilidad por el daño ambiental causado por el uso del veneno

De las sentencias estudiadas, el 62,3% tuvieron consigo una responsabilidad civil con la obligación de indemnizar, reparar el daño y/o adoptar medidas por ocasionar la muerte de ejemplares de especies a consecuencia del uso de venenos. Sin embargo, solo un 4,9% de las sentencias establecieron la necesidad de adoptar medidas (adicionales a la indemnización económica) de recuperación por el daño ambiental ocasionado.

Destacamos los siguientes pronunciamientos al respecto (considerando únicamente los resultados en la vía penal, es decir, no se han tenido en cuenta los resultados obtenidos en la vía administrativa relacionada con el cierre del coto):

1. Sentencia de seis de junio de 2013 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, nº 150/13, en la que frente al pronunciamiento de primera instancia, impone que la valoración más objetiva del lince muerto por el uso de veneno es el establecido en el baremo administrativo vigente al momento de los hechos, reduciendo el importe de más de cien mil euros que impone la sentencia de primera instancia a los seis mil establecidos para la especie hasta la sustitución de dicha tabla oficial de valoración por disposición legal posterior a la fecha de comisión de los hechos.

“En consecuencia, la normativa existente a la fecha de los hechos (17/10/08), y por tanto vigente al no haber sido expresamente derogada hasta el referido Decreto 23/2012, de 14 de febrero, en lo referente a la valoración del lince, era el Decreto 4/1986, de 22 de enero, debiendo calificarse éste como la norma más objetiva a los efectos de fijar la indemnización correspondiente en concepto de coste de reposición”.

2. Sentencia de 15 de octubre de 2015, nº 447/15, del Juzgado de lo Penal 1 de Ciudad Real, que impone al condenado el pago de 360.000.- € más actualizaciones de IPC por la muerte de seis ejemplares de águila imperial:

“Séptimo- De conformidad con los arts. 116 y ss. del Código Penal, que regulan la responsabilidad civil, el acusado indemnizará a la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha en la cantidad de 360.000 euros, más las actualizaciones del IPC desde el año 2008, por entender esta cantidad plenamente adecuada al valor de los ejemplares envenenados, de conformidad con el Decreto 67/2008, de 13 de mayo, norma que determina, de forma plenamente objetiva y técnica, el valor de las especies de fauna silvestre amenazada, en este caso el valor del ejemplar de Águila Imperial Ibérica el cual fija en 60.000 euros.”

3. Sentencia de ocho de junio de 2015, nº 145/2015, del Juzgado de lo Penal número Tres de Santander, que impone no sólo la indemnización económica procedente por aplicación de la valoración autonómica de los ejemplares de fauna afectados por el veneno, sino también medidas de recuperación de la principal especie afectada, el milano real, mediante el pago a cargo del condenado de los correspondientes estudios sobre la evolución de las poblaciones:

“Noveno: ...En este caso al acusado deberá indemnizar al Gobierno de Cantabria (arts. 116.1 y 1.902 C.P), conforme al informe de fecha 16/01/15, ratificado en la vista por los ejemplares de especies silvestres afectadas de 11 milanos reales, y 4 buitres, según su respectivo régimen de protección, así como un zorro en atención a la valoración económica de los mismos incluida en la Orden 31/2014 de 12 de mayo, por la que se aprueba el Plan de Acción para la erradicación de uso ilegal de cebos envenenados en el medio natural de Cantabria, en su Anexo IV, a razón de 6000 euros unidad por los dos primeros y 90 euros por el tercero en la suma de 90.270 euros, al estimar la misma la más adecuada y adaptada a las características de la comunidad, para la cuantificación económica de los daños ambientales y causados al ecosistema. Además de conformidad con lo dispuesto por el art. 339 del CP, según el cual, se ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, debiendo primer al respecto criterios técnicos

comprendido en aquel informe, en el que se proponen como medidas compensatorias, la realización de seguimiento de la población invernante de milano real y prospección en época de reproducción en el área de distribución histórica de la especie durante un periodo de 3 años, por las características señaladas de especie migratoria parcial y la conveniencia del seguimiento de la población invernante, así como la población en época de reproducción en Cantabria, con los objetivos, metodología y plazo indicados, en función del coste anual calculado del censo de milano real en 9.500 euros, debe incluirse también la cantidad de 28.500 euros, por dicho concepto en compensación del desequilibrio ecológico, en ambos casos con aplicación de los intereses del art. 576 de la LEC.

4. Sentencia de 17 de junio de 2013 del Juzgado de lo Penal número 1 de Don Benito, nº 141/2013, en la que se impone el pago de 30.000.- € por la muerte de las especies afectadas por el veneno (en especial un alimoche radiomarcado), y las medidas de recuperación que se determinen en ejecución de sentencia para la recuperación del equilibrio ecológico. Dichas medidas se concretaron por Auto posterior en el radiomarcado y seguimiento de dos buitres negros adultos de la zona donde apareció el veneno (empleado con finalidad ganadera) de forma que actuaran como especies centinelas disuasorias del uso de cebos envenenados, con un presupuesto a cargo del acusado de 9.400.- €.

“...consta claramente en autos que del informe del jefe del Servicio de Conservación de la Naturaleza y Áreas Protegidas se concreta la valoración de las medidas para restablecer el equilibrio ecológico perturbado, fijando la cantidad en 9.400 euros, y el mismo informe aclara que tal cantidad se deriva del coste de dos emisores solares GPS/GSM, sumado al coste mensual de transmisión durante cuatro años y medio y sumado al coste del material del arnés”.

5. Sentencia 126/19 de 30 de abril de 2019 del Juzgado de lo Penal 2 de Pamplona, actualmente pendiente de recurso de apelación, en la que además de imponer el pago de las cantidades en las que están valoradas los ejemplares afectados por el uso de veneno, impone a cargo de los condenados la ejecución de las medidas de recuperación del equilibrio ecológico perturbado por la acción delictiva, valorando las mismas de acuerdo al informe emitido al efecto por la administración ambiental de la Comunidad Foral:

“Medidas necesarias para restaurar el equilibrio ecológico perturbado: tales medidas, según el informe antes referido, incluyen el establecimiento en una zona de 5 kilómetros alrededor del dormitorio del Culebrete, en los meses de junio a agosto, de unos seis comederos con comida suficiente y exenta de plomo u otras sustancias similares para el consumo de las rapaces, en la medida en que la población de las especies afectadas no se haya recuperado suficientemente; así como el marcaje por radioseguimiento terrestre de varios animales de las especies afectadas, de cara a monitorear la evolución de su recuperación. El coste de todo ello se cifra en 6000 euros. Sumando todos los conceptos, la indemnización a satisfacer asciende a 67.538,65 euros”.

3.2.2. Posible aplicación de la Ley de responsabilidad medioambiental (LRM) 26/2007 de 23 de octubre

La Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental traspuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Esta Ley trata de completar el marco legal de protección de los recursos naturales, pues los daños medioambientales con origen en la comisión de infracciones administrativas o penales ya estaban tipificados por las distintas normas sectoriales, las cuales venían estipulando de ordinario la obligación de restitución de los perjuicios derivados de tales actuaciones infractoras.

La responsabilidad medioambiental es una responsabilidad ilimitada, pues el contenido de la obligación de reparación (o, en su caso, de prevención) que asume el operador responsable consiste en devolver los recursos naturales dañados a su estado original, sufragando el total de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones preventivas o reparadoras. Ante este escenario, ¿Sería posible la aplicación de la LRM a los casos de envenenamiento?. Para aplicar la LRM debemos atender al impacto de la actividad. En el caso del uso de venenos, es en la actividad cinegética en la que más se han empleado. En la caza, la actividad es cazar y las labores que conlleva (replantaciones, comederos, refuerzos, manejo del medio...), no poner venenos.

Por otro lado, para que fuese aplicable deberían concurrir "efectos adversos significativos" tal y como establece el artículo 2 de la LRM. Por consiguiente, se debería estar ante casos gravísimos de envenenamiento. Pero existen dos dificultades importantes añadidas: primero que debe haber una amenaza inminente, y no la hay simplemente porque se lleve a cabo una

actividad cinegética. Y sólo se podrá derivar efecto adverso significativo de la actividad cinegética, no de los delitos o infracciones que de forma aislada se produzcan en torno a la misma. Ello sería como presuponer que los envenenadores son los dueños de los cotos, algo que estaría incluso prohibido por ir en contra del principio de presunción de inocencia. Y segundo porque la ley se podría utilizar, quizás, desde el concepto de implantar "medidas de evitación de nuevos daños". Es decir, a posteriori con daños ya constatados. Y para esto está la facultad de suspender la actividad cinegética por la Administración de manera cautelar con los argumentos habituales para estos casos.

Para que pueda sancionarse, la tipificación de la LRM contempla que las medidas hayan sido "exigidas" por la Administración. Faltaría un requerimiento concreto a cada titular de coto señalando la existencia de un factor de amenaza inminente que debe corregirse y mitigarse por el titular de la actividad. Por todo ello, se presume compleja la aplicación de la LRM al uso de venenos. Solo funcionaría la existencia de una obligación legal (rango de ley) que obligue a los dueños de los cotos a evitar la existencia o colocación de cebos en sus cotos. Esta obligación es un deber objetivo y su incumplimiento genera responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia en la implantación de medidas eficaces. En definitiva, la Ley es demasiado genérica como para entender que haya establecida una obligación tan concreta dirigida a los dueños de los cotos.

4. CONCLUSIONES

La práctica judicial parece cada vez más proclive a admitir la reparación del daño causado mediante la directa aplicación de los baremos oficiales de valoración de las especies afectadas por el veneno, sean silvestres o cinegéticas, pero muestra cierta reticencia a diferenciar esta indemnización de la reparación del equilibrio ecológico perturbado mediante la imposición de medidas recuperadoras, de las que tan sólo se han podido localizar los anteriores ejemplos.

De ahí la importancia de contar con baremos oficiales de valoración de especies silvestres debidamente actualizados, que no sólo servirán para el caso del veneno, sino para cualquier otro delito o infracción administrativa, como el caso de las electrocuciones de aves. También sería relevante disponer de evaluaciones con rigor científico que facilitaran la toma de decisiones en relación a la imposición de medidas de reparación del equilibrio ecológico.

La administración en todo caso no pierde con el proceso penal su obligación de dictar medidas recuperadoras de carácter administrativo cuando se constate afección al medio, dado que no tienen naturaleza sancionadora. La eventual sentencia condenatoria lo único que genera es la posibilidad de que el coste económico o perjuicios derivados de la imposición de dichas medidas sobre terceros no condenados se pueda trasladar a los responsables penalmente como contenido de la obligación de reparar los daños y perjuicios causados con su acción. Esto exige en la práctica una coordinación efectiva y real entre la vía judicial y administrativa, y una actuación de la administración que en la mayoría de los casos se echa en falta por ausencia de tramitación de expedientes de imposición de medidas recuperadoras del equilibrio ecológico perturbado por el uso de veneno.

Desde el punto de vista procesal, entendemos que, si no se solicita en los escritos de acusación la imposición de medidas de recuperación del equilibrio ecológico, el Juzgado difícilmente las impondrá, aunque en principio nada obsta a que quedaran relegadas a la fase de ejecución de sentencia como contenido legal derivado del Art. 339 del Código Penal, consecuencia de la condena establecida cuando haya especies muertas por el uso de veneno. A este respecto, se ha constatado en la mayoría de los procedimientos que no se había solicitado por la acusación (en especial la Fiscalía) la imposición de dichas medidas, o no se habían emitido al respecto los adecuados informes técnicos por la administración, siendo aceptadas cuando se habían reclamado específicamente y se contaba con informes al respecto, como en los casos señalados.

Analizada la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, entendemos que no tendría aplicación en el caso del uso del veneno, entre otros motivos, por no incluirse ninguna de las actividades que ocasionan su uso en los anexos de dicha Ley.

5. AGRADECIMIENTOS

Esta comunicación se enmarca en el Proyecto del Plan Nacional denominado "Sostenibilidad, servicios ecosistémicos y carroñeros en sistemas agroganaderos: integrando ecología del movimiento, modelos de poblaciones y percepción social" referencia CGL2015-66966-C2-1-R (Ministerio de Economía y Competitividad y Fondo Europeo de Desarrollo Regional)", coordinado por el Departamento de Biología Aplicada (Área de Ecología) de la

Universidad Miguel Hernández de Elche y en el que participan investigadores de universidades como la Universidad de Granada, la Universidad de Oviedo, la Universidad Autónoma de Madrid, el Instituto de Investigación en Recursos Cinegéticos - IREC (CSIC-UCLM-JCCM) y varias ONG con una larga trayectoria en la lucha contra el veneno como SEO/BirdLife y WWF/España.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BODEGA ZUGASTI, D. *Sustancias que provocan el envenenamiento en la fauna silvestre*. [Madrid]: SEO/BirdLife, 2012.
- ; CANO, C.; AYERZA, P.; MÍNGUEZ, E. *El veneno en España*. Madrid: WWF y SEO/BirdLife, 2016.
- COMISIÓN Nacional de Protección de la Naturaleza. Ministerio de Medio Ambiente. *Estrategia Nacional contra el Uso Ilegal de Cebos Envenenados en el Medio Natural*. 2004.
- CONFERENCIA de partes. Convención de especies migratorias. *Minimizing the risk of poisoning to migratory birds*. Berger, 2011.
- DIRECTIVA 2009/147/CEE del parlamento europeo y del consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la conservación de las aves silvestres.
- DIRECTIVA 92/43/CEE del consejo de 21 de mayo de 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.
- DIRECTIVA 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental.
- Junta de Andalucía. Consejería de Medio Ambiente. *El uso ilegal de cebos envenenados: análisis técnico-jurídico*. 2010.
- MATEO-TOMÁS, P.; OLEA, P. P.; Sánchez- Barbudo, I. S.; Mateo, R. Alleviating human-wildlife conflicts: identifying the causes and mapping the risk of illegal poisoning of wild fauna. *Journal of Applied Ecology*, n, 2012, pp. 376-385.
- SANZ-AGUILAR, A., et al. Action on multiple fronts, illegal poisoning and wind farm planning, is required to reverse the decline of the Egyptian vulture in southern Spain. *Biological Conservation*, n. 187, 2015, pp. 10-18.
- SEO/BirdLife, et al. *Protocolo jurídico genérico de actuaciones administrativas y de coordinación con la vía penal derivadas del uso de cebos envenenados en el medio natural*. 2016.
- WWF. *Acción Legal contra el veneno en España*. Informe 2013..

XXIV. La aplicación del Convenio de Aarhus en el contencioso climático: el acceso a la información sobre emisiones

Susana Galera Rodrigo

Prof. Titular Derecho Administrativo

Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN:

La presente Comunicación aborda la aplicación del complejo régimen jurídico que, en el ámbito de la Unión Europea, se establece para el acceso a la información relacionado con emisiones –acceso a la información en general, acceso a la información ambiental y acceso a la información de emisiones GEI-. Tras su exposición, se analizan dos litigios que fueron resueltos ante la jurisdicción europea, que aclara tanto el acoplamiento entre las normas al tiempo que concreta la delimitación de conceptos esenciales para su aplicación.

SUMARIO

1. Precisiones previas.....	578
1.1 Del contencioso ambiental al contencioso climático	578
1.2 La regulación múltiple del acceso a la información sobre emisiones en el ordenamiento de la UE.....	581
2. Estudios de caso	585
2.1 El interés general público superior de divulgar la información sobre emisiones: la Sentencia del TJUE de 13 de julio 2017, Asunto C-60/15, Saint-Gobain.....	585
2.2 Información <i>indirecta</i> relacionada con emisiones: la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2010, Ville de Lyon.....	588
3. Conclusiones.....	593
4. Bibliografía.....	594

1. PRECISIONES PREVIAS

1.1 Del contencioso ambiental al contencioso climático

La lucha contra los efectos del cambio climático aparece como uno de los objetivos de la Política Ambiental Europea tras el Tratado de Lisboa –artículo 191 TFUE- y las normas que articulan las estrategias climáticas formarán parte del ordenamiento ambiental, aplicándoseles las especialidades que le son propias. Es aquí muy pertinente recordar que en el ordenamiento ambiental confluyen distintas disciplinas y en particular, por lo que aquí se va a tratar –información sobre emisiones- el ordenamiento jurídico administrativo y el ordenamiento mercantil: esta disociación emerge, como se verá, en la aplicación de una de las especificidades del ordenamiento ambiental –el acceso reforzado a la información- que conoce una especial resistencia en las previsiones disciplinadas por el ordenamiento mercantil¹.

Dejando a un lado de momento esta aclaración, puede afirmarse que con carácter general, el acceso a la información sobre emisiones, resultaría en su caso en un litigio que pondría de manifiesto las peculiaridades del ordenamiento ambiental en toda la sustanciación del proceso, desde las condiciones específicas de legitimación, el sofisticado e imbricado sistema de fuentes aplicables o el probable contenido técnico del debate procesal. Pero hay otras peculiaridades más hondas en los litigios sobre emisiones, no en tanto contenciosos ambientales sino en cuanto “contenciosos climáticos”.

Lo que se viene denominando “contencioso climático”, “litigios climáticos”, de reciente y rápida propagación en todo el mundo, presenta caracteres propios respecto del contencioso ambiental en el que se dirimen litigios relacionados con la contaminación: no se trata ya de los contenciosos que históricamente vienen provocando las actividades relacionadas con

¹ En este sentido se ha dicho que “el Derecho climático tiene una naturaleza esencialmente público-administrativa.... pero sin embargo genera indirectamente las bases para un abigarrado conjunto de actividades económicas de carácter privado ... (que) traban relaciones inter-privatos que son reguladas por el Derecho privado”, A.M. Moreno, “Perspectivas y Desarrollos recientes en el Derecho del Cambio Climático” en *Nuevas perspectivas del Derecho ambiental en el siglo XXI*, A. García Ureta (dir.), Marcial Pons 2018, pág. 132. Este autor señala determinadas notas peculiares del Derecho climático, como los principios de “responsabilidad común pero diferenciada” y de “solidaridad inter-generacional” entre otras (ibídem pág. 128 y ss.).

proyectos de energías fósiles, petróleo o minería, o proyectos de infraestructuras para la producción de energía hidráulica; o más recientemente, las actividades sujetas a evaluación de impacto o la técnica de la fractura hidráulica. Si estos contenciosos estaban relacionados con cuestiones de contaminación de aguas, suelos o atmósfera, en el contencioso climático “las motivaciones de las partes o las decisiones del Tribunal, directa y expresamente aluden a una cuestión de hecho o de Derecho relativa a la esencia de las causas o impactos del cambio climático”².

De esta forma, el debate procesal se encuentra necesariamente impregnado de barrocas consideraciones científicas y técnicas, que pueden ser la base de distintas estrategias políticas en la lucha contra los efectos del cambio climático, un debate que sobrepasa el marco tradicional y atribuido para el ejercicio de la función jurisdiccional: en primer lugar, se trasciende dicha función para desempeñar también otra no menos importante que es la de participación, de forma que adicionalmente cumple una función instrumental de gobernanza ambiental. Como se ha señalado, el público en general tiene en la jurisdicción un ámbito público que le resulta más accesible y directo que otras instancias –gubernativas, administrativas y legislativas³- en el que puede plantear debate y discusión sobre informes, evidencias científicas, daños y riesgos... relacionados con el cambio climático. En segundo lugar, este debate judicial, de base científica, arroja luz sobre la complejidad de los problemas a afrontar, la idoneidad de los instrumentos regulatorios y de cada nivel de regulación, además de proporcionar una respuesta a la urgencia de actuar en la elección de nuestro futuro energético y climático⁴, a menudo diluida en las discusiones y protocolos de un enfoque *top-down* de gobernanza climática. Desde esta perspectiva, se añadiría si fuera el caso⁵ una tercera función que cumplen los litigios climáticos, la de conformar y avanzar futuras regulaciones, que recogen el debate procesal y parten de la eventual obligación de actuar que la Sentencia señala al Gobierno.

² Peel, J., Osofsky, H.M., *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge University Press 2015, pág. 6.

³ Vid. Peel J., Osofsky, H.M., op. cit. pág. 251.

⁴ Vid. Peel J., Osofsky, H.M., op. cit. pág. 27.

⁵ Esto es, de tratarse de un litigio que trae causa en una acción, o inacción, gubernamental. A.M. Molina (op. cit. Pág. 148 y ss.) distingue hasta cuatro categorías de litigios climáticos: litigios de Derecho privado interno cuyos actores son sujetos privados; litigios de Derecho internacional privado, cuyos actores son empresas, o particulares, y empresas; litigios inter-administrativos regidos por el Derecho público interno; litigios de derecho público interno entre particulares y poderes público-administrativo nacionales.

Como es natural, no faltan opiniones críticas a estas múltiples facetas de la función jurisdiccional, que entre otros argumentos invocan la integridad de valores e instituciones básicas, desde la división de poderes y los actos políticos al régimen de responsabilidad, al tiempo que cuestionan la aptitud e idoneidad del foro como sede de juridificación y politización del discurso científico⁶.

Más allá de este debate, resulta de interés al menos referir el Registro de litigios climáticos gestionado por la Universidad de Columbia⁷, inicialmente referido a los litigios en EEUU -1064 casos registrados desde 2007- y luego extendido al resto del mundo -306 casos desde 2011-, que ha servido como base para distinguir los elementos característicos del contencioso climático en distintas regiones del mundo⁸ –Estados Unidos⁹, Australia¹⁰, Canadá¹¹, Unión Europea¹², entre otras-.

⁶ En este sentido, y a raíz de la primera sentencia Urgenda, vid. L. Bergkamp y J.C. Hanekamp, “Climate Change Litigation against States: the perils of Court-Made Climate Policies”, *European Energy and Environmental Law Review*, October 2015.

⁷ [Climate Change Litigation Databases](#) (último acceso 2 de septiembre 2019).

⁸ Peel J., Osofsky H.M., op.cit. págs. 251 a 257, que indica la correspondiente bibliografía para cada uno de ellos.

⁹ Con su esencial y conocido caso *Massachusetts vs. EPA* (2007) que, entre otras interesantes cuestiones jurídicas, contiene una de las raras aplicaciones adecuadas del Principio de Precaución, al considerar que la Agencia de Medio Ambiente “no podía eludir su responsabilidad regulatoria invocando la falta de certeza científica, sino que estaba obligada a verificar si existía suficiente información para determina la existencia de peligro derivado del cambio climático”. Este asunto, básico en las políticas climáticas norteamericanas, se extiende hasta 2016; vid. en detalle Tomain, J.P., *Clean Power Politics. The democratization of Energy*, Cambridge University Press, 2017.

¹⁰ Segundo país en número de casos, y líder en litigación relativa a las medidas de adaptación, probablemente por haber sufrido en la década pasada fenómenos extremos relacionados con el cambio climático como severas sequías, incendios y tormentas intensas.

¹¹ Donde se recurre una decisión de base política como la retirada de la adhesión al Protocolo de Kyoto (2011)

¹² Respecto de la que se recogen tanto los litigios ante la jurisdicción europea –mayoritariamente relacionados con la asignación de derechos de emisión- como los que se suscitan ante las jurisdicciones nacionales –del que resulta paradigmático el asunto Urgenda (2015 y 2018) en la jurisdicción de Países Bajos.

1.2 La regulación múltiple del acceso a la información sobre emisiones en el ordenamiento de la UE

El punto de partida para abordar la información sobre emisiones debe considerar que, como información ambiental, hay un acceso reforzado derivado del Convenio de Aarhus, que vincula a la UE y a sus Estados, pero además y en este marco, un acceso privilegiado toda vez que en atención a sus consecuencias, “se ha de revelar la información relativa a las emisiones en el medio ambiente, ya que la *sociedad tienen un interés especial* en saber cómo le puede afectar una determinada emisión”¹³. Este acceso privilegiado se encuentra ya recogido en el Convenio de Aarhus, y está referido no sólo a la propia información sobre las sustancias liberadas sino a la relativa a las consecuencias de la liberación en el medio ambiente.

El acceso a la información sobre *emisiones* en poder de las autoridades públicas es objeto de una regulación múltiple, sucesiva y no coincidente, de la que resultan una serie de reglas generales, excepciones y excepciones a la excepción, régimen que afortunadamente se viene aclarando en sucesivos procesos judiciales.

En primer lugar, y con carácter general, tal pretensión de acceso estaría sujeta al régimen general de acceso a la información establecido en el Reglamento 1049/2001, en el que precipita la progresiva apertura a los ciudadanos de la información en poder de las instituciones –principio de apertura- cuyo reflejo normativo se generaliza en las últimas décadas del siglo pasado¹⁴. Este principio de apertura conoce sin embargo sus excepciones, esto es, los supuestos tasados en los que resulta admisible la denegación de acceso a la información que se solicita.

¹³ Vid. Conclusiones de la Abogado General Sra. KoKott, Asunto C-442/14, Bayer CropScience, resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 2016.

¹⁴ Además del artículo 42 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (Niza 2000), hay que recordar que considerar los sucesivos Tratados -Maastricht, Amsterdam, Lisboa-, sus declaraciones anejas y las correspondientes resoluciones, Comunicaciones y Códigos de Conducta que fueron aprobándose en consecuencia. Sobre estos antecedentes, vid. Guichot, E., *Transparencia y acceso a la información en el Derecho Europeo*, Sevilla, Ed. Derecho Global, 2011.

En segundo lugar, y por su naturaleza ambiental, la información sobre emisiones estaría en principio sujeta al derecho reforzado de acceso que establece el Convenio de Aarhus, y que como se ha adelantado, ya otorga un acceso reforzado a la información cuando se trata de emisiones frente a la denegación basada en la protección del secreto comercial o industrial – artículo 4, apdo. d/ del Convenio-.

En el marco europeo, el Convenio tiene un doble desarrollo que distingue el supuesto en el que la petición de información se dirige a las instituciones europeas de aquél en que dicha petición se dirige a las autoridades nacionales.

Tratándose de peticiones de información dirigidas a las instituciones europeas, el Convenio de Aarhus da lugar al Reglamento 1367/2006 que, por lo que aquí interesa, establece que cuando la información solicitada se refiere a emisiones al medio ambiente, se considera que la información reviste un interés público superior a los efectos de aplicar las excepciones establecidas en el régimen general –Reglamento 1049/2001- además de establecer el principio de interpretación restrictiva de los motivos de denegación –artículo 6.1-.

Si la petición de información se dirige a las autoridades nacionales, en aplicación del Convenio de Aarhus se aprobó la Directiva 2003/4/CE: también aquí, además del acceso reforzado a la información ambiental, se intensifica el acceso a la información cuando se trata de “emisiones”. Y es que la Directiva establece hasta ocho supuestos en los que las autoridades pueden denegar el acceso a la información ambiental solicitada –relacionados con la confidencialidad de los procedimientos, relaciones internacionales, confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial, propiedad intelectual, datos personales, intereses ambientales...-. Sin embargo, la denominada *cláusula de emisiones* –artículo 4, apdo. 2, cuarta frase- reduce los motivos de oposición a la solicitud a sólo tres –relaciones internacionales y defensa, procesos judiciales y propiedad intelectual-. Por lo que más adelante se tratará, hay que señalar que la “confidencialidad de los datos comerciales e industriales” no sustentará una denegación de acceso a la información cuando se trate de emisiones. De esta forma, el acceso a la información sobre emisiones está doblemente reforzado respecto al régimen general de acceso a la información: por tratarse de información ambiental y, en este marco, por ser objeto de menos excepciones que justifiquen la denegación de acceso.

Conviene precisar que la Directiva no precisa el concepto de “emisiones” ni el de “información relacionada con las emisiones”, conceptos que han sido objeto de delimitación en los litigios suscitados ante el TJUE y que han matizado la aparente rotundidad con la que normativamente se afirma el acceso a la información de emisiones. Y es que, como se verá, en una fuente determinada –expediente administrativo, registro- junto a información sobre emisiones puede haber otras informaciones que no lo son y en consecuencia no se benefician del régimen de acceso doblemente reforzado.

Por último, un tercer régimen jurídico establece determinaciones específicas sobre el acceso a la información sobre emisiones, contenidas en el régimen europeo de comercio de derechos de emisión –RCDE, Directiva 2003/87/CE- de la que, por lo que aquí se trata, hay que destacar:

- la regla general de acceso establecido en el artículo 17 bajo el título “acceso a la información”, que dispone: “La autoridad competente pondrá a disposición del público las decisiones sobre la asignación de derechos de emisión y los informes sobre las emisiones exigidos para la obtención del permiso de emisión de gases de invernadero que obren en poder de dicha autoridad, con sujeción a las restricciones establecidas en el apartado 3 del artículo 3 y en el artículo 4 de la Directiva 2003/4/CE”-acceso a la información ambiental-;
- pero por otra parte, prevé la creación de un Registro Independiente de Transacciones, el Diario de Transacciones de la Unión Europea (DTUE)¹⁵, “un registro que permita llevar *cuenta exacta de la titularidad, la transferencia y la cancelación de derechos de emisión*” (artículo 19, apdo 1), que “*será accesible al público* y constará de cuentas separadas donde se registrarán los derechos de emisión de que sea titular cada persona a la que se expidan o transfieran, o de la que se transfieran derechos de emisión” (artículo 19, apdo.2). Ya no hay aquí, como en el supuesto anterior, una remisión a la Directiva Aarhus, lo que resultará esencial para delimitar el acceso al Registro.

¹⁵ La regulación de este Registro constituye una evidencia del régimen centralizado de gestión, además de regulación, de la Política Climática de la UE. Sobre el particular, vid. Molina Hernández, C., “El registro de derechos de emisión de los gases de efecto invernadero de la Unión Europea”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 53, 2016.

El régimen jurídico del Registro queda remitido en la Directiva RCDE a un Reglamento de la Comisión que ha de establecer “un régimen normalizado y garantizado de registros nacionales, en forma de bases de datos electrónicas normalizadas, que consten de elementos comunes de información que permitan realizar el seguimiento de la expedición, la titularidad, *la transferencia* y la cancelación de los derechos de emisión, y que garanticen, en su caso, *el acceso del público y la confidencialidad*, y aseguren que no se produzcan transferencias incompatibles con las obligaciones derivadas del Protocolo de Kioto” (artículo 19, apdo. 3).

Actualmente tal mandato se satisface con el Reglamento 389/2013 de la Comisión¹⁶, que establece con carácter general un principio de confidencialidad de las informaciones del Registro, al establecer -artículo 110, apdo. 1- que:

“la información contenida en el DTUE, en el Registro de la Unión y en otros registros PK¹⁷, en particular los haberes de todas las cuentas, la totalidad de las transacciones efectuadas, el código exclusivo de identificación de unidad de los derechos de emisión y el valor numérico exclusivo del número de serie de unidad de las unidades de Kioto contenidas en una transacción o afectadas por ella¹⁸, se considerará confidencial a menos que se disponga otra cosa en el Derecho de la Unión o en disposiciones de la legislación nacional que persigan un objetivo legítimo compatible con el presente Reglamento y sean proporcionadas”

Tal confidencialidad sólo cede bien en los supuestos expresamente previstos –relacionados con la investigación y represión del fraude fiscal, fraude al RECDE, blanqueo de capitales, terrorismo y otros delitos graves, cuando se soliciten por determinadas autoridades¹⁹- bien en los supuestos tasados en los que detalla el carácter accesible de informaciones concretas. El Anexo XIV del RECDE diferencia distintas situaciones de accesibilidad:

¹⁶ Que sustituyó al anterior Reglamento 2216/2004 que se aplica en uno de los dos asuntos aquí analizados.

¹⁷ Así se refieren las distintas “unidades de Kyoto” –PK-, que vienen definidas en el Reglamento.

¹⁸ “El Registro se articula a través de anotaciones en cuenta, como forma de representación de los derechos de emisión de GEI, (lo que trae consigo) la representación registral de estos valores, es decir, asientos contables alfanuméricos que identifican el derecho por titularidades en las cuentas correspondientes.... (anotaciones que) ostentan un régimen jurídico propio inspirado en el sistema de los títulos-valor y en el sistema inmobiliario registral”, C. Molina Hernández, op. cit. Pág. 170.

¹⁹a) los cuerpos y fuerzas de seguridad y las autoridades fiscales de los Estados miembros b) la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude de la Comisión Europea; c) el Tribunal de Cuentas Europeo; d) Eurojust; e) las autoridades competentes contempladas en el artículo 11 de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (20) y en el artículo 37, apartado 1, de la Directiva 2005/60/CE; f) las autoridades de supervisión competentes a escala nacional; g) los administradores nacionales de los Estados miembros y las autoridades competentes a que se refiere el artículo 18 de la Directiva 2003/87/CE.

- por una parte, *Información relativa al régimen de comercio de derechos de emisión*, en el que distingue la información a disposición del público, del titular de la cuenta y del administrador nacional;
- por otra parte, la *Información relativa a la contabilidad de las Transacciones*, en la que distingue la que está a disposición del público de la que está a disposición del titular de la cuenta.

Resulta llamativo que el principio general de acceso a la información sobre “las decisiones de asignación de derechos de emisión y los informes sobre las emisiones exigidos para la obtención del permiso de emisión” establecido de gases de invernadero establecido en el artículo 17 de la Directiva RECDE, acabe en su normativa de desarrollo–Reglamento 389/2013 de la Comisión- reformulado como un principio general de confidencialidad de las informaciones contenidas en el Registro de emisiones que sólo cede en supuestos tasados y respecto de determinadas personas, de forma que parece que el acceso público a estas informaciones no es la regla –como declaraba la Directiva- sino la excepción –como regula el Reglamento de la Comisión-.

2. ESTUDIOS DE CASO

2.1 El interés general público superior de divulgar la información sobre emisiones: la Sentencia del TJUE de 13 de julio 2017, Asunto C-60/15, Saint-Gobain

El litigio inicial es un Recurso de Anulación que se plantea contra la Decisión de la Comisión denegando el acceso a una información solicitada por una empresa alemana; la información pretendida incluía entre otros extremos el número provisional de derechos de emisión que le había transmitido el Estado alemán a la Comisión en el marco del procedimiento de asignación. Toda vez que el Estado sólo dio un acceso parcial a esas informaciones, la empresa la solicitó después a la Comisión, que denegó el acceso en la Decisión impugnada y que dio lugar al Asunto T- 476/12, Recurso de Anulación ante el Tribunal General.

El Tribunal General ratificó el criterio de la Comisión y por tanto la denegación de acceso: esta Sentencia fue recurrida en Casación ante el TJUE –Asunto C-60/15 P- que revocó la Sentencia impugnada y declaró la denegación de acceso no conforme a derecho²⁰.

La razón principal de tal declaración, es que el Tribunal General aplicó las excepciones al acceso a la información establecidas en el régimen general de acceso –Reglamento 1049/2001- sin aplicar las reglas que para la aplicación de tales excepciones se establecerían después en el Reglamento Aarhus 1367/2006, y significadamente en principio de interpretación restrictiva de los motivos de denegación (artículo 6.1). En particular:

- por una parte, el Reglamento 1049/2001, contempla en su artículo 4, como una de las excepciones que justifican la denegación de acceso el riesgo de “perjuicio grave *al proceso de toma de decisiones* en relación con un asunto sobre el que no se ha adoptado todavía una decisión, salvo que la divulgación revista un *interés público superior*” (artículo 4, apdo. 3)

En el caso de autos, la empresa quería acceder a los datos transmitidos por su Estado en base a los cuales se determinarían las asignaciones de derechos, conteniendo únicamente las asignaciones provisionales, por lo que el “proceso de toma de decisiones” no estaba concluido y el Tribunal General consideró conforme a derecho la excepción aplicada por la Comisión;

- por otra parte, el Reglamento “Aarhus” 1367/2006, establece modificaciones específicas al anterior régimen, determinando en su artículo 6.1, “aplicación de excepciones de acceso a información ambiental”, que:

.. cuando la información solicitada se refiera a emisiones al medio ambiente, se considerará que la divulgación reviste un interés público superior a los efectos del artículo 4, apdo. 3 del Reglamento 1049/2001 –es decir, que tratándose de información sobre emisiones, el interés público superior que representa su conocimiento podría hacerla accesible aun sin haberse finalizado el procedimiento, y

²⁰ Por razones de claridad de exposición, procede aclarar las referencias: Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, Saint Gobain Glass Deutschland/Comision, As. T-476/12, y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de julio 2017, Asunto C-60/15 P

.. para las demás excepciones de acceso reguladas en el Reglamento 1049/2001, “los motivos de denegación serán interpretados de manera restrictiva, teniendo en cuenta el interés público que reviste la divulgación y si la información solicitada se refiere a emisiones al medio ambiente”.

Este último mandato resultó determinante del sentido estimatorio del fallo del TJUE, llegándose a formular como *principio de interpretación restrictiva de los motivos de denegación de acceso a la información ambiental* que hubiera establecido el Reglamento 1367/2006²¹.

Además de la delimitación de tal principio, destacamos otros contenidos de interés, por lo que aquí se trata, de la Sentencia que se comenta.

En primer lugar, la aplicación de la protección al “proceso de toma de decisiones”, como excepción que justificaría la denegación de acceso, requiere una delimitación previa, pues no todas las actuaciones administrativas que conforman el procedimiento –transnacional- de asignación de derechos de emisión forma parte del “proceso de decisión” cuya integridad se protege. Tal distinción ya sido considerada anteriormente en la jurisprudencia del Tribunal en el mismo ámbito de regulación²².

Se concluye finalmente que se impone una interpretación restrictiva, de conformidad con los objetivos del Convenio de Aarhus, “que excluye a priori la información que constituye el fundamento fáctico que alimenta el proceso de toma de decisiones” como contenido que pueda beneficiarse de la excepción de acceso en razón a la protección de tal procedimiento.

²¹ En este sentido, vid. referencia reiterada a tal principio en los apartados 46, 72 y 78 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar de 19 de octubre 2016, As. C-60/15 P. Aunque el Tribunal de Justicia acoge los criterios establecidos en tales Conclusiones, no llega a mencionar esta regla como Principio.

²² Sobre el particular, vid. jurisprudencia citada en el apdo. 52 de las Conclusiones; en otro contexto, también hay una consideración del concepto de “procedimiento” en el marco –transnacional- de la asignación de derechos de emisión en la Sentencia TJUE de 28 de abril de 2016, Borealis I Asuntos acumulados C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 y C-391/14 a C-393/14. He analizado este procedimiento en “Derecho Climático *in fieri*: hacia la normalización de los procedimientos transnacionales. El contencioso del Tercer Período de Asignación de derechos de emisión”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº 40, 2018.

En segundo lugar, el criterio de ponderación de los bienes jurídicos en conflicto –acceso a la información vs. *serenidad* de los debates que se producen en la tramitación del procedimiento administrativo-, ya establecido en contenciosos previos, no puede siempre trasladarse de forma automática de un ámbito a otro del ordenamiento de la UE. Con carácter general tal serenidad resulta protegible en la actividad administrativa de la Comisión, como también lo es en el ejercicio de la función jurisdiccional; pero no puede serlo en la misma medida en el marco del ordenamiento ambiental. Y es que, precisamente, el acceso reforzado a la información garantizado por el Convenido de Aarhus y la legislación que lo desarrolla lo que pretende es que las decisiones ambientales se adopten sobre la base de la interacción con el público, sus críticas, sugerencias al soporte, jurídico y fáctico, que soporta la decisión²³.

En tercer lugar, y frente a una interpretación literal de los preceptos, resulta llamativo el recurso a fuentes no vinculantes como parámetro interpretativo, con mención expresa de los trabajos preparatorios de las normas aplicadas, de la Guía de Aplicación del Convenio de Aarhus²⁴ o la insistente aplicación del principio de interpretación conforme del Derecho Internacional.

2.2 Información *indirecta* relacionada con emisiones: la Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2010, Ville de Lyon²⁵

El supuesto anteriormente referido confronta distintas regulaciones en el acceso a la información relacionada con emisiones, y las excepciones que justifican su denegación, contenidas en el régimen general de acceso a la información –Reglamento 2001- y en el régimen específico aplicable al acceso a la información ambiental –Directiva 2003 y Reglamento 2006-. Dos grupos normativos de entre los tres posibles que, según se expuso, son susceptibles de aplicación: entra ahora aquí el tercero, el grupo normativo conformado por el régimen de comercio de derechos de emisión –RCDE- que, como se vio, contiene previsiones específicas de acceso.

²³ Éste es también un aspecto esencial del fallo del TJUE: el Tribunal General aplicó una doctrina jurisprudencial que ponderaba ambos bienes en el marco del Derecho de la competencia, lo que no resultaba trasladable al marco ambiental. Vid. Apdo. 66 a 69 de las Conclusiones.

²⁴ Vid. apdos. 42 y ss. de las Conclusiones, en relación con la delimitación del concepto “deliberaciones de las autoridades públicas”.

²⁵ Asunto C-524/09.

Con carácter general, contrasta el tratamiento que el ordenamiento ambiental depara al acceso y divulgación de emisiones, con el que para ello está previsto en el régimen específico aplicable al comercio de los derechos de emisión, establecido en la Directiva 2003/87/CE, que regula el RCDE y su normativa de desarrollo. Y es que una cosa es la emisión, la liberación de sustancias al medio ambiente y sus consecuencias, y otra el peculiar régimen jurídico que se ha establecido para una categoría específica de emisiones, la de gases de efecto invernadero y en particular su titularización susceptible de transacciones. Por lo que aquí interesa, la Directiva 2003/87/CE:

1. En primer lugar, establece un principio general de acceso del público a las decisiones de asignación e informes relacionados con el permiso de emisión, principio al que se le señalan las restricciones de acceso regulada en la Directiva Aarhus 2003/4—artículo 17;
2. En segundo lugar, prevé la creación de un Registro de emisiones, en forma de bases de datos nacionales normalizadas que, entre otras informaciones, alimentan la europea, cuyo régimen jurídico queda remitido a lo establecido en un Reglamento de la Comisión.

Al tiempo de sustanciarse el proceso estaba vigente, respecto del Registro, el Reglamento 2216/2004, que con carácter general consideraba confidencial toda la información contenida en los registros, determinaba qué información podría hacerse pública en la zona pública del sitio web del diario independiente de transacciones comunitario, sometiendo el resto de las informaciones al transcurso de un plazo de cinco años antes de que fueran incorporadas al informe de transacciones completadas²⁶.

En este contexto, la ciudad de Lyon solicitó al administrador del registro nacional de derechos información sobre las cuantías de derechos vendidos en determinado período por los titulares de las 209 plantas de calefacción urbana a las que se les habían asignado derechos de emisión, así como las posteriores transmisiones y sus destinatarios. El peticionario

²⁶ Esta norma fue derogada por el Reglamento (UE) No 389/2013 de la Comisión, de 2 de mayo de 2013 por el que se establece el Registro de la Unión de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Decisiones no 280/2004/CE y no 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

requería esos datos en orden a negociar un convenio de delegación del servicio público de calefacción urbana: el administrador del registro denegó la información, en aplicación de la normativa reguladora del Registro, denegación que fue impugnada en vía contenciosa, en cuyo marco se accedió al TJUE vía cuestión prejudicial.

En la resolución del conflicto debía de optarse por la aplicación de un grupo normativo y otro:

- si se aplicara el régimen de acceso a la información ambiental, la petición de información sobre emisiones admite pocas excepciones para ser denegada, como se ha visto en el supuesto anterior,
- por el contrario, de aplicarse el régimen que regula el Registro que refleja las expediciones, transferencias y cancelaciones de derechos de emisión, debería dejarse transcurrir un plazo de cinco años para que dicha información fuera pública – resultando irrelevante el eventual interés público subyacente en la petición del Ayuntamiento-.

Se produce así un conflicto de normas que no puede resolverse ni por criterios de jerarquía normativa, ni aplicando los criterios de ley especial posterior frente a ley general²⁷, por lo que se impone una *interpretación y aplicación conjunta* de esas dos normativas. En este contexto, la solicitud de acceso a la información se sujeta a las determinaciones del Reglamento que regula el Registro interpretadas de conformidad con la Directiva sobre la información ambiental.

En principio no se cuestiona que la solicitud del Ayuntamiento de Lyon esté referida a información sobre emisiones y, por lo tanto, deba de ser tratada como información ambiental; ello arrastraría un régimen muy restrictivo en las excepciones de acceso, en el que ciertos motivos –protección de secretos comerciales e industriales-, nunca justifican según se ha visto el tratamiento confidencial de información sobre emisiones.

²⁷ Sobre el particular, vid. apdo. 65 Conclusiones Abogada General Sra. Kokott, de 14 de octubre de 2010, en el que, recordándose el principio de interpretación conforme con el Derecho internacional se afirma que considerar el Reglamento 2216/2004 que regula el Registro, “como norma especial respecto de la Directiva sobre la información ambiental implicaría una excepción inadmisibles al Convenio de Aarhus”. Con carácter general, y sobre la especificidad de los métodos de interpretación del ordenamiento de la UE, K Lenaerts, JA Gutiérrez-Fons “To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice”, Columbia Journal European Law, 2013.

Y es en este punto donde se considera que quizás *no toda* la información de emisiones debería tener el mismo tratamiento: en caso de considerar también la información *indirectamente* relacionada con emisiones, el grado de protección de los secretos comerciales e industriales se vería notablemente debilitado.

También en este punto la Guía práctica de aplicación del Convenio de Aarhus resulta determinante, al considerar el Abogado General sus indicaciones sobre que “la protección de los secretos comerciales ha de cesar cuando se liberan las sustancias a las que se refiere la información mantenida en secreto. En cambio, el comercio con derechos de emisión tiene lugar *antes* de que se liberen las sustancias. Por eso, la información sobre ese comercio, la información *indirecta*, no es información sobre emisiones”²⁸ –sujeta al ámbito de aplicación del régimen específico de acceso a la información ambiental-, por lo que no excluye por sí misma la eventual aplicación de la excepción sobre los efectos desfavorables sobre la confidencialidad de los datos de carácter comercial e industrial.

En este razonamiento resulta esencial la consideración de que la “cláusula de emisiones” de la Directiva Aarhus que restringe los supuestos de denegación de acceso a la información, obliga a una ponderación de los respectivos intereses en conflicto tutelados por las correspondientes normas, y la finalidad concreta y determinada perseguida por cada norma. En el Asunto en cuestión, el interés de la Ville de Lyon en utilizar la información solicitada para negociar contratos públicos que cumple una función pública podría constituir *per se* un interés público:

²⁸ Vid. apdo. 74 de las Conclusiones citadas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia adopta el mismo criterio siguiendo una *ratio* diferente (vid. apdo. 40), que se basa en la referencia expresa al régimen de información ambiental del artículo 17, y la omisión a dicho régimen en el artículo 19 que refiere el Registro de derechos, ambos artículos de la Directiva 2003/87. Así considera en el apdo. 41”... una solicitud que tenga por objeto la comunicación de datos objeto de transacción como los controvertidos en el asunto principal, relativos a los nombres de los titulares de cuentas de origen y de destino de las transferencias de derechos de emisión, a los derechos de emisión o unidades de Kioto objeto de dichas transacciones y a la fecha y hora de dichas transacciones, se rige exclusivamente por la normativa específica que sobre comunicación al público y confidencialidad se contienen en la Directiva 2003/87 y en el Reglamento n° 2216/2004.

“pero esta impresión es engañosa, porque la ponderación que prescribe (la cláusula de emisiones) debe realizarse con independencia del interés específico del solicitante. En efecto, el objetivo de la Directiva es garantizar el derecho de acceso del público en general a la información ambiental, y no establecer normas destinadas a proteger el interés específico que tal o cual persona pueda tener en acceder a dicha información”²⁹.

El TJUE, aunque llega a la misma conclusión, aplica un criterio diferente: considerando como marco aplicable el régimen jurídico del Reglamento de emisiones –que parte de la Directiva RCDE 2003/87- se basa en la distinta regulación del acceso a la información contenida en el Registro que se establece en esa Directiva, distinguiendo,

- la información sobre decisiones de asignación e informes relacionados con los permisos de emisión (artículo 17), que queda expresamente vinculada al régimen de acceso a la información ambiental, y
- la información contenida en el Registro de emisiones tales como las relativas a las transferencias de titularidad, la fecha de transmisión, la identificación del adquirente, etc... (artículo 19) para la que no se establece tal vinculación.

Y en base a esta distinción considera³⁰ que:

“Al no remitirse el artículo 19 de la Directiva 2003/87 (RCDE) a la Directiva 2003/4 (Aarhus) de forma análoga a como lo hace dicho artículo 17, procede considerar que el legislador de la Unión no pretendió someter una solicitud de datos objeto de transacción como los controvertidos en el litigio principal a las disposiciones generales de la Directiva 2003/4, sino que estableció, por el contrario, para tales datos un régimen específico y exhaustivo de comunicación al público de dichos datos y de confidencialidad de los mismos”.

Es por ello que resuelve que:

“La comunicación de datos objeto de transacción como los controvertidos en el asunto principal, relativos a los nombres de los titulares de cuentas de origen y de destino de las transferencias de derechos de emisión, a los derechos de emisión o unidades de Kioto objeto de dichas transacciones y a la fecha y hora de dichas transacciones, se rige exclusivamente por la normativa específica que sobre comunicación al

²⁹ Vid. apdo. 81 de las Conclusiones citadas.

³⁰ Apdo. 40 de la Sentencia.

público y confidencialidad se contienen en la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidady en el Reglamento (CE) n° 2216/2004 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2004, relativo a un sistema normalizado y garantizado de registros...”³¹

“... dichos datos, si no existe consentimiento previo de los titulares de las cuentas correspondientes, sólo son de libre consulta por el público en general en la zona de acceso público del sitio web del DITC a partir del 15 de enero del quinto año (X+5) siguiente al año (X) en que se completen las transacciones relativas a las transferencias de derechos de emisión”.

3. CONCLUSIONES

El acceso a la información sobre emisiones tiene ya en el propio Convenio de Aarhus un régimen privilegiado, al establecerse un número muy reducido de supuestos que podrían legítimamente justificar que dicha información se sustraiga al conocimiento público. Tal reducción de los motivos de acceso es correlato del interés general de la sociedad en conocer la información sobre emisiones y sus efectos.

El ordenamiento europeo que disciplina el acceso a la información en materia de emisiones está conformado por un conjunto de normas de las que el TJUE ha sentado interpretaciones llenas de matices buscando cohesionar el interés general en la divulgación con los eventuales intereses particulares en conflicto legítimamente protegibles.

No es el único ámbito en el que se presenta esta multiplicidad de normas y en el que la jurisprudencia ha precisado muy finamente el alcance de los conceptos: es el caso también, por ej., del régimen de acceso a la información cuando se trata de la autorización de determinados productos químicos para la agroindustria, en el que se ha distinguido la información que deriva de la liberación al medio ambiente de estas sustancias –emisión-, de los estudios y análisis previos sobre hipótesis que no se van a aplicar, estudios que suponen una inversión importante que debe protegerse.

³¹ Y continúa diciendo (apdo. segundo del Fallo) que: “dichos datos, si no existe consentimiento previo de los titulares de las cuentas correspondientes, sólo son de libre consulta por el público en general en la zona de acceso público del sitio web del DITC a partir del 15 de enero del quinto año (X+5) siguiente al año (X) en que se completen las transacciones relativas a las transferencias de derechos de emisión”.

En el caso de las emisiones GEI que aquí se han estudiado, el criterio aplicado por el TJUE distingue las actividades que se producen antes y después de la emisión a la atmósfera de la sustancia GEI, resultando que las transmisiones y transferencias, que están sujetas al ordenamiento mercantil, se desarrollan antes de la emisión por lo que pueden desgajarse del concepto “información sobre emisiones” y por lo tanto prevalecerse de la “protección de los intereses comerciales” como supuesto que legítimamente excepciona el acceso a la información –ambiental, que no de emisiones-.

Cuestión distinta es la solución que se le da al supuesto de que la petición de información procede de una Administración Pública para el eficaz despliegue, además, de un servicio público como son los distritos urbanos de calefacción. En este caso, los intercambios de títulos entre los actores sujetos al régimen sí resultan relevantes probablemente para dimensionar adecuadamente el diseño de tales distritos urbanos.... Pero como dijo la Sra. Kokott, la finalidad de la Directiva no es tutelar el interés legítimo del peticionario sino el interés general de la información que se divulga.

4. BIBLIOGRAFÍA

- BERGKAMP, L.; HANEKAMP, J.C. Climate Change Litigation against States: the perils of Court-Made Climate Policies. *European Energy and Environmental Law Review*, October 2015.
- GALERA RODRIGO, S. Derecho Climático in fieri: hacia la normalización de los procedimientos transnacionales. El contencioso del Tercer Período de Asignación de derechos de emisión. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 40, 2018.
- LENAERTS, K; GUTIÉRREZ-FONS, J. A. To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice. *Columbia Journal European Law*, 2013.
- MOLINA HERNÁNDEZ, C. El registro de derechos de emisión de los gases de efecto invernadero de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 53, 2016.
- MORENO, A.M. Perspectivas y Desarrollos recientes en el Derecho del Cambio Climático. En: GARCÍA URETA, A. (Dir.). *Nuevas perspectivas del Derecho ambiental en el siglo XXI*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 132.

PEEL, J.; OSOFSKY, H.M. *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Cleaner Energy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

TOMAIN, J.P. *Clean Power Politics. The democratization of Energy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

XXV. La evaluación ambiental del proceso de reconocimiento de edificaciones ilegales

Eva Gamero Ruiz (1) ; Javier Rodríguez Moral (2)

(1) Inspectora de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía

(1) Técnico de Administración Local

(2) Magistrado especialista contencioso administrativo

SUMARIO

1. La norma reguladora del reconocimiento legal de irregularidades urbanísticas masivas no condiciona el ámbito de aplicación de la legislación de evaluación ambiental. 597
2. La legislación de evaluación ambiental estratégica: ¿está a la altura de las exigencias ambientales generadas por el reconocimiento legal de irregularidades urbanísticas masivas? 598
3. La norma reguladora de la reconducción a la legalidad de irregularidades urbanísticas masivas ni condiciona ni restringe el resultado evaluación ambiental. 601

La presente comunicación tiene por objeto examinar la relación entre las operaciones de reconocimiento de edificaciones ilegales y la evaluación ambiental de planes y programas.

Problema de candente actualidad, más aun cuando - por lo que a la Comunidad de Andalucía se refiere- acaba de ver la luz el *Decreto-Ley 3/2019, de 24 de septiembre*, BOJA extraordinario núm. 23, de 25 de septiembre, *de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, escenario de una transformación ilegal del territorio de una magnitud desbordada. La citada norma parece promulgada con la pretensión de abordar, de una vez por todas, el ya endémico problema de la proliferación masiva de viviendas ilegales, y los graves impactos ambientales y paisajísticos derivados de las estas infracciones.

Su análisis es aleccionador porque ofrece la posibilidad de una visión general del problema, y si bien este Decreto Ley 3/2019 tiene el mérito de articular la reconducción a través de Planes Generales o Especiales ad hoc, en defecto de los primeros, no da el paso definitivo pues deja a voluntad de los Ayuntamientos que esta reconducción se haga efectiva prescindiendo del recurso a instrumentos de ordenación, permitiendo que el reconocimiento de cada edificación ilegal se realice de forma aislada y diseminada temporal y espacialmente, a voluntad de sus propietarios, mediante declaraciones municipales de asimilación a fuera de ordenación.

El Plan, expresión normativa de la potestad de planeamiento, es por excelencia el instrumento del que disponen las Administraciones para configurar la realidad urbanística y territorial, debiendo recordarse, además, que el artículo 22.7 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana apura al máximo el carácter instrumental del planeamiento disponiendo que

“La legislación sobre ordenación territorial y urbanística establecerá en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación del municipio o del ámbito territorial superior en que se integre, por trascender del concreto ámbito de la actuación los efectos significativos que genera la misma en el medio ambiente”

1. LA NORMA REGULADORA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DE IRREGULARIDADES URBANÍSTICAS MASIVAS NO CONDICIONA EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL.

En el esquema del Decreto Ley 3/2019 se introduce la posibilidad de que los Ayuntamientos tramiten Planes Especiales, sin necesidad de que estén previstos o desarrollen los planes generales o territoriales y, también, en ausencia de estos, especialmente, para afrontar el destino de ámbitos caracterizados por la existencia de edificaciones irregulares para las que haya transcurrido el plazo para adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Es claro que la cláusula legal (art. 14.3 Decreto Ley 3/2019) que somete estos Planes Especiales de adecuación ambiental y territorial a lo establecido en la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, y a Informe de Evaluación de Impacto en Salud conforme a la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía es puramente indicativa.

Es decir, tratándose de instrumentos de ordenación que tengan por objeto, exclusivamente o no, la regularización de conjuntos irregularmente edificados, el ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica viene siempre determinado por la legislación ambiental, nunca por la legislación de emergencia – que como el Decreto Ley 3/19 – que se sienta en la necesidad de establecer los requisitos, términos y condiciones de las operaciones de regularización.

Por otra parte, y partiendo que el Decreto Ley no obliga a contemplar el reconocimiento de edificaciones ilegales en el marco de un plan o programa, permitiendo que el mismo se haga a voluntad de los propietarios ilegales de forma individualizada (Título I del Decreto Ley), habrá que examinar si el régimen legal de la evaluación ambiental de proyectos — vid Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental — resulta suficiente para garantizar la auditoria ambiental de esta actuaciones.

2. LA LEGISLACIÓN DE EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA: ¿ESTÁ A LA ALTURA DE LAS EXIGENCIAS AMBIENTALES GENERADAS POR EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE IRREGULARIDADES URBANÍSTICAS MASIVAS?

La correcta contestación a esta pregunta depende de que se asuma que, por contraposición asimétrica a la transformación *secundum legem*, la transformación del territorio por edificaciones ilegales masivamente extendidas supone un fenómeno particular, caracterizado por que la consunción del suelo inherente a la urbanización no se ve acompañada *ex origine* de medidas paliativas o correctoras, como las que preventivamente procura la Evaluación Ambiental previa.

Esto implica que la Evaluación Ambiental debe partir de la transformación consuntiva del suelo y del territorio como un hecho consumado, una realidad preexistente llamada a condicionar el futuro de la ciudad, que normalmente no es una página escrita, sino por escribir.

El evaluador ambiental, de actuar correctamente, debe atender el impacto ya causado por los usos del suelo extendidos ilegalmente, lo que cobra especial importancia en los casos en que la incorporación a la legalidad de las edificaciones irregulares recurre bien al Plan Especial, bien al planeamiento urbanístico general, pues en este caso no es posible perder de vista que el impacto global sobre el territorio permisible, o lo que es lo mismo, la capacidad de carga del territorio está previamente condicionada por la realidad ilegal preexistente.

Los comunicantes defendemos que la evaluación ambiental de las operaciones de incorporación a la legalidad amerita un estatuto especial, que haga justicia a las particularidades de este fenómeno y a la necesidad de tomar en consideración la carga condicionante del pasado.

Somos igualmente de la opinión de que las reglas de evaluación requeridas, al menos en un sentido filosófico, se encuentran incorporadas ya a la legislación, al menos, por lo que se refiere a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, y deben buscarse en la Disposición adicional decimosexta, introducida por la Ley 9/2018, de 5 de diciembre, y rubricada “Evaluaciones en ejecución de sentencia firme”.

Es necesario indicar que esta disposición no se refiere estrictamente a planes y programas, tributarios de evaluación ambiental estratégica sino a proyectos, sometidos a simple evaluación ambiental, pero además de aprovechar para llamar la atención sobre la oportunidad de una reforma legal que contemple como hipótesis de trabajo la extensión indubitada de sus previsiones a la evaluación estratégica, abordando la situación urbanística y territorial generada al amparo de planes de ordenación anulados por omisión o defectos sustanciales de su evaluación ambiental, lo importante es reparar en la técnica de evaluación que consagra esta Disposición adicional.

Pensada para solventar el problema suscitado por la anulación de proyectos urbanísticos no evaluados – situación frecuente en los repertorios jurisprudenciales¹ – con la consecuencia de que por sentencia firme, debe efectuarse la evaluación de los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente de un proyecto parcial o totalmente realizado, la solución legislativa ha consistido en reconocer la necesidad de adicionar al procedimiento general de evaluación ciertas especialidades.

Traduciéndose éstas en la sustitución de los principios de *acción preventiva y cautelar* por el de *compensación y reversión de impactos causados*, y en la prevalencia de los análisis prospectivos o retrospectivos teniendo en cuenta la realidad física existente, esta filosofía es plenamente aplicable a los supuestos de incorporación *ex novo* por el planeamiento de una realidad urbanística preexistente y consumada.

En la hipótesis legal de esta Disposición adicional se presume que el proyecto no evaluado o que lo ha sido indebidamente ha sido parcialmente ejecutado, y que esta ejecución recrea una realidad a tomar en cuenta llegado el momento de evaluar correctamente el nuevo proyecto.

Eadem ratio, la evaluación de los instrumentos (Planes Especiales o Planes Generales de ordenación urbana) que llevan a cabo la regularización de edificaciones irregulares urbanísticas masivas debería atender y prestar especial atención a los criterios establecidos , a otros fines en la Disposición adicional decimosexta de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental: a) Diferenciación mediante un análisis retrospectivo, de la realidad urbanística conformada por los desarrollos ilegales de la proyectada b) atención especial a la reposición a su estado originario de la situación alterada como alternativa a la regularización c) atención singular a las medidas de protección del medio ambiente, que permitan corregir, compensar o revertir impactos causados por los desarrollos urbanísticos irregularmente generados.

A los que entendemos necesario añadir la: d) Imposición a cargo de los propietarios de edificaciones ilegales de los costes de diseño, implantación y mantenimiento de las medidas de corrección compensación o reversión de los impactos causados e) recreación del proceso de consultas públicas en el que el evaluador debe identificar, como parte de su *lex artis*, la

¹ “[Más de 90 los planes de urbanismo anulados judicialmente por no realizar la evaluación ambiental estratégica](#)”, RAMOS MEDRANO, J.A., *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 73, noviembre 2017.

distinción de intereses. Respecto de este último punto, hay que recordar que uno de los capítulos esenciales de toda evaluación ambiental es justamente la apertura de consultas a los interesados, que hace efectiva la participación ciudadana en un momento tan crucial para la gestación de un plan urbanístico o de ordenación territorial como es el de su evaluación ambiental. Pero ocurre que el proceso de ocupación ilegal del territorio por las edificaciones es un proceso puramente fáctico y plenamente confiscatorio de esta consulta pública previa. La fase de participación pública entonces el riesgo de convertirse en un instrumento de justificación de las irregularidades masivas, en la medida que adquieren únicamente voz quienes han cometido dichas irregularidades o se convierten *a posteriori* en titulares de las construcciones ilegales, como grupos de presión o *lobbies* no siempre formalizados pero visibles². Por ello, deben ser objeto de análisis las contradicciones a que pueden dar lugar un entendimiento incondicional de esta consulta pública, lo que plantea un problema que no es posible resolver sin una reflexión previa sobre la disponibilidad/ indisponibilidad de los bienes jurídicos en juego que se plantea siempre a lo largo de una evaluación ambiental.

3. LA NORMA REGULADORA DE LA RECONDUCCIÓN A LA LEGALIDAD DE IRREGULARIDADES URBANÍSTICAS MASIVAS NI CONDICIONA NI RESTRINGE EL RESULTADO EVALUACIÓN AMBIENTAL.

No sería completo el examen general de esta problemática, avivada por el Decreto Ley 3/2019, sin aclarar ciertos equívocos.

Cuando decimos que la norma reguladora de la reconducción a la legalidad de irregularidades urbanísticas masivas ni condiciona ni restringe el resultado evaluación ambiental es para señalar que las determinaciones urbanísticas que la primera pueda recoger, con el fin de suavizar la incorporación a la legalidad de las irregularidades, en absoluto pueden implicar una rebaja de las exigencias del proceso de evaluación.

² Señala ARAGUÁS GALCERÁ, I. “La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: estado de la cuestión y perspectivas de futuro tras la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 96, septiembre-diciembre 2016, pág. 91, que el decreciente interés de los ciudadanos en las políticas públicas suele coincidir con el aumento de la actividad de diferentes grupos de presión, que en nuestro país llevan a cabo su actividad prácticamente al margen de cualquier regulación.

La evaluación ambiental se centra en los impactos sobre el territorio, sobre la presunción de que la capacidad de carga del mismo no es ilimitada, de suerte que no todo lo que es posible urbanísticamente es lícito ambientalmente, si el territorio no puede soportarlo, por los efectos consuntivos sobre los bienes públicos escasos y valiosos comprometidos en todo proceso urbanizador.

La legislación en materia territorial y urbana — por ejemplo la Ley 7/2002, de 17 diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, artículo 10 — garantiza la calidad de la vida urbana insertando en la ordenación estructural una serie de estándares y parámetros diversos (edificabilidad residencial, usos dotacionales, ect.) a modo de determinaciones preceptivas.

Pero como la reconducción a la legalidad de edificaciones irregulares conlleva la asunción de una realidad preexistente, el legislador se ve obligado a negociar a la baja la aplicación de los estándares en principio obligatorios, estableciendo estándares especiales en ámbitos con agrupaciones de edificaciones irregulares incorporadas al planeamiento urbanístico.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, objeto de nueva redacción por la Disposición final primera del Decreto Ley 3/2019, podrá eximirse de cumplir parcialmente las reglas sustantivas y los estándares de ordenación establecidos en el artículo 17.1 de la citada Ley, aquellos ámbitos donde se localicen agrupaciones de edificaciones irregulares que se incorporen en el Plan General de Ordenación Urbanística, cuando no sea posible técnicamente el cumplimiento de dichas reglas y estándares, y se justifique en el propio Plan que las dotaciones resultantes son suficientes para absorber la demanda que genere su incorporación.

Más criticable resulta el art. 22 del Decreto Ley 3/2019, referido a la modulación de los parámetros de crecimientos en agrupaciones de edificaciones irregulares que se incorporen al planeamiento general, al disponer que la aplicación de los parámetros de crecimiento previstos por la Norma 45 del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, se ajustará a las siguientes reglas:

1. Para el cálculo del crecimiento superficial no se computarán como suelo urbano existente los terrenos ocupados por las agrupaciones de edificaciones irregulares a las que el Plan General de Ordenación Urbanística otorgue la clasificación de suelo

urbano no consolidado, y para los terrenos que se clasifiquen como suelo urbanizable ordenado o sectorizado, de la superficie de los ámbitos delimitados se deducirá la superficie de las parcelas ocupadas por edificaciones existentes que resulten compatibles con la ordenación urbanística.

2. Para el cálculo del crecimiento poblacional, no computará la población de viviendas ilegales situadas en agrupamientos clasificados como suelo urbano no consolidado, urbanizable ordenado o sectorizado.

Desde la estricta perspectiva de la evaluación ambiental, la clave radica justamente en computar siempre y de forma obligatoria los impactos preexistentes derivados de la previa ocupación irregular del espacio. Es decir la EAE adopta siempre un punto de vista sinérgico y acumulativo, que obliga al evaluador a considerar la carga ambiental de los usos preexistentes, imputando su impacto en el cálculo de la capacidad de carga (espacial y poblacional) de que es susceptible el ámbito evaluado.

Por tal razón, las normas singulares de cómputo de parámetros urbanísticos y territoriales de que han de servirse las disposiciones igualmente singulares de reconducción a la legalidad no son oponibles al evaluador ambiental, ni le vinculan, antes al contrario, las reglas del arte de la evaluación le obligan a aplicar los principios contrarios, computando los impactos preexistentes asociados a las irregularidades que se pretenden regularizar.

Por tal razón, y pese a que Decreto Ley 3/2019 guarda silencio sobre esta posibilidad, queda siempre en pie la alternativa cero, cuando pese a los intentos de regularización, el órgano evaluador llega a la conclusión de que el proyecto de regularización, es inviable ambientalmente, cuando por su intensidad, las edificaciones irregulares no admiten una integración ordenada en el modelo de ciudad.

Hacer ciudad, misión del urbanismo, es hacerla a la altura de los tiempos, y estos son los del triunfo de la vida urbana sostenible y en paz con la Naturaleza. Esperemos que este nuevo Decreto Ley no sea una oportunidad para enmascarar los problemas que se pretenden solucionar.

XXVI. La protección del paisaje urbano como fórmula de lucha contra la contaminación visual. Una nueva forma de actividad administrativa municipal

Fernando García Rubio

Profesor titular de derecho administrativo URJC(excedente)

CEDAT

RESUMEN:

La comunicación aborda la posible existencia de una contaminación visual por alteraciones del paisaje urbano, partiendo del concepto de este y el margen de actuación en base al ordenamiento jurídico de las corporaciones locales en esta materia.

SUMARIO

1. Introducción	604
2. Paisaje urbano.....	608
3. Contaminación visual	613
4. El papel de los municipios.....	614
5 Conclusiones.....	619
6. Bibliografía.....	620

1. INTRODUCCIÓN

La estética es una percepción subjetiva en tanto que como la tradicional frase señala “para gustos los colores”, por ello cabe percibir de diferente forma por las personas una misma realidad física, como es el caso de la escultura, la pintura, el cine, la literatura, etc. Y por tanto como aquí nos ocupa la edificación y los entornos urbanos.

Este fuerte componente subjetivo de la percepción visual del entorno no implica que existan unas determinaciones más o menos generales de “consenso social” sobre la afectación agresiva de determinados elementos urbanos sobre el entorno, que como elementos comunes de los espacios públicos y la visión exterior de las edificaciones pueden ser objeto de regulación e intervención administrativa.

Si bien es cierto que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha consagrado en el ordenamiento jurídico positivo español el principio de menor intervención, también es cierto que numerosas normas históricas y hoy en día de carácter autonómico, establecen una capacidad de las Administraciones Públicas y singularmente de los ayuntamientos para salvaguardar la estética urbana.

Así el actual texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, establece en su artículo 15.1 lo siguiente:

“1. El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones comprende con carácter general, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes siguientes:

- a) Dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística.*
- b) Conservarlos en las condiciones legales de seguridad, salubridad, accesibilidad universal, ornato y las demás que exijan las leyes para servir de soporte a dichos usos.*
- c) Realizar las obras adicionales que la Administración ordene por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación. En éste último caso, las obras podrán consistir en la adecuación a todas o alguna de las exigencias básicas establecidas en el Código Técnico de la Edificación, debiendo fijar la Administración de manera motivada el nivel de calidad que deba ser alcanzado para cada una de ellas”.*

Esta habilitación tradicional en nuestro derecho urbanístico supone la atribución de una potestad, que lógicamente tiene una limitación en los derechos subjetivos que igualmente reconozca el ordenamiento jurídico a los propietarios de las edificaciones.

Ante este planteamiento jurídico debemos constatar la existencia de una realidad social que supone la existencia de no sólo construcciones de una estética mejorable, sino incluso de la implantación de elementos ornamentales y equipamientos urbanos que pueden generar molestias en las vistas a los ciudadanos.

Tradicionalmente desde un punto de vista civil existen modulaciones jurídicas para permitir las vistas entre colindantes (artículos 581 a 585 del Código Civil), aunque recuérdese que conforme al artículo 584 la determinaciones de imposibilidad de vistas en las medianerías, no son aplicables a aquellas ventanas que se abran hacia la vía pública.

De hecho esta escasez de regulación del ordenamiento jurídico privado ha quedado plasmada en la doctrina del Tribunal Supremo emanada de la STS 589/2007, de 31 de mayo (Recurso 2300/2000)¹ que determina la falta de habilitación legal para indemnizar daños por contaminación visual.

De hecho esta STS indicada recoge en su fundamento jurídico cuarto in fine que

“Cuestión distinta es que, además del nivel de ruidos alcanzado por la circulación diurna y nocturna de trenes y además del riesgo de desprendimientos de partículas de los materiales transportados, elementos valorados en ese otro caso por el tribunal de apelación, sea también computable, para fijar la indemnización por depreciación, lo que en el caso aquí examinado se denomina por el tribunal sentenciador "contaminación estética" o "contaminación visual", conceptos contra los que se alza la recurrente en estos motivos discutiendo que puedan ser indemnizables. Se trata, ciertamente, de una cuestión relevante según los términos en que aparece planteado el litigio, pero no es posible examinarla con ocasión de los tres motivos ahora estudiados porque computar aquel elemento como uno de los daños indemnizables no significa que se desconozca la configuración constitucional de la propiedad como derecho naturalmente delimitado por su función social ni que se interfiera en el procedimiento expropiatorio”

Por otra parte en el FJ 7º expresa:

permite plantearse si en verdad lo que la sentencia impugnada califica de "contaminación estética" o "contaminación visual" es un concepto indemnizable a cargo de la empresa demandada, pues en cuanto a la contaminación sonora ningún problema se plantea si se recuerda todo lo razonado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia de casación y se aplica a los hechos que la sentencia recurrida declara probados, ya que la generación de ruidos por la actividad de la empresa demandada es innegable, la responsabilidad fundada en el artículo 1908 del Código Civil tiene carácter objetivo y, en fin, la autorización administrativa no exime de la obligación de indemnizar, porque autorizar un actividad

¹ Un análisis de esta STS lo tenemos en MONESTIER MORALES, Juan Luis. Revista Práctica de Derecho de Daños, Nº 67, Sección Comentario Jurisprudencial, Enero 2009, Editorial Wolters Kluwer LA LEY 41109/2008

no equivale necesariamente a imponer a los vecinos el deber jurídico de soportar todo perjuicio, por grave que sea, que tal actividad produzca. En el caso examinado se declara probada la posibilidad técnica, y económicamente razonable, de disminuir considerablemente los ruidos mediante una determinada configuración de las pantallas paralelas a la vía y mediante unos límites también razonables a la velocidad de circulación y a la composición de los trenes, por lo que tal concepto ha de mantenerse como indemnizable.

Cuestión distinta es, sin embargo, la afectación del paisaje, que de la sentencia recurrida imputa a la recurrente para obligarla a indemnizar a ambos demandantes por la depreciación de sus respectivas viviendas y a uno solo de ellos, además, por daño moral al unir a su condición de propietario la de habitante de la vivienda.

Pues bien, sobre esta otra cuestión sí debe ser a juicio del TS estimado el motivo, porque el paisaje no merece hoy por hoy la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas.

Así se desprende de la sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 1996 (recurso nº 528/93), que consideró incurso en abuso de derecho el interdicto de obra nueva promovido por una comunidad de propietarios con base, entre otras razones, en que la construcción comportaba "una limitación ilegal del paisaje marino y abierto que el inmueble de mis mandantes tiene"; así resulta también de algo tan elemental como que toda nueva construcción altera necesariamente el paisaje, sin que por ello la alteración sea indefectiblemente perjudicial; así lo aconseja una prudente atención a la experiencia histórica de que obras de ingeniería o arquitectura denostadas en su día como antiestéticas son hoy apreciadas incluso como símbolos de algunas ciudades; y así, en fin, viene a derivarse tanto del propio relativismo inherente a la percepción estética del paisaje como de la prácticamente imposible determinabilidad de los afectados por su alteración, pues mientras el perjuicio causado por los ruidos suele estar en relación directa con la mayor o menor distancia de la fuente sonora, el paisaje, en cambio, depende en su percepción y disfrute de unos factores de distancia y perspectiva cuyas posibles combinaciones son prácticamente infinitas, todo lo cual refuerza la idea de que su protección y control debe seguir estando confiada, como bien de la colectividad, al Derecho público.

Por tanto cualquier limitación a los daños “estéticos” que las actuaciones en el medio urbano pudieran generar debe realizarse desde un punto de vista jurídico administrativo, conforme a las determinaciones sobre ordenación urbana que las diferentes leyes otorgan principalmente a los ayuntamientos.

Para analizar las capacidades de estos en aras a limitar estos daños, deberemos de abordar los conceptos de paisaje urbano y contaminación visual para posteriormente desarrollar las posibilidades competenciales de los ayuntamientos y otras entidades para luchar contra estas alteraciones.

2. PAISAJE URBANO

Para abordar el concepto y ámbito del paisaje urbano² deberemos con carácter previo recoger el general de paisaje y así el DRAE lo define en una primera acepción más general como «*extensión de terreno que se ve desde un sitio*», para a continuación acotarlo como «*extensión de terreno considerada en su aspecto artístico*». Debe recordarse, asimismo, que si bien el paisaje no es mencionado en la Constitución, aparece en tres Estatutos de Autonomía (Castilla-La Mancha, Ceuta y Melilla), y su presencia se está reforzando en los nuevos Estatutos recientemente reformados (Comunidad Valenciana, Cataluña y Andalucía). De singular importancia es el Convenio Europeo del Paisaje (Florenia, 20 de octubre de 2000).

Pero lo más sorprendente, es que si el Tribunal Supremo considera que, hoy por hoy, la afectación del paisaje está excluida de toda indemnización y, por tanto, de toda valoración por el «relativismo inherente a la percepción del paisaje» (FD 7º sentencia de 31 de mayo de 2007), sin embargo realiza una reducción de las sumas indemnizatorias fijadas en la Sentencia recurrida al incluir el daño paisajístico, por el concepto de daño moral (FD 8.º). Es decir, el Tribunal Supremo estaría aun sin reconocerlo, valorando el daño paisajístico en un 20%, porcentaje reductor que aplica a las indemnizaciones fijadas por la Audiencia Provincial.

² Una más profunda expurgación del concepto lo tenemos en GARCIA RUBIO F “Régimen jurídico particular del paisaje urbano. entre las determinaciones de adaptación al ambiente, las normas sectoriales y la regulación de la estética en el ámbito de la autonomía local” pags 499 a 526 de la obra colectiva “El derecho de la ciudad y el territorio. estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés , INAP, 2016.

Cabe lamentar la superficialidad de algunas declaraciones de la Sentencia, como la de que «toda nueva construcción altera necesariamente el paisaje sin que, por ello, la alteración sea indefectiblemente perjudicial; así lo aconseja una prudente atención a la experiencia histórica de que obras de ingeniería o arquitectura denostadas en su día como antiestéticas son hoy apreciadas incluso como símbolos de algunas ciudades». Mas bien parece que nos encontremos ante una huida hacia delante, en la que el Tribunal Supremo sin querer entrar en el fondo de la cuestión, trata de enlazar su declaración sobre «el relativismo inherente a la percepción estética del paisaje», con el Derecho administrativo, al sostener que su protección y control debe seguir estando confiada, como bien de la colectividad, al Derecho público.

Podría decirse, finalmente, que el mayor mérito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007 radica en una lograda exposición sobre las principales cuestiones surgidas en materia de responsabilidad civil por contaminación ambiental, así como las soluciones más apropiadas para cada una, salvo quizá respecto a la contaminación estética o visual, a la espera de una mayor atención por la doctrina; hasta cuándo permanecerá el Derecho civil indiferente ante el paisaje.

Cabe añadir que la convivencia en el seno de las poblaciones, tanto entre los seres humanos, como de estos con su entorno exige, dada la naturaleza del propio ser humano, una serie de reglas que establezcan una adecuada preservación de esta y del entorno inmediato en el que las poblaciones se asientan y dentro de los asentamientos su impacto visual, dicha concepción visual del entorno, con los matices que a continuación desarrollaremos, es lo que podemos considerar como el paisaje.

Así son muchas las disciplinas que abordan el estudio del paisaje (al igual que el urbanismo), tal y como especifica BLÁZQUEZ JIMÉNEZ,³ (biólogos, ecólogos, arquitectos, geógrafos, sociólogos, estudiosos del arte, o los propiamente llamados paisajistas), que diseñan entornos ajardinados e incluso operaciones urbanas, algo que da pie a que el término paisaje adquiera muchos matices, todos ellos con su validez mayor o menor y siempre con campos de investigación propios: paisaje visual, paisaje geográfico, paisaje ecológico, paisaje cultural, etc. El carácter interdisciplinar de este concepto tiene sus ventajas, al quedar abierto a múltiples

³ BLÁZQUEZ JIMÉNEZ, Antonio “Las dimensiones del paisaje urbano” revista *Práctica Urbanística* 13. 1 - 2016 Wolters Kluwer España

ideas, pero a su vez existe el reconocimiento de que este hecho puede crear ciertas interferencias en su análisis e interpretación, de modo que ciertas tipologías diferentes de paisaje y de urbanismo pueden interpretarse de distinta manera según la disciplina que lo trate.

De hecho como posteriormente veremos el urbanismo junto a sus vertientes jurídicas y de diseño técnico (arquitectura e ingeniería) requiere de forma indispensable de componentes sociológicos, ambientales y económicos, que a su vez implican la vertiente de la triple sostenibilidad, sobre la que más adelante nos referiremos.

Así el paisaje implica una percepción visual de un hecho físico, lo que da lugar a una mezcla de elementos subjetivos (percepción) y objetivos (el hecho físico) que genera una mezcla a veces controvertida sobre que paisajes proteger, o no.

Por su parte el urbanismo, puede (lo deseable) contemplar esa perspectiva o realizarse desde una mera óptica desarrollista sin ninguna sustentabilidad.

Desde esta óptica, algunos autores consideran que el concepto de paisaje está integrado por tres elementos: el espacio físico, la referencia visual, y el factor estético. Y alude a dos realidades distintas: por un lado, el ámbito físico natural, que reúne ciertas características singularmente protegidas por su fragilidad, rareza o belleza; y, por otro, el paisaje cultural, que puede predicarse de las áreas urbanas especialmente cualificadas por la presencia de un conjunto histórico-artístico. En estos supuestos, el paisaje preexistente es considerado un bien jurídico que debe preservarse. En suma, la concepción subjetiva del paisaje nos conduce a su construcción conceptual como expresión estética sustentada por percepciones subjetivas y de armonía estética propias de cada tiempo y lugar que se apoyan en los más variados elementos materiales e inmateriales. Este renovado enfoque del paisaje hace que sea objeto de preservación no sólo a través de las políticas ambientales sino también de las territoriales. Y no sólo eso. Hace que la defensa del paisaje sea también una defensa de las percepciones y no sólo de los bienes que lo integran y que debe integrarse en una adecuada ordenación urbana.

En cualquier caso debe resaltarse que el paisaje y el urbanismo, como nociones, son unos conceptos antropocéntricos, pues presupone que alguien va a verlo, mirarlo, y a vivir en esa zona, porque las personas van a transitar por allí para admirar el paisaje o vivir la ciudad. La

protección ambiental en sí misma, el concepto centrado en la naturaleza salvaje de medio ambiente, queda al margen del paisaje y en cierta medida del urbanismo, sobre todo cuando el paisaje existente no es digno de protección por sus características estéticas paisaje.

Asumiendo ya una concepción jurídico-positiva, de forma previa y con carácter general debemos entender como paisaje, tal y como se recoge en el convenio europeo del paisaje, celebrado en el Consejo de Europa y ratificado por España⁴, lo siguiente: «paisaje» *se entenderá cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos*. Este concepto es asumido, como es lógico por nuestros poderes públicos distinguiéndose normalmente a los efectos de su regulación entre paisaje natural y monumental, no existiendo una regulación general estatal sobre la materia de paisaje urbano, por lo que las normas aplicables son de materias concurrentes sobre el propio paisaje, o de carácter autonómico y local.

En ese sentido y tal y como apunta CARBALLEIRA⁵, el paisaje es una preocupación reciente en el Derecho español. Históricamente la mayoría de las normas sectoriales que incidían sobre el territorio, la cultura y el medio natural albergaban medidas puntuales de carácter paisajístico. Sin embargo, esto no fue sino una pequeña pincelada jurídica que en algunos casos se reveló como contraproducente al impedir dotar de sustantividad propia a la materia. La toma de conciencia internacional sobre el paisaje junto con la reciente legislación paisajística autonómica que desde la última década se promulgó en nuestro país, ayudó sobremanera a emancipar la disciplina, así como diseñar un régimen jurídico autónomo que acoge la creación de estructuras organizativas, técnicas e instrumentos dirigidos específicamente a tutelarlos.

⁴ (BOE de 5 de febrero de 2008), al respecto vid FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “El paisaje, el medio rural y el patrimonio natural en las recientes iniciativas legislativas estatales. (A propósito de la ratificación por España de la Convención europea del Paisaje, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad)”, en *Civitas Revista española de Derecho Administrativo* núm. 140/2008.

⁵CARBALLEIRA RIVERA María Teresa “El paisaje como bien cultural” dentro de la obra colectiva “El camino de santiago y otros itinerarios Cultura, historia, patrimonio, urbanismo, turismo, ocio y medio ambiente” LIBER AMICORUM ENRIQUE GÓMEZ-REINO Y CARNOTA” Coordinadores Juan Ramón Fernández Torres Jesús Prieto de Pedro Joan Manuel Trayter Jiménez, Tirant lo Blanch, Escola Galega de administración pública, 2014

La falta de regulación específica y general estatal del paisaje ha sido subsanada por algunas CCAA y así como define el art 6.1 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana: paisaje es cualquier parte del territorio, tal y como es percibido por sus habitantes, cuyo carácter resulta de la interacción de factores naturales y humanos

Como resalta la indicada CARBALLEIRA⁶ El paisaje es un elemento o paraje natural mitificado. De ese modo lo recoge la primera ley italiana que lo reguló, la Ley 1497/1939, al definirlo como expresión de una belleza natural o artificial que se goza estéticamente, inseparable de los elementos que lo conforman. Así pues, en esta primera etapa, el paisaje en tanto que belleza natural se concibe como parte del medio ambiente, como un recurso natural que exige una utilización racional y un deber de los poderes públicos de protegerlo, para lo cual se conecta al artículo 45 de la Constitución española.

Pero retomando nuestro objetivo, debemos recordar con BORJA⁷, que nuestros referentes territoriales son España e Iberoamérica latina principalmente, aunque en gran parte las dinámicas urbanas son similares a Europa y América del norte. Hemos intentado exponer las tendencias principales, positivas y negativas, sobre las que hay un cierto consenso entre los expertos aunque las valoraciones que se hacen de las mismas son obviamente del autor. Es decir partimos de un modelo implícito, que es el “derecho a la ciudad”⁸, la elaboración resultante del estudio de la relación contradictoria entre urbanización real y ciudad posible y deseada expresada en los conflictos sociales y que es un permanente foco de los conflictos urbanos.

⁶ CARBALLEIRA RIVERA, Maria Teresa Op cit “El paisaje como bien cultural

⁷BORJA Jordi “El fin de la ciudad postmodernista y el derecho a la ciudad” *XV Congreso Iberoamericano de Urbanismo: Medellín. Setiembre 2012.*

⁸ Sobre este derecho Vid. LEFEBVRE, Henri. (1968). *Le Droit à la ville*. Paris: Anthropos traducción española. “El derecho a la ciudad”, Editorial Península, Barcelona, 1978.

3. CONTAMINACIÓN VISUAL

El concepto de contaminación visual no está recogido en las legislaciones generales sobre contaminación y su desarrollo se produce fundamentalmente en Iberoamérica por la mayor incidencia de las actuaciones humanas sobre el medio urbano (anuncios agresivos, cableado en las vías públicas, postes, señalizaciones indiscriminadas, etc.) que se producen en dichas naciones.

Para definir la contaminación visual debemos destacar que,

“Así como la contaminación es la presencia en el medio ambiente de sustancias tóxicas o ajenas a sus ciclos físicos y químicos, llamamos contaminación visual a la presencia de elementos visuales en un paisaje que interrumpen su estética, violentan su percepción de conjunto y entorpecen la percepción del entorno”⁹

Incluso hay quien se atreve a clasificar este tipo de contaminación en diferentes categorías¹⁰ y así:

- **Contaminación lumínica:** es aquella producida por el abuso de recursos y estímulos luminosos, como los carteles de neón, los reflectores, el exceso de alumbrado público, etc.
- **Contaminación publicitaria:** es aquella producida por el exceso de vallas y carteles de publicidad y propaganda.
- **Contaminación arquitectónica:** es aquella producida por las construcciones que deterioran la vista del paisaje, sea natural o urbano.
- **Contaminación industrial:** es la que proviene de todo tipo de dispositivos de uso industrial como las chimeneas, los postes, el tendido eléctrico, etc.
- **Contaminación por desechos:** es la que se produce por la acumulación indiscriminada de basura o desechos sólidos que, además de constituir un problema sanitario, afectan la visual del paisaje o ambiente.

⁹ Fuente.

¹⁰ Fuente.

Es evidentemente una alteración con consecuencias al menos estéticas sobre el entorno , puesto que el art 20 del TRLSRU recoge el clásico principio de “adaptación al ambiente”, pero es evidente que los ayuntamientos tienen potestad para aprobar planes de implantación de infraestructuras de telecomunicaciones para garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas, o para la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano, tal y como se desprende de la STS 28-3-06, (EDJ 43054).

4. EL PAPEL DE LOS MUNICIPIOS

La reforma de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, aprobada por la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local¹¹, supone una limitación de las facultades de las entidades locales para actuar en cuantas cuestiones consideren afectan o benefician a sus vecinos.

Debemos destacar que la LRSAL, ha supuesto una variación en general con respecto a las capacidades genéricas que la redacción originaria de la LRBRL, otorgaba a los municipios en materia competencial, puesto que la supresión radical del artículo 28, sobre el título general de atribución de materias y competencias y por tanto, en su caso, servicios prestados sobre

¹¹ Al respecto debemos indicar que la ley ha sido objeto de diversos estudios y así por orden cronológico “La reforma de 2013 del régimen local español”, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, obra colectiva coordinada por Juan Alfonso Santa María Pastor, “La reforma del régimen jurídico de la administración local.el nuevo marco regulatorio a la luz de la ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local” obra colectiva coordinada por Juan Antonio CARRILLO DONAIRE y Pilar NAVARRO RODRIGUEZ , La ley-El Consultor , 2014, igualmente colectiva y dirigida por Tomás QUINTANA LÓPEZ “La reforma del régimen local. Comentario a la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, Tirant lo Blanch, 2014. Igualmente Lorenzo MELLADO RUIZ “Génesis y realidad de la ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y Sostenibilidad de la administración local: ¿una nueva reforma local?” CEMCI 2014, Manuel MEDINA GUERRERO “La reforma del régimen local “Tirant lo Blanch, 2014, CAMPOS DAROCA, José María “La reforma de la Ley de bases de régimen local: Ley 27/2013, de 27 de diciembre” Bosch, 2014 y Cebrián Abellán, Manuel” El régimen local tras la reforma de la Ley de racionalización y sostenibilidad”, Bosch -Wolters Kluwer, 2014

¹¹ Al respecto vid Iñigo SANZ RUBIALES “Medio ambiente y Administración local: competencias limitadas y sostenibilidad económica”. Revista Democracia y gobierno local, n°25, segundo trimestre 2014 pags 4 a 12.

cuantas cuestiones “*redundan en beneficio de la comunidad local*” ha supuesto una limitación de la capacidad competencial a las materias expresamente atribuidas por ley, o delegadas de forma expresa y en su caso a una posibilidad de prestación de los servicios y ejercicios de competencias, siempre y cuando los municipios se encuentren en una situación de sostenibilidad financiera, esto es, tengan superávit y cumplan las famosas tres reglas, de deuda, déficit, y plazo de pago a proveedores¹².

Por tanto, debemos de tener en cuenta, todas las experiencias que el día a día, de la Administración Local, va generando a los efectos de la consideración del análisis y abordaje de las materias y competencias, sobre la sostenibilidad urbanístico- ambiental de las entidades locales como principales gestoras de la regulación urbanística.

La supresión de la cláusula general recogida en el derogado artículo 28 LRBRL nos hace centrarnos más en el concepto de competencia, al menos para los municipios que no se encuentren en estabilidad presupuestaria, sin perjuicio de las determinaciones competenciales que atribuyan las comunidades autónomas en uso de sus capacidades legislativas sobre desarrollo de las bases del régimen local estatales.

Así el artículo 25 de la citada LRBRL atribuye en su apartado 1, párrafos a) y b) el marco competencial general sobre la ordenación urbana y la lucha contra la contaminación, si bien es cierto que recoge diversas tipologías de ésta (acústica, lumínica y atmosférica) no nombrando la contaminación visual, que por su concepto anteriormente analizado engloba mucho más que la mera contaminación lumínica.

La variación anteriormente apuntada de las capacidades de intervención municipales que la LRSAL ha establecido nos hace plantear si el ayuntamiento tendría capacidades sobre una limitación de las actuaciones que vulneren la estética urbana.

¹² Al respecto vid ESTEVE PARDO María Luisa, “El impacto del principio de estabilidad presupuestaria sobre los gobiernos locales”, pags 153 a 172 del anuario de gobierno local 2012, obra colectiva dirigida por Font i Llovet Tomás, y GALÁN GALÁN Alfredo, “Racionalización y sostenibilidad de la administración local: ¿Es esta la reforma?” fundación democracia de gobierno local, instituto de derecho público, mayo 2013.

Esta discusión sólo cabe plantearla desde el punto de vista ambiental, puesto que desde la óptica de la ordenación urbana prevista en el apartado a) de dicho artículo, parece en base a las determinaciones de la legislación urbanística como carente de fundamento, puesto que los ayuntamientos gozan de dicha capacidad de intervención administrativa, con potestades de reglamentación, inspección, sanción y ejecución forzosa para la salvaguarda del ornato público.

Así en primer lugar, la propia atribución competencial del artículo 25 LRBRL, implica necesariamente, con respecto al medio ambiente urbano¹³ una clara limitación de las funciones municipales al casco de las poblaciones, en tanto, en cuanto, el medio ambiente en suelo no urbanizable no quedaría expresamente atribuido, al menos a la legislación básica estatal, a las competencias municipales. Lo cual lógicamente debe incidir sobre las normas de protección que se establezcan en los planes generales de ordenación urbana, que recuérdese, deben de incluir las medidas para garantizar la exclusión del proceso urbanizador y la conservación de esos suelos no urbanizables, cuya competencia administrativa desde el punto de vista ambiental ya no estaría atribuida a los municipios, al menos en apariencia.

Esta circunstancia supone que las competencias sobre medio ambiente sean ya, no solo concurrentes, sino, incluso confusas, entre las diversas administraciones, especialmente la que ejerza la gestión, entre las comunidades autónomas y las entidades locales, no habiéndose introducido en la LRSAL, un sistema de transición, como sí ha ocurrido con las competencias educativas, o de servicios sociales, siendo necesario el desarrollo reglamentario, al menos mediante ordenanza.

Por ejemplo, la ordenanza de la ciudad de Barcelona¹⁴ establece en el punto 10 de la exposición de motivos: «Son elementos del paisaje urbano los espacios públicos, las construcciones (sobre todo las que integran el patrimonio cultural), los espacios libres de edificación —edificables o no— y el espacio aéreo.

¹³ Al respecto vid SANZ RUBIALES Iñigo “Medio ambiente y Administración local: competencias limitadas y sostenibilidad económica”. Revista Democracia y gobierno local , nº25 , segundo trimestre 2014 pags 4 a 12.

¹⁴ Ordenanza de los usos del paisaje urbano de la ciudad de Barcelona, Acuerdo del Consejo Plenario de 26-3-1999 de dicho municipio, al respecto vid. BOSCH PASCUAL, L., y CLAVILLÉ INGLÉS, J.M., «Ordenanza de paisaje urbano de Barcelona», en *Gestión del paisaje. Manual de protección, gestión y ordenación del paisaje*, coord. por Busquets Fàbregas, J., y Cortina Ramos, A., Ariel, Barcelona, 2009.

No obstante y en esos traslados competenciales debemos destacar, tal y como indica Rivero Ortega¹⁵, que la labor legislativa de las diferentes CCAA ha desnaturalizado el sistema diseñado por la LRSAL.

Dentro del régimen jurídico de la regulación de la convivencia ciudadana, cada día cobran mayor importancia las funciones y capacidades de los ayuntamientos sobre policía urbana en relación con las condiciones estéticas de las edificaciones, funciones que tienen especial incidencia sobre las manifestaciones de publicidad exterior, por el montante económico que éstas producen y por tanto la prolijidad de actuaciones que generan y que a su vez ven reduplicada su importancia en el espacio de los cascos históricos de las poblaciones. Igualmente dichas funciones gozan de una mayor importancia cuando las referidas manifestaciones publicitarias se producen en cascos o ciudades históricas.

Así, para abordar dichas especificidades jurídicas debemos recordar el bagaje histórico de las funciones de la policía urbana, tal y como ya hemos apuntado en otras ocasiones¹⁶, que son recurrentes en todos los textos jurídicos histórico-urbanístico, sin grandes novedades desde la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956) y, en general, en nuestro derecho histórico en torno al deber de conservación.

Al margen de la ordenación concreta debemos destacar el peligro de “imponer” determinadas concepciones de los paisajes urbanos, con el riesgo de caer en lo que GONZÁLEZ – VARAS¹⁷ denominó dictadura del gusto administrativa.

¹⁵ RIVERO ORTEGA, Ricardo” Oportunidades, riesgos y resultados reales de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, REALA, N° extraordinario, enero de 2015.

¹⁶ GARCIA RUBIO, Fernando “El control de la publicidad exterior como fórmula de preservación de los cascos históricos. La policía administrativa de conservación y la estética en los suelos urbanos” El Consultor de los Ayuntamientos, N° 7, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Abr. 2007, Ref. 1046/2007, pág. 1046, tomo 1, Editorial LA LEY

¹⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., Urbanismo y Ordenación del territorio, editorial Thomson Aranzadi, 4ª edición, Cizur Menor, 2007, pág. 747, en alusión a la querencia del fascismo y del comunismo por imponer unos gustos estéticos muy cerrados y limitados, en los que no cabía libertad privada. La preocupación que las ideologías totalitarias han sentido desde siempre por la imagen externa de los edificios de las ciudades revela la potencia que tienen para proyectar una imagen propagandística del régimen, basada en la magnificencia y el sobredimensionamiento en relación con la escala humana, metáfora del sometimiento del ciudadano al Estado, en ambos casos.

Por otra parte la estética, tal y como se desprende de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala 1.ª) de 28 de febrero de 2011. Ponente: Sr. Anglada Fors , el mal gusto o la falta de estética en absoluto podía reputarse inmisión, ya que pertenecía al ámbito subjetivo de la percepción de la belleza, y por ello al ser acogido tal elemento, por la sentencia recurrida, a los efectos de considerar que con la edificación realizada por los demandados había existido una efectiva inmisión ilegítima, se estimó que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida había incurrido en un exceso de interpretación del contenido del art. 544-4 del Código Civil Catalán, al conferir un significado al mismo que excedía de lo previsto en él, que se contrae a la cesación de perturbaciones e inmisiones ilegítimas, sin atender al concepto contenido en el art. 546-13 del citado código, e incluyendo como tales, en virtud de la obra ejecutada por la parte demandada, además de una menor luminosidad y aireación en el patio de los vecinos, una disconformidad estética, cuando en el caso se habían cumplido todos los presupuestos urbanísticos, al haber dispuesto la obra de constante referencia de dirección técnica.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en lo concerniente a la denominada «contaminación estética o visual» señalando que el paisaje no merece hoy por hoy la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan, pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas, tal y como ha afirmado BOTANA GARCÍA¹⁸.

En base a todas estas determinaciones creemos imprescindible la incorporación de la regulación en el planeamiento urbanístico de los criterios sobre el paisaje y la estética con sus correspondientes reformas jurídicas para hacer posible un desarrollo sostenible. De hecho y como plantea AVILA ORIVE¹⁹ el desarrollo urbano esta íntimamente vinculado al “derecho a la ciudad” planteado por LEFEBVRE.

¹⁸ BOTANA GARCÍA, Gemma Alejandra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala 1.ª) de 28 de febrero de 2011. Ponente: Sr. Anglada Fors Práctica de Derecho de Daños, N° 94, Sección Tribunales, Junio 2011

¹⁹ AVILA ORIVE J IL “Ciudadanía urbana, desarrollo sostenible y derecho a la ciudad” Tirant lo Blanc , Valencia, 2018

5 CONCLUSIONES

Tal y como LOPEZ RAMON ha planteado²⁰, la “identidad” es uno de los razonables niveles que la opción por la compacidad deseada (desde la Ley 8/2007) es, pues, la que afecta, no a las edificaciones, sino a los elementos de cohesión territorial, de manera que en las distintas partes de la ciudad sus habitantes puedan disfrutar de ella.

Para preservar esa identidad es necesaria una acción administrativa, en tanto que ese valor a preservar junto a la conservación de unos niveles estéticos en la convivencia ciudadana debe realizarse en defensa del interés general que el artículo 103.1 CE consagra bajo el imperio de la Ley y previa expresa habilitación normativa.

Así ante la falta de habilitación legal que para la lucha contra la denominada contaminación visual que el actual art 25 LRBRL ha dejado²¹, las actuaciones de policía administrativa en la materia correspondientes a la administración local se deben realizar desde una perspectiva de la ordenación urbanística.

Esa perspectiva urbanística exige de previas regulaciones que superen el mero respeto al ornato del TRLSRU y las normas de adaptación al ambiente²² de las leyes urbanísticas autonómicas y que positivicen las determinaciones del paisaje urbano y un cierto derecho al paisaje, prohibiendo actuaciones que en abuso del derecho de propiedad o en nombre de la implantación de equipamientos, o instalaciones públicas, o de servicios económicos de interés general perturben la percepción visual del entorno.

Obviamente los planeamientos generales deben por seguridad jurídica y en su condición de norma de desarrollo reglamentario precisar, vinculándose a las diferentes CCAA que han desarrollado instrumentos de ordenación del paisaje, tal y como las clasifica HERVÁS

²⁰ LOPEZ RAMON F” El modelo de ciudad en el urbanismo español” pags 107 a 119 de la obra colectiva el derecho de la ciudad y el territorio. estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés , INAP, 2016.

²¹ Salvo los aspectos vinculados a la contaminación lumínica en suelo urbano, estos si amparados por el título competencial ambiental.

²² Al respecto SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., *La protección de la estética en el derecho urbanístico a través del principio de adaptación al ambiente*, Tirant Lo Blanch, Instituto García Oviedo, 2013, págs. 37 a 43

MÁS²³, y así nos encontramos con los planes territoriales de protección del paisaje previstos por el art. 43 de la Ley valenciana y los planes territoriales catalanes. O solamente en desarrollo de sus previsiones urbanísticas

6. BIBLIOGRAFÍA

- AVILA ORIVE J. L. *Ciudadanía urbana, desarrollo sostenible y derecho a la ciudad*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2018
- BLÁZQUEZ JIMÉNEZ, A. Las dimensiones del paisaje urbano. *Práctica Urbanística*, vol. 13, n. 1, 2016.
- BOTANA GARCÍA, G. A. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala 1.ª) de 28 de febrero de 2011. Ponente: Sr. Anglada Fors. *Práctica de Derecho de Daños*, n. 94, Sección Tribunales, junio 2011.
- CARBALLEIRA RIVERA, M. T. El paisaje como bien cultural. En: FERNÁNDEZ TORRES, J. R.; PRIETO DE PEDRO, J.; MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. *El camino de santiago y otros itinerarios Cultura, historia, patrimonio, urbanismo, turismo, ocio y medio ambiente: Liber Amicorum Enrique Gómez-Reino y Carnota*. Valencia: Tirant lo Blanch; Escola Galega de Administración Pública, 2014
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. El paisaje, el medio rural y el patrimonio natural en las recientes iniciativas legislativas estatales. (A propósito de la ratiicación por España de la Convención europea del Paisaje, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad). *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 140, 2008.
- GARCIA RUBIO, F. El control de la publicidad exterior como fórmula de preservación de los cascos históricos. La policía administrativa de conservación y la estética en los suelos urbanos. *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 7, 2007.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. *Urbanismo y Ordenación del territorio*, editorial. Cizur menor (Navarra): ThompsonAranzadi, 2007.

²³ HERVÁS MÁS, J., *Ordenación del territorio, urbanismo y protección del paisaje*, Bosch, 2009, págs. 221 a 302.

- LOPEZ RAMON, F. El modelo de ciudad en el urbanismo español. En: GIFREU I FONT, J.; BASSOLS COMA, M.; MENÉNDEZ REXACH, Á. (Dir.). *El derecho de la ciudad y el territorio. Estudios en homenaje a Manuel Ballbé Prunés*. Madrid: INAP, 2016.
- MONESTIER MORALES, J. L. La contaminación acústica y visual en la sentencia del TS de 31 de mayo de 2007. *Práctica de Derecho de Daños*, n. 67, 2009.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. *La protección de la estética en el derecho urbanístico a través del principio de adaptación al ambiente*. Valencia: Tirant Lo Blanch; Instituto García Oviedo, 2013.
- SANZ RUBIALES, I. Medio ambiente y Administración local: competencias limitadas y sostenibilidad económica. *Revista Democracia y Gobierno Local* , n. 25 , segundo trimestre 2014, pp. 4-12.

XXVII. Supuestos de excepción en la Directiva Marco del Agua: su interpretación por el Tribunal Supremo

Ana Georgina Guerrero Ron

Profesora Asociada

Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN:

El Tribunal Supremo en sentencias de 26.1.2015 y 8.7.2019 interpretó los supuestos de excepción al principio de no deterioro de las aguas recogidos en el art. 4 apdo. 7 y 8, de la Directiva Marco del Agua (DMA) a propósito de la impugnación de los planes hidrológicos de la demarcación del Guadalquivir. De esta manera, estableció unas líneas de actuación a seguir por parte de las Administraciones Públicas en los futuros procesos de planificación hidrológica que se exponen en esta comunicación.

SUMARIO

1. El objetivo de la Directiva Marco del Agua: principio de no deterioro y sus excepciones	623
2. Los supuestos de excepción de la DMA interpretados por el Tribunal Supremo	625
2.1. El control de los planes hidrológicos por el Tribunal Supremo.....	625
2.2. Antecedentes de las SSTS de 26.1.2015 y 8.7.2019	626
2.3. Líneas generales de interpretación de los arts. 4.7 DMA y 39 RPH (SSTS de 26.1.2015 y 8.7.2019).....	628
3. Conclusión	630
4. Bibliografía.....	631

1. EL OBJETIVO DE LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA: PRINCIPIO DE NO DETERIORO Y SUS EXCEPCIONES¹

Si bien la DMA es un instrumento legal que tiene una clara finalidad de unificar las políticas de gestión del agua en el territorio de la Unión Europea, es al mismo tiempo un instrumento de política ambiental. No es baladí que el considerando primero comience por reconocer que: “*El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger defender y tratar como tal*”. El reto de la Directiva es entonces, adoptar medidas para proteger las aguas garantizando su sostenibilidad.²

El objetivo último de la DMA es alcanzar un “buen estado” de las aguas comunitarias para 2015 y evitar su deterioro, por ende, sus disposiciones se estructuran con el propósito de alcanzar ese fin.³

¹ Recién aprobada la DMA, el prof. S. Martín-Retortillo escribió un artículo en el que destacó la necesaria ponderación entre las medidas de respeto al medio ambiente y otros intereses públicos a salvaguardar en los procesos de planificación hidráulica advirtiendo del “fundamentalismo medioambiental, en ocasiones generalizado en demasía”. A la luz de los razonamientos de las sentencias del Tribunal Supremo a que más adelante nos referiremos, esta ponderación, la tarea más importante y difícil del Derecho de aguas en nuestros días, según el prof. Martín-Retortillo, se ha conseguido. Véase: “Desarrollo sostenible y recursos hidráulicos. Reflexiones en el entorno de la reciente Directiva estableciendo un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas”. *RAP* núm 153, 2000, pp. 27 y ss.

² Los considerandos de la DMA hacen un repaso histórico sobre los documentos que le precedieron (§2 al 8), en los que invariablemente subyace la necesidad de abordar la calidad ecológica de las aguas y su protección mediante un instrumento comunitario.

³ Para el profesor A. Embid Irujo el principio de no deterioro de las masas de agua (art. 4 DMA) es una variedad del principio de no regresión en materia ambiental. Véase “El control judicial de la planificación hidrológica: el cumplimiento de las condiciones para aceptar el deterioro de las masas de agua por la realización de concretos proyectos. El caso del dragado del Guadalquivir” en *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, coord. por Luciano José Parejo Alfonso, Vol. 1, 2017, págs. 696-720, Tiran lo Blanch. Tiene una opinión similar la prof. A. Amaya Arias, recogida en “El principio de no regresión en materia ambiental y la directiva marco de aguas”, en las pp. 105 y ss. de A. Embid Irujo (coordinador) *Agua, Energía, cambio climático y otros estudios de derecho ambiental. En recuerdo a Ramón Martín Mateo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

Pero el legislador comunitario previó, dadas las condiciones y necesidades diversas de cada uno de los Estados miembros, admitir la posibilidad de incumplimiento del objetivo general de protección al llevar a cabo determinados proyectos si se dan las circunstancias que se recogen en el art. 4.7:

1. que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua;
2. que los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignent y expliquen específicamente en el plan hidrológico;
3. que los motivos sean de interés público superior y/o que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud humana, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible; y
4. que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor.

La aplicación de esta excepción debe, además, estar en consonancia con otras normas en materia de medio ambiente (art. 4.8 DMA).

El legislador español incorporó los objetivos de la DMA⁴ en la normativa de planeación hidrológica⁵ con la consecuente modificación del modelo productivista que hasta entonces

⁴ Sobre la trasposición de la DMA véase “La Directiva Marco de Aguas y su trasposición al Derecho español”, de I. Caro-Patón Carmona en *Revista Aranzadi de derecho ambiental* núm. 9, 2006, pp. 37 y ss. Sobre el significado y alcance de la DMA, “La Directiva Marco del Agua: Base jurídica medioambiental” del prof. A. Fanlo Loras, en *Revista Aranzadi de derecho ambiental* núm. 2, 2002, pag. 63

⁵ La exposición de motivos de la Ley 10/2001, de 5 de julio del Plan Hidrológico Nacional reconoce en este sentido que: “Esta planificación no puede entenderse en nuestros días sin que el medio ambiente sea la principal referencia de su contenido. En este sentido, el presente Plan Hidrológico Nacional no puede permanecer indiferente a la reciente aprobación de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, patrón por el que deberán perfilarse las políticas hidráulicas de los Estados miembros en el siglo XXI.”

había inspirado la política hidráulica⁶. Específicamente, los arts. 39 y 39 bis del Reglamento de la Planeación Hidrológica (R.D. 907/2007, de 6 de julio en adelante RPH) introdujeron las exigencias antes expuestas, siguiendo, según establece la *ratio* de la STS de 26.2.2015, “el criterio más estricto posible.”⁷

2. LOS SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN DE LA DMA INTERPRETADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

2.1. El control de los planes hidrológicos por el Tribunal Supremo

Al exigirse la aprobación de los planes hidrológicos mediante real decreto⁸, el control de su legalidad se ejerce por el Tribunal Supremo, órgano que ha incrementado su actividad en esta materia en los últimos años según podemos comprobar en las bases de datos de la jurisprudencia⁹. Sin embargo esta comunicación se limita a exponer las líneas generales de la jurisprudencia sobre la interpretación de los arts. 4.7 DMA (39 RHP)¹⁰ dictada a propósito de la aprobación de sendos planes hidrológicos de la demarcación del Guadalquivir.

⁶ Sobre las características del modelo español de planificación hidrológica y las críticas a la trasposición de la DMA, véase el artículo “Planificación hidrológica en España: Estado actual de un modelo a fortalecer” del trabajo del prof. A. Fanlo Loras, en *RAP*, núm. 169, 2006, pp. 265 y ss.

⁷ A diferencia del art. 4.7 DMA, el art. 39.2.c) RPH exige que “los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior **y** que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible”. De ahí que el Tribunal Supremo califique de “criterio más estricto posible” en base al “empleo de la conjunción copulativa “y”, ante la opción que permitía la Directiva “y/o”, cuando se refiere al interés público y a los beneficios para el medio ambiente (apartado 2 c/ de ambos preceptos)” (FJ 2º).

⁸ Así lo exige el art. 83.3 RPH “El Gobierno, mediante real decreto, aprobará los planes hidrológicos de cuenca en los términos que estime procedentes en función del interés general”

⁹ La exposición de motivos del R.D. 1/2016, de 8 de enero, que aprobó la revisión de los planes hidrológicos recuerda que “La experiencia del primer ciclo, cargado de litigiosidad, aporta una relativamente extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo acreditando la plena legalidad de aquellos planes, con muy concretas excepciones, ya que la práctica totalidad de las Sentencias vienen siendo desestimatorias de los recursos contra ellos interpuestos”. Por citar algunas sentencias recientes parcialmente estimatorias contra este Real Decreto, véanse SSTs nº 444/2019, de 2 de abril; 518/2019, de 11 de abril; 387/2019 de 19 de abril; 319/2019, de 12 de marzo.

¹⁰ Véase el interesante análisis de esta jurisprudencia en A. Embid Irujo “El control judicial de la planificación

2.2. Antecedentes de las SSTS de 26.1.2015 y 8.7.2019

El Consejo de Ministros aprobó mediante R.D. 355/2013, de 17 de mayo¹¹, el Plan Hidrológico del Guadalquivir (PHG) revisado años más tarde por el R.D. 1/2016, de 8 de enero¹². Ambos instrumentos posibilitaron sucesivamente el deterioro de masas de agua con motivo de un dragado de profundización del Guadalquivir.¹³ Este dragado, según consta en la Memoria del PHG, consistía básicamente en el ensanche del canal de navegación para asegurar una profundidad que permitiese el paso de buques mayores desde la desembocadura del estuario y hasta el Puerto de Sevilla.

hidrológica: el cumplimiento de las condiciones para aceptar el deterioro de las masas de agua por la realización de concretos proyectos. El caso del dragado del Guadalquivir”, op. cit.

¹¹ [Real Decreto 355/2013, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir](#)

¹² [Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro](#)

¹³ Dice el art. 11.1 y 11.4 de la *Normativa* del plan de 2013 que: “1. Durante el período de vigencia de este Plan Hidrológico podrán admitirse nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea, aún cuando se produjera el deterioro del estado de una masa de agua o incluso la no consecución del buen estado o, en su caso, buen potencial, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 4.7 de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas; así como en el artículo 39 del Reglamento de Planificación Hidrológica... 4. 4. Las características físicas de las masas de agua de transición referidas en el Cuadro C.11.4 podrán verse modificadas, si se cumplen las condiciones necesarias para su realización, por los dragados del canal de navegación del Puerto de Sevilla, de conformidad con lo dispuesto en los apartados anteriores.”; mientras que la *Normativa* del plan de 2016 recoge que:” 1. Los casos en que el Plan Hidrológico prevé la ejecución de actuaciones que supongan la materialización de nuevas modificaciones o alteraciones que conlleven el deterioro del estado de una o varias masas de agua como consecuencia de una nueva modificación o alteración de sus características físicas, que resultan justificables, cumpliendo las condiciones establecidas en el art 39.2 del RPH, aunque impiden el logro de los objetivos ambientales conforme a lo previsto en el artículo 92 bis del TRLA, son los que se identifican en el apéndice 11 y quedan documentados en fichas sistematizadas incluidas en el anejo 8 de la Memoria del Plan... 3. El análisis recogido en la ficha nº 5, incorporada en el anejo 8 a la Memoria, referida al «Dragado de profundización del canal de navegación del Puerto de Sevilla en el estuario del Guadalquivir», valora todos los condicionantes señalados en el apartado 1. En todo caso, su diagnóstico no puede interpretarse como vinculante; las actuaciones que describe deberán ajustarse a cuantos pronunciamientos administrativos y judiciales las condicionen.”

Sin embargo, la acreditación de las exigencias para la aplicación de la excepción recogidas por el 4.7 DMA fue más que dudosa:

1. El PHG de 2013 a pesar de su extensión¹⁴, no recoge ni los motivos de las modificaciones o alteraciones de las masas de agua, ni una suficiente justificación de que éstos fuesen de interés público superior¹⁵.
2. El PHG de 2016 mantuvo la posibilidad de modificar estas masas de agua, con su consecuente deterioro, justificando formalmente las excepciones de la DMA en uno de los Anejos de la Memoria¹⁶.

Los recursos fueron interpuestos por la organización ecologista WWF/ADENA¹⁷ fundando su legitimación en dos vertientes, tanto en la “acción popular” reconocida por la Ley 27/2006, de 18 de julio¹⁸, como por el interés legítimo que ostenta en defensa de Doñana¹⁹. Además, según dictaminó una Comisión científica creada *ad hoc* para analizar las lagunas de la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto, las masas de agua, estando situadas en

¹⁴ El Plan se estructuró en una “Normativa” con 9 apéndices y una “Memoria” con once Anejos. Tan solo la Memoria consta de 478 páginas y el Anejo 8, que recoge los objetivos ambientales y sus excepciones, 173 páginas.

¹⁵ En la Memoria se equiparan los informes que se exigen para la declaración de interés general de las obras públicas (art. 46 TRLA) con las exigencias del art. 39 RPH por lo que “no es necesario realizar un análisis para la justificación de nuevas modificaciones o alteraciones”.

¹⁶ En el *Anejo 8 Objetivos medioambientales y exenciones. Apéndice 6. Exenciones Artículo 4.7. de la DMA*, se recoge una ficha en la que, en base a preguntas formales y respuestas, se pretende justificar las exigencias normativas con motivo del proyecto del dragado.

¹⁷ Sobre el control judicial de los planes hidrológicos bajo la óptica del movimiento asociativo y la dificultad en algunos países de acceder a dicho control, véase “La planificación hidrológica en los Estados miembros de la Unión Europea tras la Directiva Marco del Agua” de F. López Ramon, *REDA* núm. 147, 2010, pp. 495 y ss.

¹⁸ La naturaleza de la “acción popular” establecida por la Ley 27/2006, ha sido cuestionada en la jurisprudencia del TS. Así consta en el voto particular de la STS de 8 de junio de 2015, rec. 8.6.2015, rec. 39/2014 y en la STS de 16.6.2016, rec. 2572/2014 (FJ 6º).

¹⁹ Por la importancia especial del espacio y ante el peligro de su degradación por los proyectos que se pensaban llevar a cabo en el año de 1963 (plantación de miles de eucaliptos, construcción de un gran centro turístico en Matalascañas, planes de desecación y conversión en tierras agrícolas de las marismas), WWF internacional compró 6.794 ha, donde instaló una Estación de Investigación y creó la Estación Biológica de Doñana. A principios de 1969, WWF/ADENA –fundada en 1968–, compró la Reserva del Guadiamar, de la cual aún es propietaria y que es gestionada por la Estación Biológica de Doñana, a través de un convenio de colaboración.

espacios incluidos en la Red Natura 2000²⁰, producen un impacto en el Parque Nacional de Doñana²¹.

2.3. Líneas generales de interpretación de los arts. 4.7 DMA y 39 RPH (SSTS de 26.1.2015 y 8.7.2019)

El Tribunal Supremo estimó las demandas de WWF/ADENA sobre la base de una insuficiente acreditación de los supuestos de excepción al principio de no deterioro de las aguas y dejó sentada una innovadora jurisprudencia de la que destacamos los siguientes puntos:

1. Las condiciones exigidas por el art. 4.7 DMA y 39 RPH deben justificarse con precisión en el momento de aprobación de los planes hidrológicos.

La STS de 8.7.2019 no distingue, entre los requisitos del art. 4.7 DMA, cuáles deben constar en el planeamiento y cuáles pueden postergarse a un momento posterior, declarando la nulidad del PHG porque “no se reflejan con la necesaria precisión todas las condiciones que han de cumplirse para llevar a cabo la actuación de dragado”.²²

2. Las circunstancias del art. 39.2 c) y d) deben ponderarse con mayor energía cuando se pone en riesgo un lugar tan singularmente protegido desde el punto de vista medioambiental.²³

²⁰ Se trata de los LIC ES6150009 Doñana Norte y Oeste; ZEPA y LIC ES0000024 Doñana; ZEC 6150019 Bajo Guadalquivir; ZEC ES6150009 Doñana Norte y Oeste.

²¹ El texto íntegro del dictamen puede consultarse en [este enlace](#).

²² Para el prof. Embid Irujo esta exigencia debería ser formal y aproximativa pues existen datos e informaciones que “no puede ofrecer en su complitud el plan hidrológico” y que los datos definitivos quedarán para cuando se tenga una evaluación de impacto ambiental” op. cit. op. Cit. “El control judicial de la planificación hidrológica: el cumplimiento de las condiciones para aceptar el deterioro de las masas de agua por la realización de concretos proyectos. El caso del dragado del Guadalquivir”.

²³ Ambas sentencias son especialmente cuidadosas en recordar la máxima protección de que goza Doñana: Parque Nacional (Decreto 2412/1969), Reserva de la Biosfera, Sitio RAMSAR, Patrimonio de la Humanidad, Zona de Especial de Conservación, Lugar de Importancia Comunitaria, Zona de Especial Protección para las Aves.

Tiene sentido este rigor bajo en la exigencia de la DMA de que la aplicación del art. 4.7 debe ser concorde con otras normas en materia de medio ambiente (art. 4.8 DMA)²⁴. En consecuencia, si una actuación se ubica dentro de un espacio de la Red Natura 2000²⁵, como es el caso, el reconocimiento de la excepción del ex art. 4.7 DMA debe sujetarse también a las condiciones de la Directiva Hábitats.²⁶

3. Los planes hidrológicos tienen una doble naturaleza: son descriptivos de la situación en que se encuentra la demarcación hidrográfica, y son planes de actuación que persiguen con carácter general el cumplimiento de los objetivos medioambientales. Por ende, cualquier actuación sobre el dominio público hidráulico debe recogerse en el plan so pena de dificultar o impedir la efectividad de la Ley de Aguas.

²⁴ La preocupación de la Comisión europea por la concordancia entre ambas directivas se recoge en el documento “*Links between the Water Framework Directive (WFD 2000/60/EC) and Nature Directives (Birds Directive 79/409/EEC and Habitats Directive 92/43/EEC). Frequently Asked Questions*”. Dice: “Los objetivos de estas Directivas – DMA y Directiva Hábitats- están estrechamente relacionados y se requiere especial atención y coordinación cuando estas Directivas se aplican sobre las mismas áreas”, y “las exenciones de los objetivos medioambientales de la DMA no se pueden utilizar para desviarse de los objetivos y obligaciones establecidas por las Directivas Aves y Hábitats, y viceversa. Así, si una medida o proyecto cumple las condiciones de una Directiva, pero no de la otra, las autoridades no lo autorizarán en virtud de ambas Directivas. En tal caso, el proyecto o las medidas no pueden llevarse a cabo conforme a una directiva sin una infracción sobre la otra.”

²⁵ El prof. J. Bermejo Vera advirtió ya desde el año 1995, que con motivo de la Directiva Hábitats habría en un futuro un buen número de espacios protegidos frente a planificaciones o proyectos que pueden afectarlos significativamente y que la planificación hidrológica “es la única que puede garantizar el respeto ambiental”. J. Bermejo Vera, *Constitución y planificación hidrológica*, Civitas, 1995.

²⁶ Sobre la planificación hidrológica en los espacios naturales, véase A. Embid Irujo, “La planificación de espacios naturales protegidos y su relación con otras planificaciones administrativas, singularmente con a planificación hidrológica”; en *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Vol. 2, dirigido por Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 127 y ss; así como “Estudio sobre la prevalencia de los valores ambientales en la interrelación entre los planes hidrológicos de cuenca y los instrumentos de protección de los espacios naturales” de la prof. A. Pallares Serrano en *Desafíos del Derecho de Aguas*, coord. Navarro Caballero, Teresa M. pp. 237 y ss.

3. CONCLUSIÓN

Los jueces y tribunales nacionales, de acuerdo con la lógica constitucional de la Unión Europea precisada por el TJUE,²⁷ juegan un papel esencial en la aplicación del Derecho comunitario europeo. Prueba de ello son las sentencias antes aludidas donde el Tribunal Supremo, ejerciendo su importantísima función de control jurisdiccional en los procesos de planeación hidrológica, ha interpretado el art. 4.7 y 4.8 DMA. Esta labor no ha terminado.

En fecha reciente, el Alto Tribunal ha admitido a trámite sendos recursos de casación (AATS de 11.7.2018) en los que el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en la interpretación del art. 4.7 DMA en dos vertientes: sobre el concepto de “interés público superior” y sobre el momento en que deben concurrir las exigencias y condiciones del precepto, si al momento de otorgarse la autorización definitiva del proyecto o en una fase anterior de anteproyecto o declaración de impacto ambiental.²⁸

²⁷ Desde aquella inicial STJCE de 9 de marzo de 1978 (Asunto Simmenthal), han sido muchas las que han reiterado la Primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno y, en consecuencia, que el cometido del juez nacional, como juez europeo, consiste en interpretar éste a la luz de aquél y, de ser incompatibles, aplicar la norma comunitaria e inaplicar la del Estado Miembro. Por todas, la de STJCE 19 de enero de 2010 (Asunto Küçükdeveci), dice en su p. 53 que *“es preciso subrayar que la necesidad de garantizar la plena eficacia del principio de no discriminación por razón de la edad, tal como se concreta en la Directiva 2000/78, implica que el juez nacional, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que estime incompatible con dicho principio y cuya interpretación conforme a éste resulte imposible, debe abstenerse de aplicar dicha disposición, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo”*.

²⁸ Textualmente señalan como cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia son: “a) Si la declaración legal de “interés general” de un proyecto de obras hidráulicas equivale o es equiparable al concepto de “interés público superior” que el artículo 4.7 de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo (EDL 2000/90160) y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, exige a los proyectos que afecten al estado de aguas superficiales para entender justificada la alteración de dichas aguas superficiales. Caso contrario, cuál es el alcance, grado de detalle y especificidad que ese “interés público superior” implica. b) Si, para apreciar la concurrencia de la excepción contemplada en el artículo 4 apartado 7 DMA (en relación con los proyectos que conlleven la modificación de aguas superficiales), las exigencias y condicionantes que tal precepto establece deben concurrir en el momento de otorgarse la autorización definitiva del proyecto, o, en fase anterior de anteproyecto, o, de declaración de impacto ambiental; c) Si la exigencia del artículo 4.7.b) DMA, relativa a que “los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignent y expliquen específicamente en el plan hidrológico de cuenca exigido con arreglo al artículo 13 y que los objetivos se revisen cada seis años”, ha de concurrir con carácter previo al otorgamiento de la autorización definitiva del proyecto o, en su caso, del anteproyecto, o, de la declaración de impacto ambiental.”

No fue necesaria la aprobación de un plan hidrológico para permitir a Tristán e Isolda llegar a Cornualles. Pero Wagner consiguió que el “acorde de Tristán” estuviera presente no solo en el *Preludio* sino a lo largo de toda su inmortal ópera. Si el derecho es el arte de lo bueno y equitativo²⁹ es imperativo conseguir que el principio de no deterioro de las aguas guíe, como en *Tristán e Isolda*, todo el proceso de planeación hidrológica habiéndose garantizado su cumplimiento por las SSTS de 26.1.2015 y 8.7.2019.

4. BIBLIOGRAFÍA

AMAYA ARIAS, Á. M. El principio de no regresión en materia ambiental y la directiva marco de aguas. En: EMBID IRUJO, A. (Coord.). *Agua, Energía, Cambio Climático y otros estudios de Derecho Ambiental. En recuerdo a Ramón Martín Mateo*. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

BERMEJO VERA, J. *Constitución y planificación hidrológica*. Madrid: Civitas, 1995.

CARO-PATÓN CARMONA, I. La Directiva Marco de Aguas y su trasposición al Derecho español. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 9, 2006.

EMBID IRUJO, A. El control judicial de la planificación hidrológica: el cumplimiento de las condiciones para aceptar el deterioro de las masas de agua por la realización de concretos proyectos. El caso del dragado del Guadalquivir. En: PAREJO ALFONSO, J. L.; VIDA FERNÁNDEZ, J.; QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (Coords). *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, vol. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

- La planificación de espacios naturales protegidos y su relación con otras planificaciones administrativas, singularmente con a planificación hidrológica. En: JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier. *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, vol. 2. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2018

²⁹ La parte primera del *Digesto*, “De la Justicia y el Derecho”, comienza por recordar: “Conviene que el que haya de estudiar derecho, conozca primero de dónde proviene la palabra ius (derecho). Llámese así de justicia (justicia); porque según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y equitativo”. Traducción y compilación del *Digesto* realizada por I. García del Corral, Ed. Jaime Molinas, Barcelona, 1889.

FANLO LORAS, A. La Directiva Marco del Agua: Base jurídica medioambiental. *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 2, 2002.

- Planificación hidrológica en España: Estado actual de un modelo a fortalecer. *Revista de Administración Pública*, n. 169, 2006.

LÓPEZ RAMÓN, F. La planificación hidrológica en los Estados miembros de la Unión Europea tras la Directiva Marco del Agua. *REDA*, n. 147, 2010.

MARTÍN-RETORTILLO, S. Desarrollo sostenible y recursos hidráulicos. Reflexiones en el entorno de la reciente Directiva estableciendo un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. *RAP*, n. 153, 2000.

PALLARÈS SERRANO, A. Estudio sobre la prevalencia de los valores ambientales en la interrelación entre los planes hidrológicos de cuenca y los instrumentos de protección de los espacios naturales. En: NAVARRO CABALLERO, T. M. (Coord.). *Desafíos del Derecho de Aguas*. Madrid: Aranzadi, 2016.

XXVIII. La cooperación territorial europea para el cumplimiento de la Agenda 2030

Isabel Hernández San Juan

Profesora ayudante doctora derecho administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

ibernand@der-pu.uc3m.es

RESUMEN:

La Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS) pretende ser una nueva herramienta impulsora de gestión de casi todos los riesgos que amenazan al planeta, una hoja de ruta, un nuevo modelo institucional para el avance sostenible de todos los pueblos, un ambicioso plan de acción de políticas generales para la gobernabilidad mundial, entre otras muchas cosas. Enunciada así, es fácil comprender que sus 17 objetivos a los que les corresponden 169 metas, que esa innovadora gestión o plan de acción sea complejo de llevar a cabo.

SUMARIO

1. Introducción	635
2. Breve descripción de los objetivos y de la Agenda 2030	637
3. El espacio local para la ejecución de las metas de los objetivos de desarrollo sostenible	640
4. Las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial (AECT)	643
4.1. Algunos ejemplos de éxito de AECT: Programa Interreg Sudoe, POCTEP, POCTEFA 2014-2020	647
5. Conclusiones.....	651
6. Bibliografía.....	652

El Derecho Internacional Ambiental ocupa un lugar privilegiado dentro del derecho ambiental, campo o sector destino de la acción administrativa. Hasta tal punto que el progreso del Derecho Ambiental en general, aún a niveles nacionales y subnacionales, está íntimamente ligado al desarrollo del Derecho Internacional Ambiental. En este ámbito, la UICN (Unión Internacional de la Naturaleza) y el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente), entre otras organizaciones internacionales, han contribuido a recorrer aceleradamente un camino de pronta maduración del Derecho Ambiental. La AGENDA 2030 es un “producto” de esas instancias internacionales. La eficacia de lo acordado en los Tratados internacionales sobre medio ambiente depende en gran medida de su implementación a nivel local y regional. El gran reto para avanzar en una mejor conservación del medio ambiente está en la aplicación del contenido en los Tratados, que pocas veces ya, corresponde exclusivamente a los firmantes de los Tratados¹.

Las ciudades, en las que ya vive más de la mitad de la población mundial y que en 2050 se calcula que acogerán a dos tercios, tienen un papel destacado en la protección del medio ambiente, tanto por su propia gestión, como por el papel difusor de los valores medioambientales y colaborador destacado en su conservación. El objetivo 11 de los ODS (Ciudades y comunidades sostenibles) es “lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles”. Muchos son los retos medioambientales en los que las ciudades y su gobernanza tienen un papel decisivo: gestión de residuos, calidad del aire y contaminación, calidad del agua y depuración, resiliencia frente al cambio climático, etc².

¹ RAMOS DE ARMAS, FEDERICO J., “El papel de los actores no estatales y entidades subnacionales”. En: *Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*. (Editores: AGUILA, Y., DE MIGUEL PERALES, C., TAFUR, V., PAREJO NAVAJAS, T.,). Tirant lo Blanch, 2019. Págs. 271-288. Pág. 280: Entidades subnacionales: ciudades y regiones (ODS 11). En cuanto a las regiones, se puede decir algo similar, a menudo son las regiones las que dentro de un país asumen competencias muy destacadas en la conservación del medio ambiente: espacios protegidos, evaluación ambiental de proyectos, depuración de aguas, así como la elaboración de la normativa medioambiental, por lo que también resulta obligado contar con ellas.

² Consultar [aquí](#) las 169 metas de todos los objetivos. Metas del ODS 11: Asegurar el acceso a la vivienda. Meta 11.2 Proporcionar el acceso a transporte público. Meta 11.3 Aumento de la urbanización inclusiva y sostenible. Meta 11.4 Protección del patrimonio cultural y natural. Meta 11. 5 Reducción del número de muertes por desastres y reducción de vulnerabilidad. Meta 11.6 Reducción del impacto ambiental en ciudades. Meta 11.7 Proporcionar el acceso a zonas verdes y espacios públicos seguros. Meta 11.A Apoyo a vínculos zonas urbanas, periurbanas y rurales. Meta 11.B Aumento de la reducción de riesgos de desastres en ciudades. Meta 11.C

Las fórmulas para conjugar ese actuar de manera local pensando de forma global, gestionar ese lema ambientalista “*think globally, act locally*” resume perfectamente el alcance del desarrollo urbano sostenible³. La sostenibilidad urbana exige un cambio de enfoque en los mecanismos de gobernanza y en la forma de abordar las políticas públicas, porque la integración exigida choca con un marco jurídico que confunde (...) integración con “tener en cuenta simultáneamente aspectos sociales, económicos o ambientales” sin una modificación en la metodología de intervención que implique una coordinación horizontal, vertical y temporal. Una constatación parecida con respecto a las políticas climáticas (...) sosteniéndose que existe un eslabón perdido entre las políticas macro (planes estatales) y micro (medidas edificatorias), que requiere incorporar un “mesonivel” que pivotaría sobre la planificación urbanística, territorial y de objetivos energéticos regional y local, para lo que también hay que transitar hacia modelos de gobierno multinivel, cooperativos⁴.

Las agrupaciones europeas de cooperación territorial pueden volver a revitalizarse para cumplir las metas de los ODS. De esto pretende hablar la presente comunicación.

1. INTRODUCCIÓN

Hace 21 años, la Revista de Administración Pública se hacía eco del Seminario sobre derecho ambiental comparado que se celebró en Alicante impulsado por el profesor Martín Mateo y patrocinado por la Dirección General del Medio Ambiente de la Comunidad Europea⁵. En la crónica de POMED SÁNCHEZ se da cuenta de los temas tratados en esa reunión del mes de julio de finales del siglo XX que reclamaban la atención. El constitucionalista ONIDA constató la existencia en el sector del medio ambiente de unos elementos de centralización y de descentralización en permanente conflicto, encuadrando dentro del primer grupo tanto la

Apoyo a la construcción de edificios sostenibles y resilientes en PMAs

³ NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Desarrollo urbano sostenible: ¿Actuar localmente sin cambio global?”. *QDLA6. Cuadernos de Derecho Local*. Fundación Democracia y Gobierno Local. Ejemplar dedicado al medio ambiente. 2018. Páginas 32-65. Pág. 33.

⁴ Op. cit. NOGUERIA LÓPEZ, A., ... Págs. 43 y 44.

⁵ POMED SÁNCHEZ, L. A., “Seminario sobre derecho ambiental comparado en Alicante”. *Revista de Administración Pública* número 116. Mayo-Agosto 1998, Págs. 341- 357.

tendencia riapropiativa existente en el seno de los poderes centrales respecto de aquellas competencias originariamente asignadas a las regiones como las consecuencias que en el campo ambiental se deriven del desarrollo de las relaciones internacionales, que deben permanecer en manos del Estado, si bien se convino en la necesidad de conceder a las regiones y demás entes territoriales las facultades precisas para que puedan realizar aquellas actividades de *cooperación transfronteriza que incidan en el medio ambiente, pues es precisamente a estos entes a quienes se atribuye, prima facie, la materia ambiental*, dada su mayor proximidad a los problemas específicos que la misma pueda presentar⁶. Y entre otras aportaciones reseñables, a nuestro trabajo también le conviene destacar la realizada por el profesor PRIEUR en lo referente a las actividades desarrolladas por los entes locales en el sentido de que en tanto que las actividades desarrolladas ad extra por los entes locales y regionales puedan considerarse insertas en el marco propio de sus competencias, éstos han de disponer de los medios precisos para poder hacer efectiva la consecución de acuerdos concretos con otras entidades infraestatales, a las que les unirá el deseo de dar solución a problemas también concretos, sin que para ello el hecho de la existencia de una frontera estatal entre ambos deba suponer una dificultad insalvable.⁷

Hoy, a comienzos del siglo XXI, grandes ambientalistas como las profesoras CASADO CASADO o NOGUERIA LÓPEZ siguen insistiendo en la misma idea de la existencia de una perjudicial recentralización de competencias en materia de medio ambiente⁸. ÁLVAREZ CARREÑO, más enfático, pero igualmente revelador del mismo peligro que hace dos décadas (el planeta está en serios riesgos), afirma estar ante tiempos nuevos y salvajes, donde: “no nos conformamos (...) y debemos retomar de inmediato y a la primera ocasión que los acontecimientos políticos lo propicien aquella exigencia, ya vieja, de anclar la protección del medioambiente en el nivel superior de nuestro ordenamiento (...) La confluencia en el tiempo de la constatación científica de que las consecuencias del cambio climático van a ser todavía más graves de lo esperado), que los problemas ambientales están lejos de estar en vías de solución), que la extinción de especies –pérdida de biodiversidad y de los servicios ecosistémicos que prestan– se está produciendo a un ritmo acelerado y sin precedentes) y,

⁶ Op. cit. POMED SÁNCHEZ, L. A., ... pág. 342. La cursiva es nuestra.

⁷ Op. cit. POMED SÁNCHEZ, L. A., ... Páginas 345 y 346.

⁸ CASADO CASADO, L., *La recentralización de competencias en materia de protección del medio ambiente*. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis de l'Autogovern. 2018.

por último, que las normas ambientales, a pesar de haberse multiplicado, no ofrecen una solución adecuada y efectiva para enfrentar estas realidades) deben suponer un salto cualitativo en el proceso evolutivo que lleva, de modo indefectible, a situar la necesidad de protección del medio ambiente en la cúspide de los objetivos que deben satisfacer los Estados como sociedades políticamente organizadas en el mundo actual.⁹

Las nuevas perspectivas del derecho ambiental en el siglo XXI¹⁰, o los temas que están abriendo camino en el ordenamiento jurídico ambiental, han sido establecidos por LUDWIG KRÄMER como la eficiencia o no del control de la aplicación del Derecho ambiental de la UE, los desajustes entre la norma y la realidad de las inspecciones ambientales, el derecho humano a la alimentación y la protección del medio ambiente y las respuestas del derecho a las catástrofes naturales. Además de las perspectivas y desarrollos en el derecho del cambio climático, el fin de la Biodiversidad y el antropoceno, la biotecnología o, más concretamente, el derecho a decidir sobre la prohibición (o no) de cultivos transgénicos en la normativa europea, y la justicia ambiental (Richard Macrory, acerca de los tribunales ambientales en Reino Unido).

Sea como fuere, ante este nuevo contenido de preocupación ambiental del segundo milenio, los actores competentes siguen siendo objeto de preocupación. La aplicación de los ODS también requiere una cooperación eficaz a nivel nacional, pero también a nivel regional y local.

2. BREVE DESCRIPCIÓN DE LOS OBJETIVOS Y DE LA AGENDA 2030

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y sus metas son de carácter integrado e indivisible, de alcance mundial y de aplicación universal, tienen en cuenta las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo de cada país y respetan sus políticas y prioridades

⁹ ÁLVAREZ CARREÑO, SANTIAGO M., “Tiempos nuevos, ¿tiempos salvajes?” *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. Tribuna. Año 2019. Número 43 (Mayo-Agosto).

¹⁰ Obra dirigida por GARCÍA URETA, A. y coordinada por BOLAÑO PIÑERIRO, M. C. Editada por Marcial Pons, 2018 que recoge las ponencias presentadas a unas jornadas celebradas en Bilbao en 2017

nacionales”. A partir de las mismas se espera que cada gobierno fije sus propias metas nacionales. (...) El compromiso es el de “efectuar cambios fundamentales en la manera en que nuestras sociedades producen y consumen bienes y servicios”, modificando las modalidades insostenibles de consumo y producción mediante la aplicación del conocido como “Marco Decenal de Programas sobre Modalidades de Consumo y Producción Sostenibles”. “En lo ambiental la Declaración hace hincapié en la gestión sostenible de los recursos naturales de nuestro planeta y en la gestión y el desarrollo sostenibles del medio urbano. Todos los Objetivos tienen directa o indirectamente contenido o implicaciones ambientales, por el propio carácter integrado de los mismos. No obstante, los Objetivos que tienen un carácter ambiental directo son los siguientes: Objetivo 6.- Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos. Objetivo 7.- Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos. Objetivo 11.- Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles. Objetivo 12.- Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles. Objetivo 13.- Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático. Objetivo 14.- Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible. Objetivo 15.- Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad.

En relación con los medios de implementación la Agenda 2030 se apoya en una “Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible revitalizada, con el apoyo de políticas y medidas concretas indicadas en el documento final de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo” (...). En cuanto al seguimiento y examen la Agenda 2030 destaca que son los gobiernos “los principales responsables de realizar, en el plano nacional, regional y mundial, el seguimiento y examen de los progresos conseguidos en el cumplimiento de los Objetivos y las metas durante los próximos 15 años” (punto 47). La resolución reconoce las limitaciones en relación a los datos de referencia para varias metas y requiere “un mayor apoyo para fortalecer la recopilación de datos y la creación de capacidad en los Estados miembros, a fin de establecer bases de referencia nacionales y mundiales cuando aún no existan” (punto 57). El efecto de la negociación y aprobación de esta Agenda de Desarrollo 2030 y ODS trasciende más allá de su propio proceso dado que la mayoría de

convenios ambientales, o bien se han preparado para aportar e integrar sus agendas y objetivos en la propia Agenda (Convenio sobre la Diversidad Biológica con sus objetivos del Plan Estratégico a 2020) o bien, una vez adoptada, se orientan hacia los mismos para convertirse en herramientas útiles a nivel internacional para su cumplimiento (Convención de Lucha contra la Desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación). La foto de esta Agenda 2030 la ha completado el Acuerdo de París que ha venido a cubrir lo previsto en la Agenda en cuanto a cambio climático se refiere. La Agenda y su proceso están teniendo un importante efecto revitalizador en todos los convenios ambientales lo cual demuestra aún más el alto nivel de autoría y aceptación del mismo por parte de todos los países¹¹.

La hoja de ruta ya está marcada: 17 Objetivos, 169 metas; una amplia lista de propósitos para alcanzar un mundo sin pobreza extrema ni hambre ni guerras, en el que las empresas pagan salarios dignos, los ciudadanos consumen de modo responsable y gozan de un planeta sano, una vez detenida la destrucción del medio ambiente. Fecha límite: 2030. ¿Posible o imposible? “Si aplicamos lo que conocemos basado en los datos y las tendencias que hay ahora, las 169 metas serán imposibles”, se ha respondido. Pero hay quienes opinan que hay que creer que superar estos grandes retos es posible porque, de no hacerlo, caerán en el olvido. Una vez convencidos de que los finales felices son posibles, se buscarán soluciones innovadoras para alcanzarlos. Hay una idea que es un error, la de que tú, transformando tu entorno, vas a cambiar el mundo a gran escala y en el largo plazo. En el proceso de tener una buena idea e implementarla no solo vale con las acciones individuales de la sociedad civil. Para lograr los ODS hace falta innovar en las políticas públicas y también en el sector empresarial. Los Gobiernos, encargados de las primeras, tienen el problema de que “no pueden probar nuevas ideas antes de llevarlas a cabo gran escala”. ¿Cómo saber entonces que funcionan y que contribuyen al objetivo para que el que han sido diseñadas? “Hay que trabajar en la evaluación y ver qué funciona y qué no”. Porque algunas innovaciones funcionarán, pero otras “son ocurrencias y hay que desecharlas cuanto antes”¹².

¹¹ LAGO CANDEIRA, A., “[Compromisos internacionales ambientales. Agenda 2030 y Objetivos de Desarrollo Sostenible \(incluidos los de cambio climático\)](#)”. Observatorio de políticas ambientales 2016 / coord. por Fernando López Ramón, 2016, ISBN 978-84-7834-764-3, págs. 25-64. Págs. 57, 58 y 59.

¹² Innovación y desarrollo, una historia con ¿final feliz? ¿Es la Agenda 2030 de la ONU un reto posible o imposible? Esta pregunta ha centrado el debate sobre cómo alcanzar los objetivos, organizado por el Centro de Innovación en Tecnología para el Desarrollo Humano de la Universidad Politécnica de Madrid.

Los poderes públicos están llamados a dar respuesta a los conflictos y tensiones que se producen en una comunidad política determinada. Dichas tensiones son el resultado de situaciones que son percibidas como un riesgo y que se manifiestan como desigualdades que deben corregirse. Cada vez más persisten tensiones, riesgos y desigualdades que constituyen el patrimonio común de una comunidad política global que necesita de respuestas universales, integrales y transformadoras con independencia de la adecuación a cada contexto nacional, regional o local. Un intento de respuesta a escala es la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)¹³.

La Agenda 2030 adoptada a finales de 2015 abarca desde la erradicación de la pobreza, la urbanización sostenible, la igualdad de género, la justicia para todos, y la lucha contra el cambio climático, entre otros objetivos. Por primera vez, esta Agenda mundial del desarrollo sostenible es universal, esto es, obliga a todos los países firmantes a implementar las medidas necesarias para alcanzar sus objetivos, tanto en el ámbito nacional como en el de la cooperación internacional. Ello constituye la característica más innovadora y significativa de la Agenda¹⁴.

3. EL ESPACIO LOCAL PARA LA EJECUCIÓN DE LAS METAS DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

La Unión Europea centra los esfuerzos en construir un futuro mejor para los ciudadanos y para ello consolida su acción a escala local. Las regiones y las ciudades están a la vanguardia de la aplicación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y deberían convertirse en el modelo económico general a largo plazo de la UE y suceder a la Estrategia Europa 2020. Las ciudades y las regiones también deberían tener la posibilidad de desempeñar plenamente su

KRISTOPHER ROLLER (UNSPASH) y ALEJANDRA AGUDO. Madrid 22 de febrero de 2018 Josep M. Vilalta es director del Global University Network for Innovation (GUNI). Fecha de consulta: 4 de enero de 2019. Accesible en [este enlace](#).

¹³ LÓPEZ PAGÁN, J., “Transparencia y ética pública como instrumentos de la integridad y del desarrollo sostenible”. En el libro: *Compliance e integridad en el sector público*. (Dir. F. A. CASTILLO BLANCO). Tirant lo Blanch, 2019. Págs. 49- 79. Pág. 51.

¹⁴ Op. cit. LÓPEZ PAGÁN, J., ... pág. 53.

papel en la transición hacia una Europa sostenible e hipocarbónica. Para proporcionar infraestructuras y servicios públicos el nivel de inversión pública en la UE es excesivamente reducido, así que se considera fundamental colmar la brecha de inversión pública¹⁵.

La hoja de ruta para lograr este objetivo se ha señalado por la Comisión y otros órganos de la UE, en particular, facilitando un intercambio de buenas prácticas entre las ciudades y las regiones, y fijar los parámetros de un enfoque territorial transfronterizo para la consecución de los ODS¹⁶.

Girando en torno al novedoso concepto de *subsidiariedad activa*, el grupo operativo concluyó que en materia de subsidiariedad y proporcionalidad era necesaria una nueva forma de trabajar para que las autoridades locales y regionales y los parlamentos nacionales contribuyeran más eficazmente a la formulación de políticas de la UE y a la elaboración de nueva legislación. Según esta propuesta, todos los niveles de gobierno evaluarían con mayor coherencia la subsidiariedad y la proporcionalidad, para lo cual se basarían en un “modelo de red”, una especie de lista de control sobre subsidiariedad y proporcionalidad. Cuando se presente la próxima oportunidad de revisión del Tratado de la UE, también se propone aumentar de 8 a 12 semanas el tiempo disponible para que los parlamentos nacionales contribuyan con sus dictámenes a los proyectos legislativos de la UE. Por último, el grupo operativo recomendó que las tres instituciones de la UE acuerden un programa plurianual específico que ayude a reorientar la labor de la UE en algunos campos a una aplicación más eficaz de la legislación vigente, y no tanto a la elaboración de nueva legislación. Esta recomendación se basa en la introducción por la Comisión Juncker de programas de trabajo mucho más específicos y de declaraciones conjuntas anuales acordadas entre las tres instituciones sobre los expedientes cuya aprobación debe ser prioritaria a lo largo del año¹⁷.

¹⁵ [“Construir la UE desde la base con nuestras regiones y ciudades”](#). Declaración de Bucarest. Comité Europeo de las Regiones. 8ª Cumbre Europea de Regiones y Ciudades, 14 y 15 de marzo de 2019.

¹⁶ Las recomendaciones de la Comunicación de la Comisión “Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad: reforzar su función en la elaboración de las políticas de la UE”, formuladas por el «Grupo operativo sobre subsidiariedad, proporcionalidad y “hacer menos pero de forma más eficiente”»

¹⁷ [Informe de 2018 del Grupo operativo sobre subsidiariedad, proporcionalidad y "hacer menos pero de forma más eficiente"](#) creado el 14 de noviembre de 2017 por el presidente de la Comisión, Jean-Claude Juncker.

En comparación con el resto del mundo, siete Estados miembros de la EU-27 figuran entre los diez primeros puestos de la clasificación en el índice global de los ODS, y todos los Estados miembros de la EU-27 se encuentran entre los cincuenta primeros de los 156 países evaluados. En los últimos cinco años, la UE en su conjunto ha realizado progresos respecto de casi todos los ODS. La mayoría de los progresos se han realizado en el ODS 3 (Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas las edades) y en el ODS 4 (Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos); ambos objetivos figuran también entre los tres primeros puestos de los ODS en los que los Estados miembros de la EU-27 obtienen los mejores resultados en la clasificación mundial. En promedio, los Estados EU-27 obtienen sus mejores resultados en la clasificación mundial en el ODS 1 (Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo). En cambio, la UE ha retrocedido en la consecución del ODS 10 (Reducir la desigualdad en los países y entre ellos), si bien existen diferencias notables entre los Estados miembros. Es importante señalar que el hecho de progresar no implica necesariamente que la situación actual en lo relativo a un Objetivo dado sea satisfactoria para la UE. Por ejemplo, se han realizado progresos considerables en cuanto al ODS 12 (Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles), pero este es también el ODS respecto del cual los Estados miembros de la EU-27 obtienen en promedio la segunda puntuación más baja en la clasificación mundial, quedando mucho trabajo por hacer. Por término medio, los Estados miembros de la EU-27 reciben su puntuación más baja en la clasificación global con respecto al ODS 14 (Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible)¹⁸.

La Federación de municipios y provincias españoles considera actores relevantes a ser tenidos en cuenta en el desarrollo de las diferentes actuaciones a los gobiernos locales, Federaciones territoriales y a las redes de gobiernos locales, entre otros muchos, pero con menor peso. Resalta su relevancia por estar estratégicamente situados para la sensibilización, localización e implementación de la Agenda y establece la orientación estratégica de la FEMP definiendo conjuntamente las necesidades de los gobiernos locales¹⁹. El papel de los gobiernos locales y regionales y sus asociaciones en el logro de los ODS es crucial, ya que es

¹⁸ ANEXO II: El desempeño de la UE en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). En el documento: [Bruselas, 30.1.2019 COM\(2019\) 22 final. Documento de reflexión. *Hacia una Europa sostenible en 2030*.](#)

¹⁹ [FEMP: Compromiso 2030. Estrategia de la Federación española de municipios y provincias para el cumplimiento de la Agenda 2030 y de los objetivos de desarrollo sostenible.](#) Pág. 11.

a nivel local donde se puede preservar el enfoque de igualdad para la implementación de los ODS a nivel nacional, por tanto el logro de los ODS depende en gran medida de la participación activa de los gobiernos locales, ya que todos los ODS incluyen metas relacionadas con competencias y responsabilidades de la esfera local y municipal, principalmente en la prestación de servicios básicos y en la promoción de un desarrollo territorial endógeno, inclusivo y sostenible²⁰.

4. LAS AGRUPACIONES EUROPEAS DE COOPERACIÓN TERRITORIAL (AECT)

En Europa, la cooperación transfronteriza entre entidades territoriales constituye una realidad que ha precedido a la asunción del fenómeno por los ordenamientos jurídicos generales. Las fronteras, establecidas como separación entre Estados, no han podido evitar la presencia de intereses comunes en las colectividades de uno y otro lado de las mismas. (...) Desde los años sesenta, en toda Europa han proliferado acuerdos entre colectividades locales y regionales de diferentes Estados para, para resolver cuestiones de interés común sin observar los canales habituales de las relaciones internacionales²¹.

A pesar de que la doctrina también ha advertido de algunos inconvenientes en la naturaleza jurídica de estas organizaciones por tratarse de una nueva Administración pública parecida pero distinta de los consorcios²², lo cierto es que se han venido desarrollando y creciendo en número hasta la actualidad.

Las instituciones europeas también han realizado alguna autocrítica al respecto, sobre la evolución en el uso de estos instrumentos, que, aun siendo positiva, conlleva un margen de mejora²³. Esto podría deberse, por un lado, a las reservas de las autoridades regionales y

²⁰ Pág. 3 del mismo Informe de la FEMP.

²¹ LÓPEZ RAMÓN, F., “Régimen jurídico de los acuerdos de cooperación transfronteriza entre entidades territoriales”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 12, 1998, págs. 135-155. Pág. 135.

²² SANZ RUBIALES, I., “La Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT): ¿una nueva Administración pública de derecho comunitario? Algunos problemas”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núm. 31, Madrid, septiembre/diciembre (2008), págs. 673-710.

²³ Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2018, sobre el impulso al crecimiento y la cohesión en las regiones fronterizas de la UE. El Parlamento lamenta que no se aproveche plenamente el potencial de las AECT.

locales y, por otro, a su temor a que se produzca una transferencia de competencias y a la falta de conocimiento de las respectivas competencias. El Parlamento ha pedido a la Comisión que proponga medidas para superar los obstáculos que dificultan que se lleve a cabo una aplicación más efectiva de este instrumento. Desde su creación hace más de sesenta años, la UE ha apoyado estos esfuerzos, guiada por los objetivos de profundizar la cohesión territorial, luchar contra la desigualdad regional y abrir el mercado único. Sin embargo, las cargas administrativas, la falta de inversiones y los recientes acontecimientos políticos han impedido hasta ahora que se aprovechen plenamente las oportunidades que ofrece la cooperación territorial²⁴.

Las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial (AECT) fueron creadas para facilitar la cooperación transfronteriza, transnacional e interregional entre los Estados miembros o sus autoridades regionales y locales. Las AECT permiten que estas partes pongan en práctica proyectos conjuntos, compartan conocimientos especializados y mejoren la coordinación y la ordenación territorial²⁵. Las AECT tienen por objeto facilitar y fomentar la cooperación territorial, en particular entre sus miembros, incluyendo uno o varios ejes de cooperación transfronteriza, transnacional e interregional, con el objetivo de reforzar la cohesión económica, social y territorial en la Unión. En términos generales, las funciones de una

²⁴ *Reforzar la cooperación territorial en Europa: la mejor apuesta por nuestro futuro común*. Nota de prensa del Prensa del 27/09/2019. *Cross-border and territorial cooperation*. Editorial de KARL-HEINZ LAMBERTZ, presidente del Comité Europeo de las Regiones (CdR), y Francina ARMENGOL, presidenta de las Islas Baleares, miembro del CdR y presidenta de la Euroregión Pirineos-Mediterráneo, con vistas a la 9.ª reunión anual de la Plataforma de las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial en Palma, Mallorca, el 27 de septiembre de 2019.

²⁵ Base jurídica: Reglamento (CE) n.º 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la Agrupación europea de cooperación territorial (AECT). Reglamento (UE) n.º 1302/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1082/2006 sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT) en lo que se refiere a la clarificación, a la simplificación y a la mejora de la creación y el funcionamiento de tales agrupaciones. A finales de 2013, se modificó el Reglamento AECT. El objetivo de dicha modificación era aclarar las normas vigentes, simplificar la creación y el funcionamiento de las AECT y definir las modalidades de participación de terceros países. El Reglamento AECT revisado lleva aplicándose desde el 22 de junio de 2014. Para ayudar en la aplicación en España de toda esta normativa, rige el Real Decreto 23/2015, de 23 de enero, que adopta las medidas necesarias para la aplicación efectiva del Reglamento (CE) n.º 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5-7-2006, sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT), modificado por el Reglamento (UE) n.º 1302/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17-12-2013, en lo que se refiere a la clarificación, a la simplificación y a la mejora de la creación y el funcionamiento de tales agrupaciones. BOE de 31 enero 2015, núm. 27.

AECT se ajustan a los objetivos mencionados. Sus tareas pueden incluir actos específicos de cooperación territorial entre sus miembros, con o sin ayuda financiera de la Unión. Una AECT puede encargarse de la ejecución de programas cofinanciados por la Unión Europea, a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional, del Fondo Social Europeo o del Fondo de Cohesión, así como de otros proyectos de cooperación transfronteriza que reciban o no financiación de la Unión. Como ejemplo de dichas actividades, cabe destacar la gestión de infraestructura viaria u hospitales transfronterizos, la ejecución o la gestión de proyectos de desarrollo transfronterizos y el intercambio de conocimientos especializados y buenas prácticas.

En cuanto a su estructura, una AECT puede estar formada por miembros situados en el territorio de al menos dos Estados miembros (o un Estado miembro y uno o varios países terceros) y pertenecientes a una o más de las siguientes categorías:

- Estados miembros o autoridades de ámbito nacional;
- autoridades regionales;
- autoridades locales;
- empresas públicas u organismos de Derecho público;
- empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general;
- autoridades nacionales, regionales o locales, u organismos o empresas de terceros países (sujetos a condiciones específicas);
- asociaciones formadas por organismos pertenecientes a una o más de las categorías anteriores.

Las AECT son entidades con personalidad jurídica y se rigen por un convenio adoptado por unanimidad entre sus miembros. Las AECT actúan en nombre de sus miembros, quienes aprueban sus estatutos por medio de convenios especiales en los que se describen la organización y las actividades de las AECT. Las AECT deben tener, como mínimo, dos órganos: una asamblea, que debe estar formada por representantes de sus miembros, y un director, que representa a la AECT y actúa en su nombre. Además, las competencias de las AECT están limitadas por las competencias respectivas de sus miembros. Las competencias de las autoridades públicas, como la elaboración de las políticas y las competencias reguladoras, no pueden transferirse a una AECT. La asamblea aprueba el presupuesto anual

provisional de la AECT, que es objeto de un informe anual de actividad elaborado y certificado por expertos independientes. Los miembros son financieramente responsables de cualquier deuda, de forma proporcional a su contribución al presupuesto.

En su informe de abril de 2018 sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 1082/2006 (Reglamento AECT), la Comisión confirmó el valor añadido europeo de este instrumento: la cooperación entre los miembros de una AECT procedentes de distintos Estados miembros y terceros países facilita la toma de decisiones y permite establecer de forma conjunta objetivos y estrategias a través de las fronteras nacionales. El número de AECT, así como la pertenencia a ellas, está aumentando de forma constante en toda la Unión y cada vez se recurre más a ellas. Como consecuencia de las modificaciones al Reglamento AECT en 2013, las AECT participan actualmente en diversos programas y proyectos de cooperación territorial europea (INTERREG²⁶), así como en la aplicación de otros programas de la política de cohesión, en particular en el ámbito del desarrollo rural.

Ciento cincuenta millones de personas -el 30 % de la población de la UE- viven en regiones fronterizas interiores, por lo que la cooperación entre territorios de distintos Estados, ya sea en ámbitos como el desarrollo sostenible, el transporte, la asistencia sanitaria o la cultura, es vital tanto para la integridad del mercado único como para la integración europea. Proteger y apoyar la cooperación territorial e invertir en ella no solo beneficia a las comunidades fronterizas, sino también a la Unión en su conjunto. Gracias a diversas políticas y programas, como la cooperación territorial europea, la política de cohesión y los fondos regionales, la UE ha estado apoyando la cooperación transfronteriza desde hace treinta años. La cooperación territorial europea está articulada en tres tipos de programas: de cooperación transnacional, de cooperación transfronteriza y de cooperación interregional. La transnacional es llevada a cabo en grandes espacios transnacionales para favorecer el desarrollo territorial integrado. La transfronteriza intenta eliminar el “efecto barrera” en las regiones fronterizas y, por último la interregional, refuerza la efectividad de la Política de Cohesión promocionando buenas prácticas e intercambio de experiencias. Para el período

²⁶ [INTERREG EUROPE](#) programa cuyo objetivo consiste en mejorar la política de cohesión a través del intercambio de experiencias, la transferencia de buenas prácticas y las iniciativas conjuntas entre los 28 Estados miembros de la UE (además de Noruega y Suiza) respecto a los objetivos temáticos (entre otros, innovación, pymes, economía de bajas emisiones de carbono y protección del medio ambiente).

2014-2020, los socios beneficiarios son: autoridades nacionales, regionales y locales, entes de carácter público y asimilados (Fundaciones, Universidades, Agencias, etc.), asociaciones privadas sin ánimo de lucro, empresas y pymes, AECT, AEIE²⁷.

4.1. Algunos ejemplos de éxito de AECT: Programa Interreg Sudoe, POCTEP, POCTEFA 2014-2020

El programa INTERREG SUDOE apoya el desarrollo regional en el sudoeste de Europa, financiando proyectos transnacionales a través del Fondo Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Así, promueve la cooperación transnacional para tratar problemáticas comunes a las regiones de dicho territorio, como la baja inversión en investigación y desarrollo, la baja competitividad de la pequeña y mediana empresa y la exposición al cambio climático y riesgos ambientales²⁸. El programa de cooperación Interreg VA España-Portugal (POCTEP) promueve el desarrollo de la mayor frontera de la Unión Europea y sus actividades y proyectos son innumerables para relatar en este breve trabajo.

Otro ejemplo es el programa POCTEFA 2014-2020. POCTEFA 2014-2020 es el acrónimo del Programa INTERREG V-A España-Francia-Andorra. Se trata de un programa europeo de cooperación territorial creado para fomentar el desarrollo sostenible del territorio fronterizo entre los tres países. Constituye la quinta generación de apoyo financiero comunitario destinado a reforzar la integración económica y social de esta zona. POCTEFA cofinancia proyectos de cooperación transfronteriza diseñados y gestionados por actores de ambos lados de los Pirineos y de las zonas litorales que participan en el Programa preservando el desarrollo inteligente, sostenible e integrador del territorio. El programa fomenta el desarrollo sostenible del territorio fronterizo de España, Francia y Andorra a través de la cooperación transfronteriza. Ayuda a disminuir las diferencias de desarrollo del territorio y a unir fuerzas para lograr un desarrollo sostenible de la región y la cohesión de las regiones que lo forman. En definitiva, el programa, gracias a los fondos europeos, ayuda a mejorar la calidad de vida de los habitantes de la zona²⁹.

²⁷ HERNÁNDEZ MARTÍN, M^a C., *Cooperación territorial europea. Interreg*. Congreso Nacional del Medio Ambiente. Madrid del 26 al 29 de noviembre de 2018. Subdirectora General de Cooperación Territorial Europea. Dirección General de Fondos Europeos. Ministerio de Hacienda.

²⁸ El [Programa Interreg Sudoe](#) (abreviatura de Programa de Cooperación Interreg V-B Europa Suroccidental) fue aprobado por la Comisión Europea, el 18 de junio de 2015, con un presupuesto de 141 millones de euros.

²⁹ Último acceso: 28 de septiembre de 2019. Puede consultar el texto del Programa [aquí](#).

“Los objetivos se perseguirán de conformidad con el principio de desarrollo sostenible y con el fomento por parte de la Unión del objetivo de conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, tal como se recoge en el artículo 11 y el artículo 191, apartado 1, del TFUE, teniendo en cuenta el principio de que “quien contamina paga”; y “Los Estados miembros y la Comisión velarán por que en la preparación y la ejecución de los acuerdos de asociación y los programas se promuevan los requisitos de protección medioambiental, la eficiencia de los recursos, la mitigación del cambio climático y la adaptación al mismo, la biodiversidad, la capacidad de adaptación frente a los desastres y la prevención y gestión de riesgos³⁰”. La evaluación ex ante y la evaluación ambiental estratégica del Programa aportan los elementos necesarios para asegurar que el Programa POCTEFA mantiene un respeto por el principio de desarrollo sostenible y contribuye a su cumplimiento. Las prioridades de inversión y los objetivos específicos del Programa se encuentran dentro de una lógica de desarrollo sostenible para el espacio de cooperación. Vinculan las acciones de innovación y fortalecimiento de pymes con las áreas de sostenibilidad ambiental y desarrollo energético sostenible. En este sentido,

“se prima el desarrollo sostenible del espacio POCTEFA mediante la integración de las variables principales que, desde una óptica de cooperación, pueden contribuir al desarrollo económico, medioambiental y social del territorio y sus ciudadanos, desde un punto de vista sostenible³¹”

En su caso, se aplicarán plenamente las disposiciones de la Directiva EIA (Directiva 85/337/CEE modificada por la Directiva 97/11/CE), así como las disposiciones del artículo 6, apartados 3 y 6.4, de la Directiva “hábitats”, para cualquier plan o proyecto que pueda afectar de forma apreciable a los lugares de la red Natura 2000. En las convocatorias se invitará a las candidaturas de proyectos a enfocarse hacia una lógica de desarrollo sostenible,

³⁰ Artículo 8 del Reglamento (UE) n° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n° 1083/2006 del Consejo.

³¹ Accesible en [este enlace](#). INTERREG V-A España-Francia-Andorra POCTEFA 2014-2020. Versión 2.2 aprobada por la Comisión Europea 17.08.2016. Pág. 127. Principios horizontales. Desarrollo sostenible. La cursiva es nuestra.

de manera que entre de los resultados a alcanzar figure la contribución de cada proyecto/operación al principio general de desarrollo sostenible. En este sentido, una candidatura que presente un impacto negativo sobre el medio ambiente deberá integrar medidas compensatorias o podrá ser rechazada por el Comité de Programación si las medidas compensatorias propuestas son juzgadas como no adaptadas con respecto al impacto previsible sobre el medio ambiente. Se invitará a tener en cuenta el concepto de Responsabilidad Social Empresarial en la presentación de los proyectos, cuando sea pertinente en relación con la temática tratada.

Sin duda, tanto las eurorregiones como las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial (AECT) -en cuyo marco dos o más regiones de distintos Estados miembros de la UE colaboran en áreas en las que comparten un interés económico, social, cultural o político- han desempeñado un papel de gran importancia en la profundización de la integración europea. La Eurorregión Pirineos-Mediterráneo es un perfecto ejemplo de cooperación territorial en Europa. Creada en octubre de 2004, la Eurorregión desarrolla proyectos de cooperación entre Cataluña, las Islas Baleares y Occitania y permite revitalizar una identidad política y cultural compartida. Una Eurorregión que ha permitido poner en marcha, por ejemplo, el galardonado hospital de la Cerdaña, ubicado en la frontera pirenaica y celebrado como el primer hospital transfronterizo de Europa³².

³² El Hospital de Cerdaña (AECT) fue uno de los primeros proyectos que se acogieron a esta fórmula jurídica, aprobada en 2006 por el Parlamento Europeo, que facilita la cooperación entre los estados miembros. En abril de 2016, el centro recibió el premio *Building Europe Across Borders* (Construis Europa a través de sus fronteras) que otorga el Comité de las Regiones al mejor caso de cooperación transfronteriza de Europa. El Hospital de Cerdaña, situado en la localidad catalana de Puigcerdà, es único en Europa por su labor diaria de asistencia sanitaria a residentes de nacionalidad francesa y española. El hospital entró en funcionamiento el 19 de septiembre del 2014. Situado en la zona de alta montaña de los pirineos catalanes, el centro atiende a unos 34.000 residentes y a una población flotante de 120.000 a uno y otro lado de la frontera. Otros ejemplos pueden ser el de la [Eurorregion Aquitania-Euskadi. Plan estratégico eurorregional 2014-2020](#). Esta agrupación de cooperación crea nuevas herramientas para la integración del enfoque territorial de cohesión: las ITI (Inversiones Territoriales Integrales) Pág. 94. La creación de las Inversiones Territoriales Integrales (ITI) surge de la necesidad de abordar el papel de ciudades, áreas geográficas funcionales y zonas subregionales con problemas específicos. Y es que los retos económicos, medioambientales y sociales a los que se enfrenta Europa ponen de relieve la necesidad de establecer un enfoque territorial e integrado basado en zonas más reducidas que permitan proporcionar una respuesta eficaz. Por esta razón, las disposiciones comunes propuestas por la Comisión Europea, así como el Reglamento relativo a la Cooperación Territorial Europea han introducido esta

Los ciudadanos de las regiones fronterizas interiores de la Unión Europea son diversos lingüística y culturalmente, pero con frecuencia comparten obstáculos similares en la búsqueda del desarrollo económico y social. Las diferencias de competencias, estructuras y leyes entre las regiones fronterizas han frenado muchas oportunidades de cooperación y desarrollo. La Comisión Europea ha señalado que la supresión completa de las barreras transfronterizas aumentaría el PIB en un 8 %. El futuro de la cooperación territorial tiene que seguir cosechando logros, por ejemplo en la reducción de trámites burocráticos, pero también evitar nuevas trabas, como sería la introducción de criterios relacionados con la densidad de población en los territorios fronterizos a la hora de considerar el acceso a los fondos europeos. Pero, incluso con el nivel adecuado de voluntad política y reducción de las cargas administrativas, el éxito de la cooperación territorial requiere inversiones. En el marco del actual presupuesto de la UE (2014-2020), se habrán invertido, en cooperación interregional, alrededor de 10.000 millones de euros de fondos de la política de cohesión, de los cuales 6.800 se habrán destinado a regiones transfronterizas. El recorte del 2,75 % al 2,5 % de los fondos de cohesión asignados a la cooperación territorial que se está barajando en estos momentos podría poner en peligro los esfuerzos desplegados y resultados alcanzados en cuanto a desarrollo y solidaridad territorial en Europa.

Con la entrada en funciones del nuevo Parlamento Europeo y la nueva Comisión, la Unión Europea debe poner todo su empeño en impulsar la solidaridad y reforzar la integración. Si la UE quiere aplacar los populismos y hacer frente a los nuevos retos, como la globalización, las desigualdades, la migración y el cambio climático, debemos seguir trabajando conjuntamente para maximizar el potencial que ofrece la cooperación territorial y convertir nuestras regiones en motores de un crecimiento sostenible que beneficie a los ciudadanos de cada rincón de nuestro continente.

El ejemplo de la Declaración de Sevilla vale también para mostrar ejemplos de declaraciones políticas en búsqueda del impulso de la implementación de los ODS a nivel municipal y regional y poner a los territorios, a sus gobiernos y a su población en el centro de las políticas

herramienta de integración para implementar estrategias territoriales sobre el terreno vinculando los objetivos temáticos identificados en los Programas Operativos. Las ITI permiten que los Estados miembro de la Unión Europea combinen financiación de varios ejes de prioridad de uno o más Programas Operativos para crear una intervención multidimensional e intersectorial.

de consecución de la Agenda 2030 mediante sistemas de gobernanza multinivel y multi-actor. Para avanzar en la Agenda 2030 debe incorporarse a las autoridades regionales y municipales en todo el mundo³³.

La Red Española para el Desarrollo Sostenible (REDS), capítulo español de la red de Naciones Unidas SDSN, ha elaborado la primera edición del informe “Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 100 ciudades españolas”, una herramienta clave para las administraciones locales en la evaluación de los avances en la aplicación de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. El documento proporciona un estado de la cuestión sobre el desarrollo sostenible a escala local para todas las capitales de provincia de España, las ciudades de más de 80.000 habitantes y las doce principales áreas metropolitanas en nuestro país. En su conjunto, las 100 ciudades analizadas suponen casi un 50% de la población española³⁴.

5. CONCLUSIONES

La virtualidad de las figuras de cooperación territorial para el cumplimiento de la AGENDA 2030, o más concretamente de todos sus objetivos y metas, puede recuperar el auge logrado en los años 90 del pasado siglo. En cita de LEVRAT, LÓPEZ RAMÓN ha indicado que esta figura era consecuencia de la descentralización territorial impuesta por la extensión de las tareas del Estado y la subsiguiente imposibilidad de atender a todas ellas debidamente. (...), Además, la constatación de la aparición de fenómenos nuevos, que relativizan el papel de algunas fronteras (cuestiones ambientales, de ordenación territorial, por ejemplo), hacen comprender que la cooperación transfronteriza es una competencia implícita de las entidades territoriales³⁵.

³³ [Compromiso de Sevilla Fortaleciendo un movimiento local-global para localizar los Objetivos de Desarrollo Sostenible.](#)

³⁴ Mirando hacia el futuro: Ciudades sostenibles. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en 100 ciudades españolas. Informe urbano. Primera edición 2018. Inés Sánchez de Madariaga, Javier García López y Raffaele Sisto. Para la elaboración del informe REDS ha contado con la colaboración de la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y de Iberdrola. Además, el trabajo ha recibido la colaboración de Mediapost y del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. Puede consultarse [aquí](#).

³⁵ Op. cit.: LÓPEZ RAMÓN, F., ... pág. 136.

El avance de estas figuras ha sido importante, y cabría ahora reflexionar sobre la operatividad de las mismas en el campo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Concretamente, esta comunicación finaliza indicando el valor de la cooperación territorial, pero no realiza ninguna constatación de que las AECT estén dedicadas a implementar la Agenda 2030 en nuestro país. El estudio de algunos ejemplos de asociaciones de cooperación territorial ha permitido ver que la protección ambiental está en el programa y financiación de estas organizaciones, pero cabría estudiar, concretamente si las metas del ODS 12, o alguna de ellas, podría entrar en el eje de acción de estas organizaciones de cooperación territorial.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. Tiempos nuevos, ¿tiempos salvajes?. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 43 mayo-agosto, 2019, pp. 11-15.
- CASADO CASADO, L. *La recentralización de competencias en materia de protección del medio ambiente*. Cataluña: IEA, 2018.
- CIUDADES y comunidades sostenibles: retos para los Ayuntamientos españoles en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas para el año 2030. Workshop realizado por el Instituto Pascual Madoz del Territorio, urbanismo y Medio Ambiente de la Universidad Carlos III de Madrid. Marzo de 2017. El Instituto es miembro de la Red española de desarrollo sostenible. Disponible en: <http://www.institutopascualmadoz.es/ciudades-y-comunidades-sostenibles-retos-para-los-ayuntamientos-espanoles-en-el-cumplimiento-de-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible-de-las-naciones-unidas-para-el-ano-2013/> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- LAGO CANDEIRA, A. Compromisos internacionales ambientales. Agenda 2030 y Objetivos de Desarrollo Sostenible (incluidos los de cambio climático). En: LÓPEZ RAMÓN, F. *Observatorio de políticas ambientales 2016* Madrid: CIEMAT, 2016. Disponible en: <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2017/03/OPAM-2016-on-line.pdf#page=25>
- LÓPEZ RAMÓN, F. Régimen jurídico de los acuerdos de cooperación transfronteriza entre entidades territoriales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 12, 1998, pp. 135-155.

- LÓPEZ PAGÁN, J. Transparencia y ética pública como instrumentos de la integridad y del desarrollo sostenible. En: CASTILLO BLANCO, F. A. *Compliance e integridad en el sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. Desarrollo urbano sostenible: ¿Actuar localmente sin cambio global?. *Cuadernos de derecho local*, n. 46, 2018 (Ejemplar dedicado a: Medio Ambiente), pp. 32-67.
- POMED SÁNCHEZ, L. A. Seminario sobre derecho ambiental comparado en Alicante. *Revista de Administración Pública*, n. 116, mayo-agosto 1998, pp. 341- 357.
- RAMOS DE ARMAS, F. J. El papel de los actores no estatales y entidades subnacionales. En: AGUILA, Y.; MIGUEL PERALES, C. de; TAFUR, V.; PAREJOS NAVAJAS, T. (Eds.). *Principios de derecho ambiental y Agenda 2030*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 271-288.

XXIX. Derecho privado y protección del ambiente. Función ambiental de la propiedad en Argentina

Juan Claudio Morel

Profesor Titular "P y Legislación Ambiental" UNICEN sede Tandil. Argentina

Dr. en Derecho, U.Alicante

jcmorel@fcb.unicen.edu.ar

RESUMEN:

En honor a Don Ramón, quienes tuvimos la fortuna de compartir solo alguna clase con tamaña investidura, suerte de ciencia, picardía y humor entremezclados en el aire de Universidad, lanzamos este mensaje en una botella para que las disfrute en el otro lado de la mar, a donde llegó ligero de equipaje junto a Caronte con quien seguro se puso rápido de acuerdo por el óbolo. Y si en la navegación por el Estigia eligió alguna lectura, y acaso fue éste libelo, como las carcajadas no se escuchan desde este lado, ejercemos la pretensión de justificar la siguiente afirmación: *el ambiente incide en los Derechos Reales al punto de reorientarlos a una función ambiental, en consecuencia cabe distinguir conceptualmente además de las funciones que caracterizan lo individual y social también una función ambiental en el Derecho de Propiedad.* En esta línea de trabajo, surge la necesidad de determinar qué contenido y alcances tiene dicha función y si las pautas y límites que encierra la misma son propias del Derecho Civil. En la Argentina, se entiende a esta rama del Derecho como resultado de la facultad legisferante para dictar el Código Civil y Comercial en cabeza solamente del Congreso Federal, en lugar de seguir en este punto el criterio federalista de la Constitución de los Estados Unidos. Adelantamos, que se observa al Derecho de Propiedad como un objeto en el que se pueden desagregar tres funciones con diferentes niveles de competencia federal, de las cuales sólo la primera que es la individual fue delegada a la Nación y las siguientes fueron retenidas para sí por las Provincias. Estas facultades no delegadas son la función social y la función ambiental, cabe sostener por lo tanto que ambas funciones son competencia legislativa de las Provincias. Ésta es en síntesis la idea central que ingresa en este trabajo.

SUMARIO

1. Introducción.....	655
2. Desarrollo	656
2.1. Nuevo paradigma.	656
2.2. Diálogo de fuentes y diálogo entre principios y reglas.....	656
2.3. La teoría del abuso del Derecho como dialogo de fuentes	659
2.4. No hay función ambiental sin función social de la propiedad.....	661
3. Conclusiones.....	664
4. Bibliografía.....	665

1. INTRODUCCIÓN.

Esta perspectiva aborda al ambiente como un objeto más del Derecho Privado y Público a través del prisma de la teoría de las tres generaciones de Derechos facilitado porque ha cambiado en Argentina el paradigma de enfoque del Derecho en sí, en un proceso que recoge como hitos, entre ellos la Constitución de 1994 y la definitiva constitucionalización del Derecho Privado con el nuevo Código Civil y Comercial aprobado, promulgado y convertido en Ley en la Argentina en el año 2015. La diferencia entre Derecho Privado y Público desde luego sigue existiendo, pero ya no son compartimentos estancos, ahora son una propuesta en la que dichos bloques se complementan y dialogan entre sí (Artº 1 CCyCom) porque son herramientas que garantizan la realización de los Derechos Humanos. Desde el 1º de Agosto de 2015¹, para saber qué es un Derecho Real ahora es preciso dialogar con las fuentes, porque los Derechos están constitucionalizados (Art 75 inc. 22 Constitución Argentina), y de tal hermenéutica se obtiene la respuesta (Art 3º Código Civil y Comercial), ya no con el simple expediente de consultar al Código Civil y Comercial como único referente del Derecho Privado, dado que una serie de problemas de la actualidad tiene solución más ágil con diálogo de fuentes. Tal examen de fuentes corresponde al juzgador que elegirá razonadamente en una ponderación en la que según las circunstancias de tiempo y lugar privilegiará algunos principios sobre otros. Esta es una decisión insertada en la complejidad del mundo actual que recae sobre bienes colectivos en conflicto, tales como el consumidor, la discriminación,

¹ Promulgación del nuevo Código Civil y Comercial que reemplazó al vigente desde 1869.

la protección de los llamados derechos culturales, los derechos del niño, los del ambiente etc. Si la solución, parte de la constitucionalización del Derecho Privado para su consideración como Derecho Humano, se sigue necesariamente a un examen enfocado bajo el triple prisma de los Derechos Humanos de primera generación, segunda y tercera, equivalentes a las tres funciones: individual, social y ambiental. Y ésta es la forma más elocuente y sencilla de considerar la existencia de las tres funciones a partir de principios, sin una hermenéutica tan agobiante y sofisticada a partir las normas positivas exclusivamente.

En este trabajo nos dedicamos a exponer sobre la función ambiental que tienen los derechos reales con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de 2015.

2. DESARROLLO.

2.1. Nuevo paradigma.

El nuevo Código Civil y Comercial ha sido presentado como un cambio de paradigma donde la relación del Derecho de Propiedad con el ambiente está matizada por esta nueva forma de ver el ejercicio de los derechos sobre las cosas, que llega a definir lo que sus mentores denominan “*función ambiental de la propiedad*” la cual sin muchos detalles es dada por incorporada en el nuevo ordenamiento a partir de cierta hermenéutica sobre el mismo. Es importante definir qué es la función ambiental de la propiedad antes que darla por supuesta y de ello se ocupan las próximas páginas.

2.2. Diálogo de fuentes y diálogo entre principios y reglas

Es preciso dejar establecido qué se entiende en el sistema legal argentino actual por diálogo de fuentes, qué entienden sus mentores y en todo caso qué entendemos nosotros por esta novedad operativa que no es tal desde el punto de vista teórico. En 1998, Ricardo Lorenzetti, escribe un artículo² que es clave para comprender su pensamiento y la manera en que este jurista ve al Derecho en este punto. El título del artículo es esclarecedor: “Regla de solución

² LORENZETTI, Ricardo. Regla de Solución de Conflictos...Cit, pp. 669 – 714.

de Conflictos entre propiedad y medio ambiente”. Esta forma de percibir al Derecho como un conflicto posiblemente armónico en manos no del jurista sino del Juez es una constante en este pensamiento que sería esclarecido y perfeccionado con la teoría del diálogo de fuentes en una obra que apareció diez años después³ y que en este punto sea probablemente la obra cumbre de este jurista.

En este punto es preciso definir cuáles son las fuentes y cuál puede ser su diálogo posible. Las fuentes, en los casos regidos por el Código Civil y Comercial, son según el artículo 1° CCyCom: la ley, Constitución Nacional, Tratados Internacionales en que la Argentina sea parte, usos prácticos y costumbres si las leyes o los interesados se refieran a ellos. En esta exposición se destaca la nueva mirada sobre las fuentes, en el sentido del Derecho Objetivo o lo que tradicionalmente se toma como la fuente formal, que consiste en considerar fuente no sólo a la ley, además se considera a la Carta Magna como un bloque constitucional integrado también por los Derechos Humanos sino también por el Derecho Privado y el Derecho Público porque la persona humana debe ser protegida en todos los campos⁴. No se trata del concepto convencional de fuentes tal como lo enseñaban los maestros de la generación anterior con una idea más formal, por el contrario, el concepto que propone el nuevo ordenamiento materializa el concepto fuente. En palabras de uno de los codificadores:

“la tarea del jurista consiste en solucionar conflictos. Desde este punto de vista las fuentes son “criterios a los que se recurre en el proceso de creación normativo en búsqueda de objetividad, lo cual exige una mirada retrospectiva hacia el principio de autoridad (fuente formal) o hacia el argumento razonable (fuente material)”

El neorrealismo jurídico que expresa esta sentencia, es el marco teórico del nuevo ordenamiento y fuera de la opinión que merezca en los futuros congresos y jornadas, no se debe perder de vista que constituye el material de trabajo para el operador jurídico. Establecido el concepto de fuente al que hace referencia el nuevo ordenamiento, cabe hacer referencia al conflicto entre las mismas. El tradicional conflicto entre leyes siempre produce el resultado de excluir porque sólo una es válida y resulta aplicable al caso dado, pero si la

³ LORENZETTI, Ricardo. “Teoría de la decisión judicial, fundamentos de Derecho” Rubinzal Culzoni Santa Fe 2008.

⁴ Vid. LORENZETTI, Ricardo Luis. “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”. Coordinado por LORENZETTI, Pablo y DE LORENZO, Miguel. Rubinzal Culzoni, Santa Fé 2015. Tomo 1 pp 27 y ss.

colisión se da entre principios y valores no rige el principio de exclusión sino el de ponderación, porque los principios no se excluyen entre sí, a lo sumo se debe decidir qué principio precede a otro en el caso concreto, cuál tiene más peso para indicar el camino a una justa decisión. No hay opción sino ponderación. No se elimina al descartado, tan sólo se pondera dentro de una tensión⁵. La solución del conflicto que nos interesa señalar es la que en este contexto utilice el diálogo entre esas fuentes en conflicto: entre leyes o entre principios. En el caso del conflicto entre leyes y no se pueda establecer el principio de exclusión que explicamos en el párrafo anterior se propone el diálogo entre fuentes⁶, lo que implica armonizar leyes, costumbres, Constitución, Tratados. Lorenzetti⁷, propone algunos criterios para resolver este tipo de problemas tales como la “prioridad conceptual” como el caso del modo de contar los intervalos en Derecho que se aplica a toda legislación específica. Otro criterio es la prioridad basada en principios, caso de *in dubio pro- ambiente o pro consumidor, o bonae fidei*. En el caso del conflicto entre principios⁸, se resuelve con una ponderación de los mismos. Tal el ejemplo que brinda un caso al cual concurren los principios de la verdad y el derecho de defensa en juicio, en el que a un absolvente le es autorizado mentir si es necesario para ejercer su derecho de Defensa, por esa razón no depone con juramento de decir verdad como lo hace un testigo. En el Derecho Administrativo laboral colisionan los principios de *in dubio pro operario* y el de *presunción de legitimidad* de los actos del Estado, a primera vista insoluble y sin embargo tiene respuesta después de un acertado diálogo de fuentes mediante una acertada ponderación. Más aún en el Derecho Ambiental donde el Derecho Internacional siempre está tan presente, con un desfile de fuentes en los tres niveles de Estado en la Argentina, y en donde el Derecho Administrativo tiene un nivel de real protagonismo en este reparto ha de ser ponderado y armonizado.

⁵ Lorenzetti, Ricardo. Teoría...pp 250 y ss.

⁶ *Ibidem*, pp 251 y ss

⁷ *Ibidem*, pp 253 y ss

⁸ El codificador en comentario asume a los principios como mandatos de optimización, pero participamos de la idea que cualquiera sea la idea que cada jurista tenga de una cuestión tan debatida en las ciencias sociales, es posible realizar una justa ponderación que ilumine a develar el camino a la justicia, o a construirlo si se trata de otra concepción más cercana a la que expresa el Codificador de 2015 en la obra citada en Nota anterior pp 139 y ss.

Podemos deducir de estos ejemplos que este dialogo de fuentes el Juez de cada caso debe sopesar en análisis en el que los principios tendrán el peso específico de ser lo que son: estándares de conducta dignos de ser imitados o perseguidos que tienen un nivel superior a las reglas que están subordinadas a los mismos. La diferencia cualitativa entre reglas y principios implica concentrarse primerio en los principios y una vez despejada la variable se sopesan las mismas y somete a juicio de ponderación, es posible dirimir un conflicto en el espíritu del Juzgador que ahora sabrá cómo darle a cada uno lo suyo y como justificarlo razonadamente⁹ porque, y como lo dice la Corte, ...”*el juicio de ponderación constituye una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley*¹⁰”....

2.3. La teoría del abuso del Derecho como dialogo de fuentes

Dentro del contexto indicado anteriormente debe interpretarse la aplicación de la última parte del artículo 14 CCyCom. En este Código se reconocen: -Derechos Individuales. -Derechos de Incidencia Colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general. Esta es la razón por la cual la norma ambiental clave de este ordenamiento que es el artículo 240 establece verbos conciliadores y no excluyentes. Es que apunta a una ponderación vía la teoría del abuso del derecho que fue presentada en el artículo 10 Código Civil y Comercial 2015 para todo el ordenamiento y exhibe una acción específica en el presente tema del paisaje. Todo este desarrollo no puede ser confundido con la mentada referencia a una función ambiental de la propiedad, porque las letras del Código apuntan claramente en otra dirección. No se apunta a la norma donde se encuentra definida la propiedad sino al conflicto de ésta, acabada como está, con las otras normas. Esto se debe a que todo este contexto de constitucionalización del Derecho Privado se anticipa en hacer precisiones sobre el tema que examinamos en la búsqueda de la relación entre el ambiente y

⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993. LORENZETT, Ricardo. “Aspectos valorativos y principios preliminares del Ante proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. LL 2012-C pp 581 y MOSSET ITURRASPE J. “Del micro y macro sistema y viceversa. El dialogo de fuentes”. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal Culzoni. Santa Fé 2009-1 pp 15 y ss. ARAZI, Roland. “Introducción a las disposiciones procesales en las relaciones de familia contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26694). Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni. Año 2015 NE.

¹⁰ CSJN Fallos 331.819 LL 2008 C 562. Citado por ARAZI, Roland en Op. Cit pp 42.

la propiedad ya sea en clave individual, social o ambiental, y que no parece contener en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación 2015 un cambio de paradigma sustancial que nos lleve a concluir que la propiedad lleva una función ambiental que deroga la anterior forma de interpretar el Derecho de Propiedad, a través del Código Civil de 1869 en toda su evolución. Solamente con observar que el proyecto de elevación de aquel ordenamiento mantiene los mismos caracteres esenciales del Derecho de Dominio que provienen del Derecho Napoleónico: absoluto, exclusivo y perpetuo¹¹. Estamos ante el mismo Derecho de Propiedad limitado en la eventualidad del uso abusivo ya sea en el artículo 10 o en el 14 CCyCom es decir en la forma genérica o en la específica. Pero el diseño normativo a la manera de la función social no ha cambiado en el nuevo ordenamiento y menos aún se ha introducido una suerte de función ambiental que pretende cabalgar sobre el artículo 240. Pero tal sociedad no puede funcionar porque para ello primero tiene que lucir el principio de congruencia (Art 4º Ley Nacional General del Ambiente) con esa pretensa función social vis a vis la posición sustentada por los Codificadores en su obra comentada¹², con verbos tales como “compatibilidad”, “conformar” y “no afectar” que generan potenciales acciones preventivas de la conducta que autoriza la norma (acción externa) antes que acciones definitivas en la genética de la norma (acciones internas o al interior de la unidad). Por esta razón no podemos coincidir con el comentario de la obra dirigida por los codificadores si postulan que cuando el Código hace referencia a los Derechos Individuales y los de Incidencia colectiva, lo hace:

“estableciendo la función social de los derechos individuales que exige, que los mismos sean ejercidos en forma compatible con los derechos de incidencia colectiva, conforme la normativa administrativa nacional y local de interés público y siempre que no afecten el medio ambiente entendido en sentido amplio”

En este marco es válido destacar las “compatibilidades” (diálogo de fuentes) para el ejercicio de un derecho sobre los bienes que establece la primera parte del artículo 240, que a nuestro juicio ofician como inmisiones, porque esa “compatibilidad” es el límite hasta dónde puede llegar el dueño en su ejercicio para superar la tensión normativa que invita a la ponderación,

¹¹ PERETTI, Enrique, Ambiente y Propiedad. Rubinzal Culzoni. Santa Fé 2015, pp. 176.

¹² Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo 1. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2015 pp. 787 in fine, comentario al Artículo 240. CAFFERATTA, Néstor FLAH, Lily – AGUILAR, Rosana. Obra dirigida por LORENZETTI, Ricardo.

estamos todavía en la geografía del vecindario, donde actúa el individuo y no en la geografía global donde la preocupación es la sociedad que vive en un ambiente. La segunda parte de la norma se refiere a la manera de “conformar” este ejercicio con el derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público. En este caso, esta “conformación” refiere a la manera en el que el poder público limita al interés privado por razones de interés público, es un caso típico de limitaciones entre las cuales se encuentran “las servidumbres administrativas”. No vemos función social o ambiental a esta altura del análisis. Sólo ponderación a través de la teoría del abuso del derecho, que tiene una acción específica a través del art 14 CCyCom.

2.4. No hay función ambiental sin función social de la propiedad

El título designa la premisa. No podemos conciliar la idea del citado comentario al artículo 240 CCyCom efectuada por los codificadores en su obra¹³. Es que el problema está planteado en la primera generación de Derechos y es preciso pasar a la segunda generación antes de llegar a la tercera, porque hay que tener función social primero para poder agregar lo ambiental después, sino la figura de la Autoridad queda en el camino y no es posible esperar del Poder Judicial, lo que el Administrativo no sabe, no puede o no quiere hacer y porque se trata de límites diferentes al individuo. En el primero, tal interés cede ante la colectividad y en el segundo lleva asociación más habitual al uso de los recursos teniendo en cuenta el ambiente. En esta fórmula de la función social de la propiedad, es dable observar la existencia de lo que se denomina un “contenido esencial” que a fin de definir rápidamente sus contornos, para ofrecer un adelanto en este punto, sólo diremos por ahora que admite dos grandes observaciones según un autor español¹⁴. Primero que siempre comprende una función individual, guiada por el propietario que persigue generalmente una renta económica o ganancia, y una social en la que este Derecho debe articular con los demás¹⁵. Agregamos

¹³ *Ibidem* pp. 794.

¹⁴ BARNES VÁZQUEZ, Javier. “El componente ambiental de la función social de la propiedad privada y de la expropiación forzosa”. En obra colectiva “*La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*”. Universidad Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia 2004., pp.63.

¹⁵ ...” *utilidad social y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del Derecho de Propiedad sobre cada categoría de bienes... siempre que quede asegurada la rentabilidad del propietario... no puede llegar a anularse la utilidad meramente material del Derecho porque el contenido esencial del dominio impide la pérdida o vaciamiento de la utilidad económica del bien*” ...TCE 37/ 1987. Cit. Barnes Vásquez. *Ibidem*.

una tercera observación que incluye una función ambiental en la que el inmueble no puede ser asumido con la idea de que su propietario es el último habitante del planeta. En la propiedad esto se ve si desaparece para el propietario el contenido económico del bien, en cuanto a su utilidad, desnaturalizando al Derecho de tal forma que lo hace irreconocible como Derecho de Propiedad¹⁶. Que el Derecho de Dominio está integrado por dos grandes facultades; la de “uso y goce” y asimismo la de “disponer”. Mientras que en lo privado estas facultades se ejercen directamente, si hay intervención pública esta cuestión puede mediatizarse porque actúa el legislador y posteriormente el reglamento define el tipo de uso y goce que tiene cada bien que ha puesto en su mira, ya sea para su ordenación y se determina un uso urbanístico, o forestal o de interés cultural sujetándolo a la ley pertinente. Lo novedoso para un operador argentino, es advertir la segunda parte de esta idea y la manera en que esta concepción española construyó para su Derecho¹⁷, con el tiempo, lo que pareciera ser una consecuencia de la función social de la propiedad. Se trata del concepto de propiedad en orden a diferentes variantes de la función social susceptibles de crear modelos de propiedad ligeramente distintos que reposan sobre el sustrato básico¹⁸. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación definió ese contenido esencial como la imposibilidad de alterar la sustancia de los derechos¹⁹,

“la restricción que impone el Estado al ejercicio normal de los derechos debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por la sentencia o el contrato y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad”²⁰

¹⁶ ...” en definitiva, si de la delimitación legal del contenido... desconociera el contenido esencial se habría producido una privación del Derecho” ...” que, aunque predicada por la norma de manera generalizada, se traducirá en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente” ...TCE 227/1988. Barnes Vásquez. *Ibidem.* pp., 65.

¹⁷ Huelga decir que este sistema de propiedades no forma parte de la hermenéutica que proponemos.

¹⁸ STC 37/1987; STC 61/ 1997. Citado por LLODRÁ GRIMALT, Francesca. *Lecciones de Derecho Ambiental Civil.* Edicions UIB. Palma 2008, pp.127 y ss.

¹⁹ CSJN 243: 467. in re “Banco de Galicia y Buenos Aires Solicita intervención urgente en SMITH, Carlos c/ PEN s/ Sumarísimo. La Ley 04/02/02...” *El Tribunal ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que no suspendan temporaria y razonablemente los efectos de los contratos siempre que no se altere la sustancia de unos y otros a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole”* ...Citado por LORENZETTI, Ricardo. “La emergencia económica y los contratos”. Rubinzal Culzoni, Santa fé 2002, pp 98.

²⁰ CSJN 323: 1566

En este caso se trata de una mera influencia en la conducta que disponen dos géneros de normas distintas: la que genera el derecho individual y las que completan la definición con entidad en tanto actúa con la principal y le dice cómo debe ser ejercida en determinados aspectos. Determinar una función social es ya cambiar la genética de la norma, es realizar una norma que en la definición de sus términos se construya y no sea ni disminuida ni despotenciada porque la función social implica la presentación de otra norma con una nueva forma de ser y articular el derecho individual ahora entendido socialmente en mérito al interés de todos. En síntesis, no identificamos a los artículos 10, 14 ó 240 CCyCom con la función social de la propiedad, sino con una forma de aplicar el Derecho que no puede extralimitar sus límites individuales más allá de lo que marque la conformidad general en la persona del Estado. Porque el Derecho Administrativo que surge de tales normas, no define por sí mismo a una función social, probablemente sea la más común de sus herramientas, pero no la única y porque la función social llega de la mano de un diálogo de fuentes donde el Código Civil ya no es el único argumento articulador. Vale la pena observar también que la función social de la propiedad puede fracasar y torna en expropiación. Y la función ambiental no es portadora de la misma consecuencia, por eso la una sin la otra des-potencian a la función individual que no debe dejar de existir en una economía capitalista porque altera el equilibrio de las tres generaciones de derechos humanos al perder de vista uno de sus ordenadores: el Derecho de Propiedad. Además, son funciones diferentes que son operativas sumada una a la otra, pero disfuncionales si se pretende absorber con la función ambiental la función individual y la función social que son distintas, pero “compatibles” (Art 240 CCyCom utiliza el mismo verbo). Las tres funciones nacen en tres momentos diferentes en el mundo moderno y responden a tres necesidades histórico-políticas bien diferenciadas del Occidente cristiano y tuvieron respuesta desde ramas del Derecho diferentes. Civil²¹ para dar seguridad al propietario, Administrativo para ordenar a los propietarios²², Penal para castigarlos ex post y finalmente el Ambiental para que los propietarios no destruyan el recurso que es de todos²³; con diseño de herramientas para conjurar males diferenciados como los derechos civiles y políticos, los derechos sociales y los derechos de incidencia colectiva; inspirados en principios

²¹ Es el momento que marca el inicio de la Codificación Civil.

²² RÈMOND GOULLAUD, Martine. *El derecho a destruir, ensayo sobre el derecho del medio ambiente*. Losada. Buenos Aires 1994, pp 92 y ss. MARTÍN MATEO, Ramón *La administración ambiental en la comunidad valenciana*. Ramón Martín Mateo pp 5. IBÍDEM Tratado de Derecho Ambiental. Tomo 1 Trivium. Madrid. 1991 pp 337 y ss. FORTES MARTIN, Antonio. *El régimen jurídico de la Autorización Ambiental Integrada*. Ecoriuris. Madrid 2004, pp. 25

²³ BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*, Madrid 2000. La Ley pp 91.

diferenciados tales como la autonomía, la prevención y la precaución porque conjuran distintos riesgos porque una cuestión es la higiene personal, otra la suciedad de la calle o barrio donde vive cada ciudadano y otra la de la aldea global que tiene efectos desde locales, regionales o planetarios. La función individual que viene de Roma, cobra nueva fisonomía después de 1789 porque es la que da señorío al ciudadano sobre su hogar, que ahora puede poseer por sí y no desde su Príncipe, por esa razón es tan fuerte la construcción de tal señorío legal que tiende a fortalecer al individuo y pierde de vista al que vive en comunidad cuando postula un señorío desde el cielo hasta el infierno, cada uno dentro de su propio castillo. La función social se fortalece después de la Gran Guerra, pensada desde la ciudad y su crecimiento demográfico y edificio descomunal con todo tipo de actividades e industrias generadoras de un ambiente que en un punto ameritó orden y una mirada solidaria para con el vecino a cada uno de los señores de su castillo porque tales individuos no vivían mirando hacia adentro de sus casas como en tiempos de Carlos Martel sino que vivían juntos y miraban en dirección a las partes comunes como las calles y los mercados; tal idea requirió reglas de convivencia que sólo se pueden imponer en forma autoritaria o de manera social participando todos en lo que es de todos y así nace la idea de regular el uso del recurso natural suelo con herramientas que serían dadas en llamar ordenamiento territorial y se mantendrían en forma paralela a los derechos de propiedad del individuo que a poco comenzarían a articularse con un código social para hacer posible la vida primero y la vida en sociedad después.

3. CONCLUSIONES.

La última etapa de esta evolución lo es la apreciación de una función ambiental de la propiedad. Nacida con la crisis de los energéticos no persigue el interés de la ciudad solamente, porque está en juego la vida en el planeta y por eso la compatibilidad debe ser buscada siempre. Los límites geográficos de este último punto exceden los de la ciudad y son tan amplios que es lógico pensar que el Estado de Derecho actual no puede expropiar regiones enteras, porque sería incompatible con el Derecho y con la economía porque se trata de una hipótesis imposible para cualquier presupuesto de este medio americano al menos. Por ello enfatizamos que se trata de técnicas de protección diferentes, la función social opera hacia el interior del diseño del Derecho y siempre tiene la expropiación como ultima ratio y en cambio la función ambiental opera a nivel del ejercicio de los derechos sobre los bienes, busca la compatibilidad (Art 240 CCyCom) entre un objeto: el Derecho Real y

una forma de ejercer los derechos subjetivos sobre la cosa. Las técnicas en el diseño de una y otra son distintas y la manera en que juega el Orden Público y la autonomía de la voluntad es otra, porque cada función agrega un grado adicional de concertación con la sociedad de su tiempo.

4. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Ds Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993.
- BARNES VÁZQUEZ, Javier. “El componente ambiental de la función social de la propiedad privada y de la expropiación forzosa”. En obra colectiva “*La dimensión ambiental del territorio frente a los derechos patrimoniales*”. Universidad Pompeu Fabra – Tirant Lo Blanch. Valencia 2004., pp.63.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental*, Madrid 2000. La Ley
- CAFFERATTA, Néstor FLAHERTY, Lily – AGUILAR, Rosana. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo 1. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2015 pp. 787 in fine, comentario al Artículo 240.
- FORTES MARTIN, Antonio. *El régimen jurídico de la Autorización Ambiental Integrada*. Ecoriuris.
- LORENZETTI, Ricardo. Regla de Solución de Conflictos...Cit, pp. 669 – 714.
- “Teoría de la decisión judicial, fundamentos de Derecho” R Culzoni S Fe
 - “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”. Coordinado por LORENZETTI, Pablo y DE LORENZO, Miguel. Rubinzal Culzoni, Santa Fé 2015. Tomo 1 pp 27 y ss.
 - “Aspectos valorativos y principios preliminares del Ante proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. LL 2012-C pp 581
- LLODRÁ GRIMALT, Francesca. *Lecciones de Derecho Ambiental Civil*. Edicions UIB. Palma 2008.
- MARTÍN MATEO, Ramón *La administración ambiental en la comunidad valenciana*.
- Tratado de Derecho Ambiental. Tomo 1 Trivium. Madrid. 1991 pp 337
- MOSSET ITURRASPE J. “Del micro y macro sistema y viceversa. El dialogo de fuentes”.
- PERETTI, Enrique, Ambiente y Propiedad. Rubinzal Culzoni. Santa Fé 2015, pp. 176.
- RÉMOND GOUILLOU, Martine. El derecho a destruir, ensayo sobre el derecho del medio ambiente. Losada. Buenos Aires 1994, pp 92 y ss

XXX. El uso energético de los residuos de aceites vegetales usados en el sector de la hostelería, restauración y catering en el ámbito de la bioeconomía circular

María Pascual Núñez

Investigadora Predoctoral

Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental

Universidad a Distancia de Madrid

SUMARIO

1. Introducción	667
2. El uso de biocombustibles para la producción de energías renovables en la Unión Europea	668
3. La coordinación de las estrategias comunitarias de bioeconomía y economía circular para un aprovechamiento energético más eficiente y sostenible de los residuos de origen biológico	669
3.1. Cerrando el círculo de los residuos de origen vegetal del sector de la hostelería, restauración y catering.....	671
4. Conclusiones.....	673
5. Bibliografía.....	674

1. INTRODUCCIÓN

Los paradigmas de la economía circular y de la bioeconomía son complementarios. De su comprensión conjunta surge el concepto redundante de “bioeconomía circular”, puesto que la bioeconomía es esencialmente circular¹.

Esta noción implica que un producto de origen biológico, como el aceite vegetal usado en una cocina, una vez que pasa a ser un residuo tras su uso, puede ser transformado/valorizado energéticamente y perder dicha condición. En concreto, su reconversión en materia prima resulta ambientalmente interesante: Como procedemos a analizar, no compite con la producción de alimentos, pues se trata, precisamente, de un alimento en origen (piénsese en el aceite de oliva), que tras su uso (freír alimentos) se somete a un proceso de valorización para devenir en un producto energético. Al tratarse de un alimento, sus impactos en la biodiversidad se reducen, principalmente, a los del producto biológico como materia agrícola (el campo de olivos), reduciendo asimismo las emisiones producidas por los cambios en los usos de la tierra.

Nuestro país es uno de los productores principales de biodiésel de la Unión Europea y cuenta con una capacidad instalada superior a su producción real. Asimismo, en 2015 este flujo de residuos fue la segunda materia prima más usada en Europa para la producción de biodiésel².

¹ EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. (2018) *“The circular economy and the bioeconomy. Partners in sustainability”*. EEA Report No 8/2018. Publications Office of the European Union.

² MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA (2019) *“Consulta pública previa sobre el proyecto de orden ministerial por la que se establecen los criterios para determinar cuándo los ésteres metílicos de ácidos grasos (biodiésel), producidos a partir de aceites de cocina usados o de grasas animales para su uso como biocarburante en automoción o como biocombustible en equipos de calefacción, dejan de ser residuos con arreglo a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.”*

2. EL USO DE BIOCOMBUSTIBLES PARA LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍAS RENOVABLES EN LA UNIÓN EUROPEA

Desde el “Libro Blanco para una estrategia y un plan de acción comunitarios” se han establecido objetivos cuantitativos de energías renovables dentro del consumo de la Unión³. En ocasiones, el sujeto de estas obligaciones ha sido la Unión Europea de forma aislada, previéndose una redistribución indicativa, no perceptiva, de la carga obligacional entre los estados miembros (1997, 2018). En otras, los estados miembros han asumido unos porcentajes asignados en virtud de parámetros como su PIB y su nivel de interconexión. Asimismo, estas cuotas han variado su grado de vinculación legal (recomendadas en 2001, obligatorias en 2009).

Inicialmente, la normativa comunitaria separó la regulación de los objetivos del sector de la electricidad (Directiva 2001/77/CE, de 27 de septiembre, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energías renovables en el mercado interior de la electricidad⁴⁵) de los objetivos del sector del transporte (Directiva 2003/30/CE del Parlamento y del Consejo, de 8 de mayo, relativa al fomento y uso de los biocarburantes u otros combustibles renovables en el sector del transporte⁶⁷). Sin embargo, con la Directiva 2009/98 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE⁸, integró estas finalidades bajo la misma regulación, distinguiendo entre las cuotas obligatorias de inclusión de las energías renovables

³ Este documento estableció por primera vez un objetivo cuantitativo del 12% de energía renovable dentro del consumo interior bruto de la Unión Europea para el año 2010, duplicando los niveles de 1997. Esta cuota se superó satisfactoriamente, alcanzando un 12,9% en el año previsto. En este sentido, puede consultarse: COMISIÓN EUROPEA (1997) Comunicación “Energía para el futuro: fuentes de energía renovables – Libro Blanco para una estrategia y un plan de acción comunitarios” [COM (1997) 599 FINAL], no publicada en el Diario Oficial.

⁴ [DO L 283 de 27.10.2001, p. 33/40]

⁵ Estableció en el apartado 4 de su artículo 3 un objetivo específico del 22,1% de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el consumo total de electricidad de la Comunidad para el año 2010

⁶ [DO L 123 de 17.5.2003, p. 42/46]

⁷ Impuso el objetivo del 10% de uso de los biocombustibles en el sector del transporte.

⁸ [DO L 140 de 5.6.2009, p. 16/62]

con fines energéticos y las recomendadas en el sector del transporte. Esta diferenciación respecto de la vinculación de las cuotas para el sector del transporte se ha eliminado de la Directiva 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables⁹, que prevé un objetivo obligatorio (a concretar por los estados miembros) para los proveedores de un mínimo del 14% para 2030 en el ámbito del transporte.

La Directiva 2009/28/CE definió la biomasa como “la fracción biodegradable de los productos, desechos y residuos de origen biológico procedentes de actividades agrarias (incluidas las sustancias de origen vegetal y de origen animal), de la silvicultura y de las industrias conexas, incluidas la pesca y la acuicultura, así como la fracción biodegradable de los residuos industriales y municipales”. De este modo, la determinación de los residuos de aceites vegetales usados en el sector de la hostelería, restauración y catering como residuos municipales a la luz de la normativa de residuos¹⁰, hizo su aprovechamiento energético promocionable a la luz de la Directiva 2009/28.

3. LA COORDINACIÓN DE LAS ESTRATEGIAS COMUNITARIAS DE BIOECONOMÍA Y ECONOMÍA CIRCULAR PARA UN APROVECHAMIENTO ENERGÉTICO MÁS EFICIENTE Y SOSTENIBLE DE LOS RESIDUOS DE ORIGEN BIOLÓGICO

La Comisión ha venido potenciando la reutilización y transformación de los residuos para la obtención de materias primas, en virtud de la jerarquía de residuos prevista en la Directiva 2008/98 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos: prevención, preparación para la reutilización, reciclado, otro tipo de valorización, por ejemplo, la valorización energética y eliminación.

⁹ [DO L 328 de 21.12.2018, p. 82/209]

¹⁰ En este sentido, puede consultarse PASCUAL NÚÑEZ, M (2019) “[La gestión en España de los residuos procedentes de aceites vegetales comestibles del sector HORECA](#)”. Actualidad Jurídica Ambiental.

En el año 2010, publicó la Comunicación “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador¹¹”, donde se estableció como una de las cinco prioridades el cambio climático y la energía, alentando la consecución de los objetivos “20/20/20” en esta materia. Dos años después, el mismo órgano publicó la Comunicación “La innovación al servicio del crecimiento sostenible: una bioeconomía para Europa¹²”, que incluyó la Estrategia de Bioeconomía para Europa y su correspondiente Plan de Acción.

En 2015, la Comisión propuso un paquete legislativo sobre economía circular que supuso la revisión de distintas Directivas en materia de residuos que finalmente vería la luz en 2018. Dentro de este paquete, la Directiva 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos^{13,14}, ha incorporado explícitamente los biorresiduos como fuente renovable promocionable.

Ese año, el mismo órgano publicó la Comunicación “Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular¹⁵”, estableciendo acciones en materia de energía y productos de base biológica, entre otras. Asimismo, la Estrategia de Bioeconomía fue revisada en 2017. La Comisión concluyó que las políticas generales de Economía Circular y Bioeconomía no eran coherentes con las políticas sectoriales afectadas, destacando la falta de coordinación entre las normativas sectoriales en materia de residuos y energía. En este mismo sentido se ha pronunciado la Agencia Europea de Medio Ambiente en su informe “The circular

¹¹ COMISIÓN EUROPEA (2010) Comunicación [“Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”](#). [COM (2010) 2020 final].

¹² COMISIÓN EUROPEA (2012) Comunicación [“La innovación al servicio del crecimiento sostenible: una bioeconomía para Europa”](#). [COM/2012/060 final]

¹³ [DO L 150 de 14.6.2018, p. 109/140]

¹⁴ Este paquete normativo contiene, asimismo, la Directiva (UE) 2018/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos; la Directiva (UE) 2018/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases; y la Directiva (UE) 2018/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifican la Directiva 2000/53/CE relativa a los vehículos al final de su vida útil, la Directiva 2006/66/CE relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores y la Directiva 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos. Este paquete legislativo fue comentado en Actualidad Jurídica Ambiental por GARCÍA GARCÍA, S (2019) en [“La Unión Europea hace público un paquete de Directivas que modifican el panorama, hasta ahora vigente, en materia de residuos”](#).

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA (2015) Comunicación [“Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular”](#). [COM(2015) 614 final].

economy and the bioeconomy. Partners in sustainability^{16,17}”, manifestando su preocupación por la escasa atención que la Estrategia de Bioeconomía prestó a la gestión de los residuos. En relación con el Plan de Economía Circular, apuntó que el mismo se había enfocado, sobre todo, en la reutilización y reciclado de recursos finitos abióticos¹⁸.

Este documento analiza las referidas estrategias para razonar que al “estrechar el círculo de la bioeconomía” pueden paliarse ciertos problemas inherentes a la utilización de materiales de origen biológico, como los relativos a los usos del suelo o la degradación edáfica debido a la pérdida de nutrientes. Asimismo, enfatizó en la necesidad de que la energía empleada en la transición hacia este nuevo modelo de producción y consumo fuera de origen renovable.

3.1. Cerrando el círculo de los residuos de origen vegetal del sector de la hostelería, restauración y catering

El uso sostenible de los biocombustibles está condicionado por los criterios establecidos en la Directiva 2009/28, modificados mediante la Directiva 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables¹⁹. La normativa de desarrollo de los criterios de sostenibilidad previstos en la Directiva 2009/28 asigna a los aceites de cocina usados, en general, unos valores de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero superior al del resto de materiales para la producción de biocarburantes y biolíquidos que, debido a su origen residual, no pone en riesgo la protección de tierras de elevado valor en relación a la biodiversidad y contribuye a mitigar el impacto de la producción de biocombustibles en los usos de la tierra.

En España, el Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el Sistema Nacional de Verificación de la Sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo²⁰, sometió el cómputo de la energía procedente de los biocarburantes y biolíquidos al cumplimiento de los criterios de sostenibilidad, en relación con la evaluación de los objetivos

¹⁶ EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. (2018) *“The circular economy and the bioeconomy. Partners in sustainability”*. EEA Report No 8/2018. Publications Office of the European Union.

¹⁷ Ver Supra. Págs. 14 y 15.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ [DO L 328 de 21.12.2018, p. 82/209]

²⁰ [BOE-A-2011-17465]

de consumo y venta de biocarburantes en el ámbito del transporte, y las obligaciones y objetivos de uso de energías renovables establecidas en la normativa nacional y comunitaria²¹. Con la modificación operada por el Real Decreto 235/2018, de 27 de abril, por el que se establecen métodos de cálculo y requisitos de información en relación con la intensidad de las emisiones de gases de efecto invernadero de los combustibles y la energía en el transporte²², se incluyó un Anexo IV que enumera las materias y carburantes de doble cómputo, es decir, aquellos que cuentan dos veces a efectos del cumplimiento de las referidas obligaciones. Este Anexo se divide en dos partes, A y B. El primero consta de 20 materias primas, muchas de origen residual, algunas de las cuales el sector considera de “difícil justificación como biocarburantes²³”. El segundo contempla el aceite de cocina usado y algunas grasas animales reguladas en la normativa SANDACH. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia publicó recientemente la Circular 1/2019, de 13 de marzo, por la que se regula la gestión del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte²⁴, que no justifica la inclusión de algunas de las materias de la parte A. Sin embargo el origen biológico de las contenidas en la parte B es innegable.

En la actualidad, España está tramitando su Proyecto de orden por la que se establecen los criterios para determinar cuándo los ésteres metílicos de ácidos grasos (biodiésel), producidos a partir de aceites de cocina usados o de grasas animales para su uso como biocarburante en automoción o como biocombustible en equipos de calefacción, dejan de ser residuos con arreglo a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados^{25,26}. El artículo 5 de la norma nacional, de transposición de la Directiva 2008/98, establece los criterios para la declaración del fin de la condición de residuo a los que sí se ajusta el residuo de los aceites de cocina. De este modo, se da cumplimiento artículo 6.3 de la Directiva 2008/98, que posibilita a los Estados miembros, a falta de criterios comunitarios, el establecimiento de criterios sobre el fin de la condición de residuo, que deben tener en cuenta, “cualesquiera posibles impactos negativos para el medio ambiente y la salud humana”.

²¹ Su artículo 3 establece los fines de la norma y el 4 los criterios de sostenibilidad.

²² [BOE-A-2018-5890]

²³ RICO, J. (2019) “*La CNMC no despeja las dudas sobre los biocarburantes que contarán doble*”. Energías Renovables.

²⁴ [BOE-A-2019-3995]

²⁵ Puede consultarse más información en la [página web del Ministerio para la Transición Ecológica](#).

²⁶ [BOE-A-2011-13046]

Recientemente, Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha conocido distintas cuestiones prejudiciales en relación a la aplicación del artículo 6.4, que a falta de criterios a escala de la Unión o a escala nacional, permite que los Estados miembros decidan caso por caso o adopten medidas a los anteriores efectos. La adopción de criterios concretos a nivel nacional acerca del fin de la condición de residuo de los aceites vegetales usados evita situaciones como las vistas en el asunto C-212/18, sustanciado en la denegación de una autorización para el cambio de fuente de alimentación de una instalación térmica y eléctrica por un residuo tratado de aceites vegetales usados, debido a su falta de inclusión en la normativa aplicable sobre emisiones a la atmósfera²⁷.

Para finalizar, si bien la declaración del fin de la condición de residuo puede incrementar la reutilización de este flujo, su recogida selectiva se ve dificultada por la falta de un Real Decreto que regule un sistema colectivo de responsabilidad ampliada del productor de los residuos de aceites vegetales usados en el sector hostelero. La inclusión de este mecanismo resulta fundamental si quiere estrecharse el círculo de la economía, pues obligaría a los responsables de este flujo de residuos, como puedan ser los restaurantes o empresas de catering, a sufragar los gastos de su gestión.

4. CONCLUSIONES

El paradigma de la bioeconomía circular aplicado a la gestión de los residuos de aceites vegetales de cocina del sector ha llevado a la pérdida de tal condición en España, debido a la posibilidad de su aprovechamiento energético como una fuente renovable y de las menos contaminantes de entre las distintas fuentes de biomasa.

El marco jurídico español ofrece oportunidades para aprovechar energéticamente este residuo, cuya recogida, sin embargo, debería verse facilitada por el establecimiento de un Real Decreto sobre la responsabilidad ampliada del productor de los aceites vegetales usados en el sector de la hostelería, restauración y catering.

²⁷ PUIG MARCO, R (2019) "[Aceites vegetales usados como combustible alternativo y fin de la condición de residuo](#)". Blog Terraqui. /

Ello es un ejemplo de cómo las estrategias de Bioeconomía y Economía Circular perderán eficacia sino se coordinan debidamente, no sólo entre sí, sino con las normativas de energías renovables y residuos.

5. BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN EUROPEA

- (2010) Comunicación “Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. [COM (2010) 2020 final]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&qid=1539588828372&from=ES>
- (2012) Comunicación “La innovación al servicio del crecimiento sostenible: una bioeconomía para Europa”. [COM/2012/060 final] <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0060&qid=1569586483201&from=ES>
- (2015) Comunicación “Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular”. [COM(2015) 614 final]. https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8a8ef5e8-99a0-11e5-b3b7-01aa75ed71a1.0011.02/DOC_1&format=PDF

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2019) Circular 1/2019, de 13 de marzo, por la que se regula la gestión del mecanismo de fomento del uso de biocarburantes y otros combustibles renovables con fines de transporte [BOE-A-2019-3995].

ESPAÑA.

- (2011) Real Decreto 1597/2011, de 4 de noviembre, por el que se regulan los criterios de sostenibilidad de los biocarburantes y biolíquidos, el Sistema Nacional de Verificación de la Sostenibilidad y el doble valor de algunos biocarburantes a efectos de su cómputo [BOE-A-2011-17465].
- (2018) Real Decreto 235/2018, de 27 de abril, por el que se establecen métodos de cálculo y requisitos de información en relación con la intensidad de las emisiones de gases de efecto invernadero de los combustibles y la energía en el transporte [BOE-A-2018-5890].

EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. (2018) “The circular economy and the bioeconomy. Partners in sustainability”. EEA Report No 8/2018. Publications Office of the European Union. <https://www.eea.europa.eu/publications/circular-economy-and-bioeconomy>

MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA (2019) “Consulta pública previa sobre el proyecto de orden ministerial por la que se establecen los criterios para determinar cuándo los ésteres metílicos de ácidos grasos (biodiésel), producidos a partir de aceites de cocina usados o de grasas animales para su uso como biocombustible en automoción o como biocombustible en equipos de calefacción, dejan de ser residuos con arreglo a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados.”

https://www.miteco.gob.es/images/es/cppbiodiesel_tcm30-436541.pdf

PASCUAL NÚÑEZ, M (2019) “La gestión en España de los residuos procedentes de aceites vegetales comestibles del sector HORECA”. Actualidad Jurídica Ambiental.

http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/02/2019_02_04_Pascual_Gestion-residuos-aceites-vegetales.pdf

PUIG MARCO, R (2019) “Aceites vegetales usados como combustible alternativo y fin de la condición de residuo”. Blog Terraqui. <http://www.terraqui.com/blog/actualidad/aceites-vegetales-usados-como-combustible-alternativo-y-fin-de-la-condicion-de-residuo/>

RICO, J. (2019) “La CNMC no despeja las dudas sobre los biocombustibles que contarán doble”. Energías Renovables. <https://www.energies-renovables.com/biocombustibles/la-cnmc-mantiene-las-dudas-sobre-los-20190322>

UNIÓN EUROPEA

- (2001) Directiva 2001/77/CE, de 27 de septiembre, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energías renovables en el mercado interior de la electricidad [DO L 283 de 27.10.2001, p. 33/40].
- (2003) Directiva 2003/30/CE del Parlamento y del Consejo, de 8 de mayo, relativa al fomento y uso de los biocombustibles u otros combustibles renovables en el sector del transporte [DO L 123 de 17.5.2003, p. 42/46].
- (2009) Directiva 2009/98 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por

la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE [DO L 140 de 5.6.2009, p. 16/62].

- (2018) Directiva 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos [DO L 150 de 14.6.2018, p. 109/140].
- (2018) Directiva 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables [DO L 328 de 21.12.2018, p. 82/209].

XXXI. La contratación pública ecológica como instrumento de impulso de la economía circular

Elisa Pérez de los Cobos Hernández
Contratada doctor- Universidad de Murcia

RESUMEN:

Dentro de la economía circular, la contratación pública juega un papel fundamental a través de sus acciones sobre contratación pública ecológica. De sus beneficios se hacen eco tanto el plan de acción de la UE para la economía circular de 2015, «Cerrar el círculo», como la Estrategia «España circular 2030». Sin embargo, la cultura de la contratación pública ecológica no está plenamente implantada. Aún son muchos los obstáculos que se advierten a lo largo de todo el proceso de contratación y que hacen de esta más un propósito que una realidad.

SUMARIO

1. El papel de la contratación pública ecológica en las estrategias y políticas europeas sobre economía circular	678
2. El Plan de Contratación Pública Ecológica 2018-2025. Un paso más hacia una economía circular, baja en carbono, eficiente en recursos, sin residuos, no contaminante y eco-innovadora.....	682
3. El cambio se anhela, los retos en la contratación pública ecológica permanecen.....	685
4. Conclusiones.....	689
5. Bibliografía.....	690

1. EL PAPEL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA EN LAS ESTRATEGIAS Y POLÍTICAS EUROPEAS SOBRE ECONOMÍA CIRCULAR

“Nuestro planeta y nuestra economía no podrán sobrevivir si mantenemos el enfoque del «toma, fabrica, utiliza y tira». Tenemos que conservar los recursos valiosos y explotar plenamente todo el valor económico que atesoran. La economía circular trata de reducir los residuos y de proteger el medio ambiente, pero también de transformar profundamente el funcionamiento de toda nuestra economía”¹. Con estas palabras Frans Timmermans, vicepresidente primero de la Comisión Europea y responsable del desarrollo sostenible, presentaba «Cerrar el círculo», el plan de acción de la UE en materia de economía circular². Se pretende así dar respuesta a los cambios exigidos tras la crisis económica y avanzar hacia la economía social de mercado prevista en la Estrategia Europa 2020. Esto es, una economía inteligente, sostenible e integradora³. Para ello, la UE se propone destinar todos los instrumentos a su disposición para transformar su economía haciéndola sostenible, hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos y competitiva⁴.

¹ Nota de prensa de la Comisión Europea, “Cerrar el círculo: la Comisión adopta un ambicioso paquete de nuevas medidas sobre la economía circular para impulsar la competitividad, crear empleo y generar crecimiento sostenible”, *Press Release Commission*, 2 de diciembre de 2015.

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular*, COM (2015) 614 final, de 2 de diciembre de 2015.

³ A tal fin la Estrategia Europa 2020 proponía tres prioridades que se refuerzan mutuamente: i) *Crecimiento inteligente*: desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; ii) *Crecimiento sostenible*: promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva; iii) *Crecimiento integrador*: fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial. Comunicación de la Comisión Europea, *Europa 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, 3 de marzo, 2010.

⁴ *Cerrar el círculo* incluye una serie de propuestas legislativas sobre residuos para reducir los depósitos en vertederos y aumentar la preparación para su reutilización y reciclado, así como un anexo con 54 medidas relativas a la producción y el consumo, la gestión de residuos y el mercado de materias primas secundarias. Se identifican cinco sectores prioritarios para acelerar la transición a lo largo de sus cadenas de valor como son los plásticos, residuos alimentarios, materias primas críticas, construcción y demolición, biomasa y biomateriales.

Las ventajas y beneficios de la economía circular son claros⁵. Ahora bien, dentro de esta, la contratación pública juega un papel fundamental a través de sus acciones sobre contratación pública ecológica, (CPE)⁶. Con un gasto público anual aproximado de más de dos billones de euros al año (UE), la contratación pública puede contribuir eficazmente a la consecución de los principales retos de Europa⁷. Resulta obvio que, si el destino de tan elevado volumen

⁵ En este sentido resulta de especial interés, PERNAS GARCÍA, J. J., *Contratación pública verde*, La Ley, Madrid, 2011. Tanto la Fundación Ellen MacArthur como el Foro Económico Mundial coinciden en señalar que la economía circular generará oportunidades económicas y empresariales y permitirá crear nuevos empleos y ocupaciones. Los escenarios y proyecciones realizados indican que de aquí a 2030 la economía circular puede generar un beneficio de 1,8 billones de euros en el conjunto de la UE, lo que supone 0,9 billones más que el actual modelo de economía lineal. En este mismo sentido, la Comisión Europea señala que la economía circular no sólo tendrá beneficios ambientales asociados a la correcta gestión de los residuos, a la protección del suelo, de las aguas, del aire, o del clima, sino que proporcionará beneficios económicos y sociales asociados. MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE - MINISTERIOS DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, *España circular 2030, Estrategia Española de Economía circular*, (borrador para información pública), febrero de 2018, pág. 12. La Comisión estima un ahorro en materias primas por parte de la industria de 600.000 millones de euros (un 8% de la facturación anual de la UE en 2015). Igualmente, se estima que la creación de empleo represente en torno a 580.000 nuevos puestos de trabajo asociados al nuevo modelo, de los cuales un 30% está asociado al pleno cumplimiento de la normativa comunitaria en materia de residuos, pero también asociados a la eco-innovación. En ese sentido, *vid.*, COMISIÓN EUROPEA, [An Ambitious EC circular economy package, Factsheet on the circular economy](#), 2015 (fecha de último acceso, 28 de septiembre de 2019).

⁶ Podemos definir contratación pública ecológica como “el proceso a través del cual las autoridades adquieren bienes, obras y servicios con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otros bienes, obras y servicios con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar”. Cfr., Apartado segundo del Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025), publicado mediante la Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025), (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2019).

⁷ Estimación del gasto total de las Administraciones públicas en obras, productos y servicios basada en Eurostat. Para el resto de datos *cf.*, UN Environment, *Sustainable Public Procurement for an Inclusive Green Economy*, Switzerland, 2018, pág. 1. La contratación pública representa casi un 20 % del PIB de la UE, el 12% del PIB y el 29% del gasto público total en promedio en los países de la OCDE, y hasta el 30% del PIB en los países en desarrollo, por lo que resulta evidente que su correcto empleo de este gasto permitiría a los poderes públicos alcanzar, a su vez, otras políticas públicas. Sobre este punto resulta interesante el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia IPN/CNMC/010/15, de 16 de julio de 2015, que se desmarca de la opinión mayoritaria al considerar que la contratación pública no es el instrumento más adecuado para el

de gasto fueran bienes y servicios sostenibles, la transición hacia una economía circular sería mucho más eficaz. Es aquí donde debemos destacar la influencia de la CPE en el mercado y su condición de instrumento idóneo para promover e implementar las políticas y estrategias ambientales de la UE⁸. Una cuestión por todos conocida y en la que no existe controversia, pero que sin embargo no termina de despegar⁹. Así, pese a que ya en 2003 se animaba a los Estados miembros a elaborar los primeros planes de acción para la ecologización de su contratación pública¹⁰, en 2015 la Comisión Europea reconocía la necesidad de reflexionar sobre el modo de generalizar su aplicación en toda la UE, en particular, en relación con los productos o los contratos más pertinentes para la economía circular¹¹.

El primer paso, puesto que estamos ante políticas voluntarias, pasa por el obligado ejemplo de la Comisión Europea que debe apostar por la implementación de la CPE en sus propios procedimientos de contratación pública¹². A tal fin, la Comisión se comprometía en 2015 a

cumplimiento de los objetivos sociales y ambientales de las Directivas, existiendo otros medios más apropiados como, por ejemplo, exenciones fiscales.

⁸Por todos, BOUWER M, DE JONG K, JONK M, BERMAN T, BERSANI R, LUSSEER H, NISSINEN A, PARIKKA K AND SZUPPINGER P., *Green Public Procurement in Europe 2005 - Status overview*. Virage Milieu & Management by, Korte Spaarne 31, 2011 AJ Haarlem, Netherlands, 2005.

⁹ Como reconoce la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, “la contratación puede y debería ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos”. Informe 16/2015, de 4 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, págs. 4-5. De acuerdo con esto, señala Gimeno Feliu que, “el soporte ideológico a favor de la visión de la contratación pública socialmente responsable resulta evidente. Se supera, así, la idea –equivocada– de que en la contratación pública no debe contemplarse el impacto de otras políticas públicas, y, en especial, la errónea articulación de un modelo de compra pública estrictamente economicista”. GIMENO FELIU, J.M., “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local 2017*, Fundación Democracia y Gobierno Local. Institut de Dret Públic, 2017, pág. 251.

¹⁰ La importancia de la contratación pública con criterios ambientales y la necesidad de establecer planes de acción en este campo, aparecen por primera vez en la Comunicación de la Comisión sobre Política Integrada de Productos de 2003, en la que se animaba a los Estados miembros a elaborar y poner a disposición del público planes de acción para la ecologización de su contratación pública. Se trata de instrumentos jurídicamente no vinculantes cuya finalidad es la sensibilización en materia de CPE. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO, *Política de Productos Integrada, Desarrollo del concepto del ciclo de vida medioambiental*, COM (2003) 302 final, 18 de junio, pág. 14.

¹¹ Comunicación de la Comisión, COM (2015) 614 final, pág. 9.

¹² Cabe señalar que casi todas las disposiciones de los contratos públicos generales son voluntarias desde el punto de vista del poder adjudicador. Las excepciones son la obligación general de garantizar el cumplimiento

impulsar el papel de la CPE a través de dos medidas. La primera, la elaboración de unos criterios de contratación, —a escala de la UE—, en los que se primara la durabilidad y la reparabilidad del producto. La segunda, impulsando y garantizando su mayor uso a través de cursos de formación específica¹³. La puesta en marcha de la primera de estas iniciativas se materializa con la publicación en el marco de la UE de unos criterios de CPE que, desde 2016 hasta la fecha, no han dejado de actualizarse¹⁴. Su cometido no es otro que facilitar la inclusión de requisitos ecológicos, pertinentes para la economía circular, en los documentos de licitación pública¹⁵. Con ello se pretende alcanzar un equilibrio entre el comportamiento medioambiental, la cuestión del coste del producto, la disponibilidad del mercado y la facilidad de verificación, salvando así los principales obstáculos con los que se encuentra la CPE. La segunda medida también tuvo éxito publicándose en 2016 de una versión revisada del manual de formación de contratación pública ecológica de la UE. Con este la Comisión Europea pretende apoyar a los poderes adjudicadores en la forma en que realizan la contratación ecológica y para ello abarca desde la evaluación de las necesidades y la participación del mercado (antes de la licitación), a la contratación circular y los aspectos estratégicos y jurídicos de la contratación ecológica de varios grupos de productos o servicios¹⁶.

Por lo tanto, el impulso de la CPE por parte de la UE parece evidente. Sin embargo, ni la incorporación de la variable ambiental a las Directivas como una exigencia en la contratación pública ha conseguido que la CPE se convierta en una realidad plenamente efectiva. Como se verá, pese a que debería convertirse en el modelo dominante, la CPE sigue estando a niveles de instauración muy moderados.

de la legislación medioambiental aplicable en la ejecución de los contratos públicos (art. 18.2 de la Directiva 2014/24/UE) y la obligación de rechazar ofertas anormalmente bajas si no cumplen las obligaciones medioambientales aplicables (art. 69.3 de la Directiva 2014/24/UE).

¹³ Comunicación de la Comisión COM (2015) 614 final, pág. 9.

¹⁴ La última actualización corresponde al ámbito del transporte por carretera cuyos criterios fueron publicados por la Comisión Europea en 2019. Estos pueden consultarse en el [siguiente enlace](#).

¹⁵ Entre ellos, por ejemplo, los ordenadores y pantallas deben estar diseñados de manera que puedan ser reparados con herramientas corrientes y que las pilas puedan sustituirse fácilmente; se recompensa la posibilidad de actualización; se fomenta la utilización de materiales reciclados para la construcción de carreteras y edificios. *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del plan de acción para la economía circular*, COM (2017) 33 final, 26 de enero, pág. 9.

¹⁶ En 2005 la Comisión Europea publicó un manual sobre la contratación pública ecológica, revisado en 2016. COMISIÓN EUROPEA, *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*, 3ª ed., Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2016.

2. EL PLAN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA 2018-2025. UN PASO MÁS HACIA UNA ECONOMÍA CIRCULAR, BAJA EN CARBONO, EFICIENTE EN RECURSOS, SIN RESIDUOS, NO CONTAMINANTE Y ECO-INNOVADORA

La puesta en marcha del paquete de economía circular analizado conlleva la necesaria modificación de varias Directivas, así como elaboración de nuevas estrategias y orientaciones que deben integrarse en los diferentes ordenamientos jurídicos del marco europeo¹⁷. Por lo que se refiere a España, la respuesta al plan de acción europeo llegó en febrero de 2018 con la publicación del borrador de la «Estrategia Española de Economía Circular: España circular 2030», que incorpora la CPE como un elemento fundamental¹⁸. La Estrategia Española se desarrolla a partir de distintos planes de acción, siendo el primero de ellos el correspondiente al período 2018-2020. En este se identifican diferentes ejes de actuación y medidas, —como las referidas al *Consumo*—, donde se hace hincapié en la necesidad de elaborar unos criterios de contratación pública que faciliten la labor de los distintos órganos de contratación, focalizando los esfuerzos en el impulso de la CPE¹⁹.

En consonancia con esto, a principios de 2019 se hizo público el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social para 2018-2025, (PCPE)²⁰. Elaborado en el marco

¹⁷ Directiva sobre diseño ecológico, Directiva Marco de Residuos, 2008/98/CE, Directiva 1994/62/CE, de envases y residuos de envases, Directiva 1999/31/CE, de vertederos, Directiva 1987/101/CEE, de gestión de aceites usados, Directiva 2006/66/CE, de pilas y acumuladores, Directiva 2000/53/CE de vehículos al final su vida útil, Directiva 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, Reglamento 2003/2003 relativo a los abonos, Comunicación sobre la Estrategia para plásticos en una Economía Circular, Opciones a la Interfaz entre las sustancias y productos químicos, los productos, Contratación pública ecológica y medidas para la reutilización del agua, entre otros.

¹⁸ MINISTERIO DE AGRICULTURA, PESCA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE - MINISTERIOS DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, *España circular 2030, Estrategia Española de Economía Circular*, (borrador para información pública), febrero de 2018.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 93.

²⁰ En este sentido deben tenerse en cuenta el Real Decreto 6/2018, de 12 de enero, por el que se crea la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos en la contratación pública, (BOE núm.19, de 22 de enero de 2018); y la Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, por la que se publica el Acuerdo

de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, coge el testigo del Plan de Contratación Pública Verde de 2008, con la intención de consolidar sus avances y desarrollar sus propuestas²¹. Así, mientras que a través del primer Informe general sobre el estado de la contratación pública verde, publicado en 2011, el ejecutivo nacional confirmaba los primeros pasos hacia un cambio de hábitos en la gestión y el consumo público de bienes y servicios²², el segundo, presentado en 2015, advierte sobre la necesaria adopción de medidas que garanticen la eficacia futura de la contratación pública verde, así como el urgente avance

del Consejo de Ministros de 7 de diciembre de 2018, por el que se aprueba el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social (2018-2025), (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2019).

²¹ Mediante Acuerdo de 22 de mayo de 2006, el Consejo de Ministros creó la Comisión Interministerial para la Incorporación de Criterios Ambientales en la Contratación Pública que aprobaría en 2008 un Plan con el que responder a los objetivos comunitarios. El resultado fue la aprobación del Plan de Contratación Pública Verde de la AGE y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social Ministerio de la Presidencia, el cual se publicó mediante Orden PRE/116/2008, de 21 de enero, (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008). El PCPV se encontraba enmarcado en la Directiva 18/2004/CE, traspuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El principal objetivo del Plan era la implantación de prácticas respetuosas con el medio ambiente en la contratación pública, de forma que se alcanzase antes del 31 de diciembre de 2010, la meta fijada por la UE en la Revisión de la Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible del año 2006. Además de cumplir con los objetivos europeos, el PCPV pretendía servir como apoyo a la implantación de otras políticas estatales de defensa del medio ambiente como el Plan de Ahorro y Eficiencia Energética en los edificios de la AGE, el Proyecto de Plan Nacional Integrado de Residuos y la Estrategia Española de Cambio Climático y Energía Limpia. Horizonte 2007-2012- 2020. Este Plan fija las condiciones en las que los poderes adjudicadores podían introducir requerimientos de carácter ambiental y social en las distintas fases de la contratación pública, y establece objetivos orientados a la incorporación de consideraciones ambientales para adquirir y contratar una serie de grupos concretos de productos, servicios y obras, que habían sido considerados como prioritarios por la Comisión Europea, (construcción y mantenimiento, transporte, energía, equipos de oficina, papel y publicaciones, mobiliario, servicios de limpieza y servicios de eventos).

²² El 4 de noviembre de 2011 se aprobó por el Consejo de Ministros el Acuerdo por el que se tomó conocimiento del primer Informe General sobre el estado de la Contratación Pública Verde elaborado por Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino. Las conclusiones obtenidas revelaban que, en el periodo 2008-2011, se advertía un mayor cumplimiento en la implantación de medidas para la recogida separada de residuos, la incorporación de parámetros ambientales en los proyectos de obras, la adquisición de equipos informáticos de alta eficiencia energética (etiquetado Energy Star) y la ejecución de servicios de limpieza, conforme a las orientaciones establecidas en el PCPV.

en la producción, utilización y consumo sostenibles²³. El nuevo PCPE pretende alcanzar estas metas apostando por el crecimiento económico desde el planteamiento de una economía circular, baja en carbono, eficiente en recursos, sin residuos, no contaminante y eco-innovadora²⁴. Para ello, además de ampliar su ámbito de aplicación respecto al anterior, el PCPE fijan una serie de nuevos objetivos como el fomento de la compra pública de bienes, obras y servicios con el menor impacto medioambiental; el impulso de la Estrategia Española de economía circular; garantizar un uso más racional y económico de los fondos públicos; promover cláusulas medioambientales en la contratación pública; o dar publicidad a las posibilidades que ofrece el marco jurídico de la CPE²⁵.

Ahora bien, la contratación pública destaca por su carácter eminentemente práctico. Por ello, a fin de evitar que los propósitos señalados se conviertan en meras declaraciones de voluntad, la AGE dispone de un plazo de un año (desde la publicación en el BOE del plan), para fijar unos objetivos mínimos de incorporación de criterios ecológicos en los contratos formalizados en el marco del PCPE²⁶. Para ello, el plan incorpora una tabla con criterios

²³El informe de 2015 subrayaba la necesidad de incorporar a la CPV la nueva orientación de la UE en relación con el nuevo paquete sobre economía circular, y el paquete energía y clima; la adopción de los mecanismos necesarios para consolidar la generación de la demanda del sector público y la contratación pública de los productos y servicios más sostenibles; y facilitar que se consolide en los mercados una oferta de productos y servicios, más limpia, más eficiente en el uso de los recursos, y al mismo tiempo, más competitiva. GOBIERNO DE ESPAÑA, II Informe general sobre el estado de la contratación pública verde de 2015, pág. 51.

²⁴ En estos términos se expresa la Orden PCI/86/2019, de 31 de enero, cit.

²⁵ El PCPE amplía su ámbito de aplicación respecto del PCPV, así, mientras el plan de 2008 establecía objetivos cuantificados para la incorporación de consideraciones ambientales en las adquisiciones y contrataciones de ocho grupos de productos, servicios y obras considerados como prioritarios, —construcción y mantenimiento; transporte; energía; equipos de oficina; papel/publicaciones; mobiliario; limpieza; eventos—, el PCPE (2018-2025), consideran prioritarios un total de veinte sectores (alimentación y servicios de restauración; iluminación interior de edificios; alumbrado público exterior y semáforos; aparatos eléctricos y electrónicos utilizados en el sector de la asistencia sanitaria; calefactores a base de agua; diseño, construcción y gestión de edificios de oficinas; diseño, construcción y mantenimiento de carreteras; electricidad; equipos de impresión; eventos grifería sanitaria; inodoros y urinarios de descarga; mobiliario y paneles murales; ordenadores y monitores; papel para copias y papel gráfico; productos textiles; productos y servicios de jardinería; productos y servicios de limpieza; sistemas combinados de calor y electricidad; sistemas de climatización; transporte).

²⁶ De conformidad con el punto octavo del PCPE los departamentos ministeriales, los organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social, establecerán, en el plazo de un año desde la publicación en el BOE del plan, un marco de actuación en el que se establezcan objetivos mínimos de incorporación de criterios

medioambientales generales que los poderes adjudicadores pueden incorporar voluntariamente a los pliegos de contratación como criterios de selección, especificaciones técnicas, criterios de adjudicación y condiciones especiales de ejecución. Junto con estos, los órganos de contratación pueden asumir criterios adicionales para incorporar en los pliegos de contratación siguiendo los criterios de la CPV de la UE²⁷. Asimismo, en aras de alcanzar una mejor sostenibilidad ambiental, se introducen criterios de selección de empresarios que cuenten con sistemas de calidad homologado²⁸.

De este modo, el plan cumple con las prescripciones de la LCSP que obliga a la incorporación de previsiones ambientales en las sucesivas fases de que se compone la contratación, desde su diseño hasta su ejecución. Y todo ello, con el convencimiento de que supone un avance en la relación calidad precio y una mayor y mejor utilización de los fondos públicos²⁹.

3. EL CAMBIO SE ANHELA, LOS RETOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA PERMANECEN

Pese a los beneficios y ventajas señalados, el avance general de la CPE en los países miembros de la UE sigue siendo moderado. De estos, solo el 26% incluye todos los criterios fundamentales de la compra pública verde, mientras que algo más de la mitad, el 55%, incluye alguno de ellos³⁰. En realidad, más de la mitad de los países miembros siguen utilizando el precio más bajo como único criterio de adjudicación, —en el caso de Europa el 64%, en el caso de España el 55%—³¹. En concreto, España queda fuera de la lista de países líderes en la

ecológicos en los contratos formalizados en el periodo de duración del plan.

²⁷ En este punto resulta de especial interés no solo recurrir a los datos facilitados en el propio PCPE sino a las indicaciones incluidas por la COMISIÓN EUROPEA, en su ya referido *Manual sobre la contratación pública ecológica*, cit.

²⁸ Para ello el PCPE dispone una tabla detallada de las especificaciones aplicables a cada grupo de producto. Cfr. Apartado 5. 2 del PCPE.

²⁹ En este sentido, art. 1.3 LCSP.

³⁰ SÁNCHEZ, A.B., *Informe sobre sostenibilidad en España 2017, cambio de rumbo, tiempo de acción*, Fundación Alternativas y Ecoembes, Madrid, 2017, pág. 40.

³¹ Como reconoce la Comisión Europea, “El 55 % de los procedimientos de contratación siguen utilizando el precio más bajo como único criterio de adjudicación. Las directivas sobre contratación pública dan completa

incorporación de criterios ambientales en sus políticas de compras públicas³². Esto no puede sorprendernos si se tiene en cuenta que tan solo un 12% del volumen total de contratación pública nacional incluye criterios de contratación ecológica, (sector público estatal: 11,66%, sector público autonómico 13,33%, y sector público local 10,19%)³³.

Y es que, pese a sus bondades, la CPE dista mucho de ser una práctica realmente implantada. Todavía son mucho los obstáculos que se advierten y que actúan como una barrera difícil de superar³⁴. Estos no se limitan al sabido riesgo de asumir mayores costes, sino que se detectan a lo largo de todo el proceso de contratación³⁵. Trabas que van desde un marco normativo

libertad a los compradores públicos para optar por compras basadas en criterios cualitativos de coste-eficacia. Sin embargo, la mayoría de las licitaciones económicamente ventajosas sobre la base de un enfoque de relación coste-eficacia que puede incluir criterios sociales, medioambientales, innovadores, de accesibilidad y otros criterios cualitativos, siguen estando infrautilizadas³⁶. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa*, COM (2017) 572 final, 3 de octubre, pág. 5.

³² Los países más avanzados en la incorporación de criterios ambientales en sus políticas de compras públicas son Bélgica, Dinamarca, Suecia, Holanda, Finlandia o Austria, que han integrado criterios ambientales en el 40-60% de los contratos de media. SÁNCHEZ, A.B., *Informe sobre sostenibilidad... cit.*, pág. 40.

³³ MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Informe relativo a la contratación pública en España 2017*, abril de 2018, pág. 75.

³⁴ Los más habituales son la ausencia de marco normativo como una de las barreras al crecimiento de las compras verdes en sus respectivas administraciones, la errónea percepción de que los productos y servicios “verdes” son siempre más costosos, la falta de conocimiento sobre cómo desarrollar criterios medioambientales por parte de los responsables de la definición de contratos y licitaciones públicas, la falta de apoyo en la gestión y de un enfoque estratégico general, la falta de compromiso político, la dificultad en la búsqueda de proveedores que cumplieran los criterios ambientales necesarios, y la falta de formación de los funcionarios con responsabilidades en la compra pública. SÁNCHEZ, A.B., *Informe sobre sostenibilidad... cit.*, págs. 40-41.

³⁵ Esta percepción engañosa se ha identificado como una de las barreras clave de la contratación pública ecológica cuya corrección podría facilitarse mediante la adopción de las medidas fiscales oportunas. Como señala Naciones Unidas, el despliegue generalizado de metodologías basadas en el cálculo de los costes del ciclo de vida contribuirá a una aplicación más amplia de la contratación pública sostenible. Además, las políticas fiscales, como las disposiciones fiscales especiales en forma de subvenciones, subvenciones, créditos fiscales, deducciones fiscales y exenciones, pueden ayudar a superar las barreras fundamentales. Estos incentivos tienen por objeto promover el desarrollo del mercado y el consumo de bienes y servicios sostenibles, al tiempo que los hacen más competitivos y asequibles para todos los consumidores, incluidas las autoridades gubernamentales. UN Environment, *Sustainable Public Procurement for an Inclusive Green Economy*, Switzerland, 2018, pág. 1.

disperso y poco específico, a las dificultades técnicas en la elaboración de los pliegos, pasando por la determinante falta de formación de los profesionales³⁶. Así, por ejemplo, en cuanto a la elaboración de los pliegos, la CPE plantea serias dificultades a la hora de relacionar el criterio medioambiental con el objeto del contrato. La obtención de datos cuantitativos fiables de parámetros ambientales, o la introducción de especificaciones técnicas ambientales que puedan ser realmente valoradas, también constituyen obstáculos importantes. Junto con esto, la práctica desvela una incertidumbre endémica sobre si la introducción o exigencia de unas determinadas características técnicas en los pliegos pueden restringir la concurrencia competitiva o vulnerar los principios que informan la contratación pública. Asimismo, la solvencia técnica y profesional en materia de CPE también se ve comprometida. Al tratarse de cuestiones muy técnicas, se requieren expertos que sepan definir qué se puede pedir como solvencia, cómo acreditar un comportamiento ecológico de las empresas y qué medios servirán para su efectiva acreditación, dado que no se alude específicamente, sino genéricamente, a consideraciones de tipo ambiental³⁷. Tampoco quedan exentos de obstáculos los criterios de adjudicación de los contratos. En este caso destaca la dificultad a la hora de identificar los requisitos ecológicos que realmente impactan en la mejora ambiental del producto o servicio adquirido, o la necesidad de hacer el seguimiento de un producto a lo largo de todo su ciclo de vida para comprobar si lo indicado en la oferta por el proveedor es o no real dada la inexistencia de mecanismos o verificaciones oficiales en materia de ciclo de vida³⁸.

³⁶ En este sentido resulta de especial interés el *Informe relativo a la contratación pública en España 2017* elaborado por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, en el que se identifican los principales problemas detectados y cuya información se usa de base para el desarrollo de los párrafos siguientes. Vid. MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Informe relativo a la contratación...*cit., pág. 72 y ss. Asimismo, sobre las dificultades y límites en la integración de la variable ambiental en la contratación pública vid., PERNAS GARCÍA, J. J., “La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público”, en. FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. P., (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2014, págs. 345-380.

³⁷ Además, exigir perfiles de solvencia mediante certificaciones, por ejemplo, ISO 14001, certificado EMAS, etiquetas ecológicas, ciclo de vida del producto, directamente relacionados con el objeto del contrato puede limitar la concurrencia. En este sentido, vid., SARASÍBAR IRIARTE, M., “La contratación pública se tiñe de verde”, en GIMENO FELIU, J. M., (Dir.), *Las nuevas Directivas de Contratación Pública- Observatorio de los Contratos Públicos*, Número monográfico Especial, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 317-328.

³⁸ MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Informe relativo a la contratación ...*cit., pág. 72. Sobre el coste

En este contexto resulta especialmente difícil que las empresas licitadoras puedan cumplir con los criterios exigidos. Además, estas trabas superan el ámbito público para extenderse también a la práctica empresarial privada, en la que tampoco termina de arraigar la cultura de la CPE³⁹. El principal ejemplo de esta complejidad lo encontramos en las PYMES, cuyo fomento constituye uno de los pilares de la normativa de contratación pública. El problema no solo está en encontrar empresas que cumplan con los requisitos adecuados, sino en encontrar empresas que puedan demostrar que están preparadas para su cumplimiento⁴⁰.

A lo anterior debe añadirse el hándicap que supone para la CPE la ausencia de personal cualificado en la materia. La Comisión Europea identifica el bajo nivel de profesionalización de los compradores públicos como un problema sistémico en muchos Estados miembros⁴¹. La falta de formación especializada de los técnicos para la inclusión de aspectos medioambientales en la redacción de los pliegos de prescripciones técnicas o en las propuestas de valoración de las ofertas, es una de las trabas que precisan ser corregidas con mayor urgencia. Aun cuando se han dado no pocos pasos en el camino de la formación, sigue siendo un punto débil que dificulta la efectividad de la CPE. Es preciso incidir aun en la capacitación que permita a los profesionales aplicar de forma correcta las reglas de la contratación pública haciendo de esta una práctica mucho más fluida y eficaz⁴².

del ciclo de la vida, vid. MIRANZO DÍAZ, J., "[Hacia una administración pública sostenible: novedades en la legislación europea de contratación pública](#)", *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 64, 2017, págs. 5-43.

³⁹ En el mismo sentido, VICENTE DAVILA, F., "[Los criterios ambientales han llegado para quedarse: ¿estamos preparados?](#)", *Observatorio de Contratación Pública*, 4 de febrero de 2019. (fecha de último acceso, 28 de septiembre de 2019).

⁴⁰ En este sentido, el Informe sobre el estado de contratación pública en España durante 2017 subraya la dificultad de las PYMES para obtener los documentos que acreditan el cumplimiento de los criterios ecológicos. MINISTERIO DE HACIENDA Y FUNCIÓN PÚBLICA, *Informe relativo a la contratación ...cit.*, pág. 74.

⁴¹ La Comisión Europea señala que "las estrategias de profesionalización a largo plazo a nivel nacional son esenciales para disponer de las personas adecuadas con las competencias y herramientas adecuadas en el lugar adecuado y en el momento adecuado para lograr los mejores resultados" COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN COM (2017) 572 final, cit., pág. 10. En este sentido, el art. 334 LCSP prevé actuaciones de formación del personal del sector público, especialmente en aquellas entidades que carecen de personal especializado, mediante el diseño de un plan específico en materia de formación en contratación pública y otras actuaciones complementarias de promoción de la profesionalización en la contratación pública

⁴² COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para*

Por lo tanto, pese a que desde la UE se insiste en la promoción y fomento de la CPE, esta se resiste todavía a su efectiva integración en los procedimientos de contratación. Las dificultades prácticas apuntadas no son nuevas, quizás están un poco más definidas tras la puesta en marcha en la LCSP, pero nada que la doctrina y la jurisprudencia no hubiera señalado a la luz de las actuales Directivas de contratación⁴³. Este panorama aconseja continuar insistiendo todavía en ese primer paso que supone la concienciación ambiental que, trasladado a la contratación pública, implica entender y hacer entender, cómo la utilización de las cláusulas ambientales permite alcanzar objetivos sociales, medioambientales y económicos como la economía circular.

4. CONCLUSIONES

Primera.- Dentro de la economía circular, la contratación pública juega un papel fundamental a través de sus acciones sobre contratación pública ecológica. Con un gasto público anual aproximado de más de dos billones de euros al año (UE), la contratación pública puede contribuir eficazmente a la consecución de los principales retos de Europa. Resulta obvio que, si el destino de tan elevado volumen de gasto fueran bienes y servicios sostenibles, la transición hacia una economía circular sería mucho más eficaz. Por ello las Estrategias y políticas sobre economía circular, tanto a nivel europeo como nacional, incorporan la contratación pública ecológica como una herramienta esencial para la consecución de sus fines.

Segunda.- A principios de 2019 se hacía público el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado, sus organismos autónomos y las entidades gestoras de la Seguridad Social para 2018-2025. Este pretende garantizar una contratación pública ecológica real, presente y futura, y para ello apuesta por favorecer el crecimiento económico desde el planteamiento de una economía circular, baja en carbono, eficiente en recursos, sin residuos, no contaminante y eco-innovadora.

Europa, COM (2017) 572 final, 3 de octubre, pág. 2.

⁴³ Sobre las novedades de las Directivas de contratación de 2014 en clave ambiental, vid., ALONSO GARCÍA, C., “Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación pública verde”, en GIMENO FELIU, J. M., (Dir.), *Las nuevas Directivas de Contratación Pública- Observatorio de los Contratos Públicos*, Número monográfico Especial, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 279-289.

Tercera.- Ahora bien, pese a que estamos ante un cambio deseado, los retos en la contratación pública ecológica permanecen. Y es que, pese a sus bondades, no estamos ante una práctica realmente implantada. Aún son muchos los obstáculos que se advierten a lo largo de todo el proceso de contratación. Trabas que van desde un marco normativo disperso y poco específico, a las dificultades técnicas en la elaboración de los pliegos, pasando por la determinante falta de formación de los profesionales. Por ello, debe asegurarse aún ese primer paso que supone la concienciación ambiental que, trasladado a la contratación pública, implica entender y hacer entender como la utilización de las cláusulas ambientales permite alcanzar objetivos sociales, medioambientales y económicos, como la economía circular.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, C. Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación pública verde. En: Gimeno Feliu, J. M. (Dir.). *Las nuevas Directivas de Contratación Pública- Observatorio de los Contratos Públicos*. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 279-289.
- BOUWER, M., et al. *Green Public Procurement in Europe 2005 - Status overview*. Virage Milieu & Management bv, Korte Spaarne 31, 2011 AJ Haarlem, Netherlands, 2005.
- COMISIÓN Europea. *Adquisiciones ecológicas. Manual sobre la contratación pública ecológica*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016.
- GIMENO FELIÚ, J.M., “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local 2017*, Fundación Democracia y Gobierno Local. Institut de Dret Públic, 2017.
- MIRANZO DÍAZ, J. Hacia una administración pública sostenible: novedades en la legislación europea de contratación pública. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 64, 2017. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2016/12/2017_01_09_Miranzo_Legislacion-europea-contratacion-publica-sostenible.pdf (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- PERNAS GARCÍA, J. J. La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público. En: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.; VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Cizur menor (Navarra): Thomson-Reuters, 2014, pp. 345-380.

– *Contratación pública verde*. Madrid: La Ley, 2011.

SÁNCHEZ, A.B. Informe sobre sostenibilidad en España 2017, cambio de rumbo, tiempo de acción. Madrid: Fundación Alternativas y Ecoembes, 2017.

SARASÍBAR IRIARTE, M. La contratación pública se tiñe de verde. En: GIMENO FELIU, J. M. (Dir.). *Las nuevas Directivas de Contratación Pública- Observatorio de los Contratos Públicos*. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 317- 328.

VICENTE DAVILA, F. Los criterios ambientales han llegado para quedarse: ¿estamos preparados?. *Observatorio de Contratación Pública*, 4 de febrero de 2019.

XXXII. El incremento de los conflictos ambientales y urbanísticos en Cataluña y papel del derecho ambiental en su resolución

Joan Pons Solé

Ambientólogo y consultor en derecho ambiental

INSTA – Serveis Jurídics Ambientals

RESUMEN:

El informe del Síndic de Greuges de Cataluña en 2018 destacó que la actuación de las administraciones públicas ha generado un aumento de la conflictividad territorial a través de los instrumentos de planificación urbanística y territorial, que inevitablemente ocasionan una afectación al medio ambiente. Muchos de estos casos derivan de la planificación urbanística y territorial, los déficits en la planificación y gestión del entorno natural, la falta de control efectivo de la contaminación y la planificación energética.

El derecho ambiental, a través de la equidad procedimental, es decir, si se mejorara la transparencia, el acceso a la información, la intervención en la toma de decisiones y se intentara el consenso territorial muchos de los focos de conflictividad se resolverían, se plantea como una solución. Con instrumentos de mediación que a la vez faciliten el acceso a la información, la transparencia, la participación, el consenso territorial, el acceso a la justicia ambiental y, en definitiva, a la equidad ambiental, se podría lograr una gestión y una solución eficaces de la conflictividad ambiental.

SUMARIO

1. Introducción	693
2. Desarrollo	694

2.1. Análisis de los elementos e instrumentos administrativos causantes de la conflictividad ambiental en el territorio catalán	694
2.2. Conflictos generados por instrumentos de planificación urbanística y territorial....	694
2.3. Conflictos generados por los déficits en la planificación y gestión del entorno natural.....	696
2.4. Conflictos generados por la falta de control efectivo de la contaminación.....	697
2.5. Conflictos generados por la planificación energética	699
2.6. Vías hacia la solución de los conflictos territoriales en Cataluña: justicia ambiental y restaurativa, equidad y mediación.....	700
2.6.1. Equidad y justicia ambiental como base.....	700
2.6.3. Nuevas vías de diálogo.....	701
2.6.4. La mediación ambiental como salida a la conflictividad	702
3. Conclusiones.....	703
4. Bibliografía.....	704

1. INTRODUCCIÓN

Según un informe reciente del Síndic de Greuges de Cataluña, redactado por el autor del presente artículo, la actuación de las administraciones públicas ha generado un aumento de la conflictividad territorial a través de los instrumentos de planificación urbanística y territorial, que inevitablemente ocasionan una afectación al medio ambiente.

La ejecución de un proyecto urbanístico, en función del alcance, puede alterar considerablemente el paisaje de un lugar concreto y, en definitiva, del territorio. En un informe al Parlamento en 2006, el Síndic hizo referencia al paisaje como el derecho de las personas de disfrutar de un paisaje preservado. Se constata que el paisaje es tan trascendente que el Estatuto de autonomía de Cataluña lo reconoce como bien objeto de protección.

La Ley 8/2005, de 8 de junio, de protección, gestión y ordenación del paisaje, tiene como objetivo principal preservar sus valores patrimoniales, naturales, científicos, económicos y sociales, mediante la creación de instrumentos diversos: los catálogos y las directrices del paisaje, las cartas del paisaje, el Observatorio del paisaje y el Fondo de Protección, Gestión y Ordenación del Paisaje.

Desgraciadamente, si bien en los últimos años la crisis económica generalizada puede haber parado algunos proyectos, no ha significado un cambio total de paradigma ni de mentalidad, ya que las administraciones han continuado aprobando, con más o menos intensidad, proyectos con incidencia ambiental, paisajística y urbanística. No se sabe hacia dónde reconducirá la situación la incipiente salida de la crisis, pero hay indicios suficientes para pensar que la tendencia urbanizadora continuará yendo al alza.

2. DESARROLLO

2.1. Análisis de los elementos e instrumentos administrativos causantes de la conflictividad ambiental en el territorio catalán

La conflictividad ambiental en Cataluña ha tenido históricamente diferentes orígenes, que pueden ir desde las reivindicaciones por un modelo energético sostenible, contra determinados procesos urbanísticos o contra infraestructuras concretas, hasta reivindicaciones más globales que han generado movimientos que reclaman justicia ambiental. Fruto de la época de bonanza económica de finales de los años noventa del siglo pasado, pero sobre todo durante los primeros años del siglo actual, la conflictividad ambiental en Cataluña fue notable. Hasta el punto de llegar a generar una "nueva cultura del territorio", por algunos bautizada como "cultura del no".

Pero después de los años críticos de la crisis económica, viendo la recuperación de la economía y de ciertos indicadores sociales, es necesario que nos fijemos en el origen de la reciente conflictividad territorial.

2.2. Conflictos generados por instrumentos de planificación urbanística y territorial

La legislación sobre planificación territorial y urbanística de Cataluña establece que ésta debe venir dada por principios como el de la sostenibilidad, la racionalidad, el encaje de usos en el territorio y la participación ciudadana en todas las etapas. Sin embargo, si sumamos el hecho de que la cultura de la participación ha sido poco arraigada durante décadas en el campo del urbanismo y la planificación territorial, y que a menudo han prevalecido intereses privados

por encima del interés general, la conflictividad territorial ha sido servida. Son numerosas las asociaciones vecinales, entidades ecologistas o plataformas ciudadanas que históricamente han liderado estos movimientos. Aún así, a pesar de que se podría entender que, con el paso de los tiempos, la nueva legislación sectorial y la impregnación política de la cultura de la participación, los conflictos relacionados con el urbanismo quedarían resueltos, no ha sido así.

Con los ejemplos que se citan a continuación, se pone de manifiesto como en los últimos tiempos, la recuperación escasa del sector de la construcción ha devuelto al debate social los conflictos relacionados con esta materia. Muy a menudo la administración se ha encontrado que, sin tener resuelto el modelo territorial y urbanístico, ni cómo hacer procesos de participación efectivos, la sociedad se organizaba para darles respuesta.

Un caso ha sido y los Planes Directores Urbanísticos (PDU), una figura de la planificación urbanística en coherencia con la planificación territorial. Desde que en 2008 se aprobaron los PDU de las Áreas Residenciales Estratégicas, a partir de entonces el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, a través del Departamento competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo, ha impulsado varios PDU, la mayoría de los cuales han generado conflictividad territorial o, cuando menos, debate sobre su idoneidad y forma. Algunos de estos casos han sido los PDU de modificación del Centro Recreativo y Turístico (antiguo Bcn World), el del Aeródromo del Bages, el del Centro Direccional de Cerdanyola del Vallés, el de Gran Via en L'Hospitalet de Llobregat o el del Aeródromo de la Cerdanya. En todos estos casos han surgido plataformas ciudadanas vinculadas a movimientos vecinales, ecologistas y/o políticos, que han puesto sobre la mesa la necesidad de que la ordenación supramunicipal se haga en coherencia con las demandas ciudadanas, exigiendo participación real y eficaz en los procesos de debate sobre la ordenación territorial y que estos instrumentos no quiten autonomía municipal.

Un caso más concreto fue el de Pals. Las previsiones urbanísticas del Plan de Ordenación Urbanística Municipal (POUM) de Pals, hizo despertar alertas ciudadanas sobre las afectaciones al medio natural del núcleo de Playa de Pals, concretamente en los parajes de Rodors, Roca Blanca, Puig Pedrós, los Jonquera, Interpals y Pals Mar.

Este fue sólo un ejemplo del incremento de los proyectos urbanizadores en el litoral de la Costa Brava. Casos como el puerto de Tossa de Mar, el chalet de Cala Golfet (Palafrugell), apartamentos en cala S'Alguer de Palamós, entre otros, denotan que a pesar de haber superado el período del "boom" de la construcción, la fiebre urbanizadora no se detiene.

2.3. Conflictos generados por los déficits en la planificación y gestión del entorno natural

Cataluña dispone de un territorio con elevados índices de biodiversidad que confieren una diversidad de ecosistemas muy rica. La legislación catalana en materia de espacios naturales, iniciada en los años ochenta, fue pionera y empezó a establecer lo que hoy conocemos como sistema de espacios naturales protegidos y la importante red de información y seguimiento de la biodiversidad. Este hecho vino acompañado posteriormente por la trasposición de la Directiva de Hábitats y la Red Natura 2000.

Sin embargo, ya sea por falta de recursos presupuestarios, por cambios de rumbo político o ambos factores, la planificación y gestión del entorno natural no ha estado a la altura de los valores ambientales a proteger. Esto se ha traducido con déficits normativos, legislación anticuada y prevalencia de otras políticas por encima de las de medio natural, denunciadas incluso por el mismo departamento competente en los últimos tiempos.

En los últimos años la inversión pública en la planificación y gestión del entorno natural y en los espacios naturales de protección especial de Cataluña, ha sufrido importantes recortes, viéndose reducido su presupuesto en más de la mitad.

Esto conllevó el desmantelamiento de determinadas políticas de conservación, suponiendo un incumplimiento de obligaciones y normativas. A pesar de los informes del Consejo de Protección de la Naturaleza alertando de esta situación, estas políticas han continuado hasta hace poco tiempo en que la situación comienza a revertirse. Sin embargo, el rastro que ha dejado este recorte de la administración es notable: reducción de personal en los espacios naturales, falta de gestión de determinados hábitats, supresión de programas de investigación, entre otros impactos que han comportado la aparición de nuevos conflictos territoriales en Cataluña y la tensión entre diferentes sectores sociales y económicos.

Un ejemplo lo encontraríamos en la presión humana ejercida durante décadas el Delta del Llobregat, lo ha llevado a que progresivamente se haya ido reduciendo el suelo agrícola disponible y, por tanto, la producción de alimentos de la zona. Recientemente, con la aprobación inicial del Plan Director Urbanístico de ámbitos de actividad económica del Delta de Llobregat (PDU-Delta), entidades conservacionistas y plataformas ciudadanas como SOS Delta, DEPANA, Ecologistas en Acción, Salvemos Oliveretes y algunos partidos políticos han denunciado que, ante la ampliación en 61 hectáreas de suelo en espacios libres, se han ampliado en 162 hectáreas el suelo industrial, comercial y hotelero.

2.4. Conflictos generados por la falta de control efectivo de la contaminación

La actividad industrial, así como también la agrícola y ganadera, genera unos impactos ambientales que se traducen en forma de contaminación hacia diferentes vectores ambientales: aire, agua, suelos, biodiversidad, medio geológico, patrimonio cultural, etc. La administración ambiental y, en determinados casos, los ayuntamientos, son los responsables de la determinación de los límites y condiciones a las actividades que éstas reduzcan al mínimo su impacto y se compense su impacto residual. Asimismo, es también esta administración la responsable de velar por el cumplimiento de las condiciones fijadas y, sobre todo, velar para que no haya daños en el medio ambiente y las personas.

Ya sea por una falta de efectivos personales, por un marco legislativo complejo a la hora de ponerse en práctica, para no obstaculizar excesivamente la actividad económica o por otros motivos que podríamos desconocer, Cataluña ha sufrido varios casos de conflictos ambientales que tienen su origen en un mal control administrativos y/o legislativo sobre determinadas actividades.

En 2006 el Síndic de Greuges tramitó una actuación de oficio con relación a 100 redes de agua de Cataluña que contenían un exceso de nitratos y que superaban los límites permitidos por la legislación vigente y hacían que el agua no fuera potable. El Grupo de Defensa del Ter hizo público un estudio en 2015, en el que se ponía de manifiesto que la mitad de las fuentes de Osona no eran potables por la alta concentración de nitratos.

El caso de los purines es, de nuevo, un ejemplo de conflicto ambiental que se ha generado y incrementado en parte por la desregulación administrativa del sector, así como de la no aplicación de medidas urgentes y de choque para hacer frente a la amenaza ambiental.

Otro caso significativo ha sido la preocupación por la calidad del aire y para saber qué aire respiramos ha sido una demanda ciudadana creciente en los últimos años. Esta preocupación se ha podido constatar en entornos urbanos como Barcelona, donde se ha puesto el foco sobre todo en la contaminación de los vehículos y del Puerto, pero también en el entorno de los polígonos petroquímicos del Camp de Tarragona. Es en este segundo lugar donde la preocupación ha desencadenado un conflicto ambiental que hay que prestar atención.

Fruto de una serie de incidencias de la industria petroquímica en el polígono norte de Tarragona, se articuló la Plataforma Cel Net que conjuntamente con otras entidades del territorio, empezaron a exigir controles específicos en la industria, transparencia en los datos de los controles de las emisiones y estudios sobre la calidad del aire. Después de muchos años de insistencia, la Generalitat creó el Mesa para la Calidad del Aire del Camp de Tarragona, espacio donde se tenían que poner en común las preocupaciones existentes y poner las bases para los estudios a encargar. Los resultados de las primeras sesiones de esta Mesa pusieron de manifiesto por un lado la posibilidad de mejorar los controles actuales y la información disponible, pero también la falta de unos interlocutores directos entre la industria y la ciudadanía en casos de incidentes que puedan poner en riesgo la calidad del aire.

Finalmente, la actividad minera y extractiva en Cataluña ha sido un sector económico que se ha implantado en buena parte del territorio, no exento de conflictividad debido a su evidente impacto ambiental. A pesar de que en muchos casos los procesos de restauración ambiental de la actividad, una vez finalizada su explotación, ha sido correcta y su funcionamiento ha garantizado la aplicación de las medidas de prevención de los impactos ambientales generados, en otros casos no podemos afirmar el mismo.

La desregulación de esta tipología de actividades que ha habido durante muchos años en el planeamiento urbanístico municipal, facilitado por una relajación de la actividad inspectora de la administración competente, ha generado que las actividades extractivas se hayan

convertido en el principal foco de conflictividad ambiental en estos territorios. Hasta el punto de que la administración pública ha generado desconfianza hacia el ciudadano que se ve indefenso ante una serie de empresas que impactan gravemente sobre su entorno.

2.5. Conflictos generados por la planificación energética

La planificación energética en Cataluña, en cuanto a la generación y distribución, se evidencia que es de aquellas competencias que, debidas a su fragmentación entre Estado y autonomía, no ha quedado resuelta. Si bien la administración de la Generalitat ha planificado buena parte de la generación energética, sobre todo en el campo de las renovables, es cierto que la generación nuclear, hidroeléctrica (río Ebro) y gasística, viene marcada en buena parte por la agenda política estatal. A este hecho hay que sumarle el poco consenso territorial que a menudo han marcado las decisiones sobre la planificación energética; podríamos encontrar ejemplos históricos en el caso nuclear en Cataluña y en la generación de residuos de esta fuente energética, pero también en la implantación de la energía eólica, la generación por biomasa o la construcción de infraestructuras para la distribución energética. Además, el interés europeo sobre las infraestructuras de transporte energético a escala intercontinental, ha supuesto que muy a menudo los intereses locales, plenamente legítimos, hayan sido silenciados por los intereses comunitarios europeos e internacionales.

En definitiva, la suma de la fragmentación competencial, la divergencia de intereses políticos a diferentes niveles, el poco consenso territorial y las consecuencias ambientales de la generación eléctrica, ha acabado comportando, lógicamente, una serie de conflictos territoriales no resueltos.

Por ejemplo, el despliegue de las Zonas de Desarrollo Prioritario (ZDP) para la energía eólica, las cuales han sufrido diversos obstáculos procedimentales y judiciales en los últimos años, se ha iniciado recientemente con la ZDP VII correspondiente a la comarca de la Terra Alta, concretamente con la instalación de 30 aerogeneradores, que en total representan 90 MW de potencia eólica, en los municipios de Vilalba dels Arcs, Batea y la Pobla de Massaluca. Esta iniciativa no ha estado libre de conflictividad, ya que se pretende instalar en una comarca como la Terra Alta, hoy en día ya muy cargada de parques eólicos y donde la comunidad ha decidido apostar por el paisaje y el turismo vinícola, incompatible con la sobreconcentración eólica impuesta.

Por otra parte, y el proyecto de interconexión eléctrica a través de líneas de muy alta tensión, que ya se ha iniciado en tramos como el que une las comarcas ampurdanesas con Francia, no ha estado libre de controversia y conflictividad territorial.

2.6. Vías hacia la solución de los conflictos territoriales en Cataluña: justicia ambiental y restaurativa, equidad y mediación

2.6.1. Equidad y justicia ambiental como base

Afrontando los conflictos territoriales desde el concepto de equidad, en un sentido amplio del concepto, nos puede ayudar de entrada a conocer la raíz del problema. Según la publicación elaborada por el Consejo Asesor para el Desarrollo Sostenible de la Generalidad de Cataluña (2010), la equidad ambiental "pretende conseguir una distribución equitativa de los bienes e impactos ambientales entre los diferentes colectivos sociales y territorios, así como lograr que todos los ciudadanos tengan oportunidades por igual de participar en la toma de decisiones con implicaciones sobre su entorno. Estos objetivos se están reafirmando como imprescindibles para cualquier sociedad que quiera afrontar el reto de la sostenibilidad con éxito."

Según citan los autores del estudio mencionado, la equidad ambiental hay que entenderla desde tres puntos de vista: la equidad procedimental, la equidad geográfica y la equidad social.

Así pues, viendo los ejemplos de conflictos expuestos en el anterior capítulo del presente informe, alcanzar la equidad procedimental, es decir, mejorando la transparencia, el acceso a la información, la intervención en la toma de decisiones y el consenso territorial, muchos de los focos de conflictividad se verían resueltos.

Por otra parte, mediante la equidad geográfica se resolvería los desequilibrios territoriales existentes hoy en día en Cataluña, origen de buena parte de los conflictos ambientales. Esto ocurre inseparablemente para la elaboración colegiada de instrumentos de planificación y ordenación de elementos como la energía, las infraestructuras, el medio natural, el agua, entre muchos otros.

Finalmente, a través de la equidad social se conseguirá poner al ciudadano al mismo nivel económico y cultural, que aquellos que toman las decisiones. Todo ello, con el fin de no generar desigualdades añadidas.

Algunos autores sitúan la equidad ambiental de la mano del concepto justicia ambiental, ya que se pretende dar una aproximación política. La Agencia de Protección del Medio Ambiente (EPA) de Estados Unidos, define la justicia ambiental como "el tratamiento justo y la participación de todos, sin importar su raza, color, nación de origen o de ingreso hacia el desarrollo, implementación y puesta en práctica de leyes, regulaciones y políticas ambientales.

Un tratamiento justo significa que ningún grupo de población, incluyendo diferentes razas o grupos socioeconómicos, debe cargar con un porcentaje desproporcionado de impactos ambientales negativos consecuencia de las operaciones industriales, municipales o comerciales o de las políticas y programas federales, estatales, o locales.

Participación significa que las comunidades potencialmente afectadas tienen la posibilidad adecuada de participar en las decisiones relacionadas con las actividades que afectan su medio ambiente y/o salud; que su participación pública puede influir en las decisiones que toman las agencias reguladoras; que las preocupaciones de todos los participantes serán consideradas en la toma de decisiones; y que los responsables de la toma de decisiones facilitan la participación de los potencialmente afectados."

2.6.3. Nuevas vías de diálogo

Las prácticas restaurativas se pueden plantear como herramientas eficaces para restaurar las relaciones entre los actores de un conflicto ambiental. La base de estas herramientas es crear espacios de confianza, donde el diálogo fluya con libertad, a partir de los elementos que más nos caracterizan y que nos humanizan: poder expresar nuestros sentimientos y nuestras necesidades, y poder sentir escuchados en total respeto, en un marco de igualdad entre las personas.

El origen de las prácticas restaurativas lo encontramos en la justicia restaurativa. Un concepto centrado en reparar el daño causado a la víctima y en recuperar el curso de la vida de las personas implicadas en un conflicto: el agresor, la víctima y la comunidad en la que viven. Las primeras experiencias se atribuyen a los primeros pueblos de América del Norte y de África. Posteriormente, en la década de los setenta, investigadores en criminología se inspiran para crear la justicia restaurativa.

Actualmente, existen varias organizaciones en varios países que promocionan el uso de las prácticas restaurativas. Por ejemplo, el International Institute for restorative Practices (IIRP, a América, Australia y Europa), la European forum for restorative Justice (UE) o el Institut Français pour la Justice Restaurative (Francia).

2.6.4. La mediación ambiental como salida a la conflictividad

El principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo dice que "la mejor manera de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que suponen peligro para sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Se deberá promover el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre otros, la compensación de daños y los recursos pendientes."

Posteriormente, en 2010, el Libro blanco de la mediación en Cataluña, elaborado por el Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, ya destacaba la mediación ambiental como vía para la gestión y resolución de los conflictos ambientales en nuestro territorio. Así pues, bajo este principio, la mediación se abre como una vía para dar respuesta a las cuestiones ambientales una vez entran en conflicto.

Según Mondéjar (2014), hay que entender la mediación como "la participación de una tercera parte neutral e imparcial que guía a las partes en conflicto a que negocien con el fin de conseguir sus objetivos. Es un proceso voluntario, donde las decisiones se aceptan mutuamente y se minimizan los efectos negativos del conflicto ". La misma autora señala los

siguientes rasgos característicos de la mediación ambiental flexible, voluntad, confidencialidad, colaborativo y con un mediador imparcial, neutral y con una cualificación técnica en materia ambiental.

Así pues, con instrumentos de mediación que a la vez faciliten el acceso a la información, la transparencia, la participación, el consenso territorial, el acceso a la justicia ambiental y, en definitiva, a la equidad ambiental, se podría lograr una gestión y solución eficaz de la conflictividad ambiental. Es por este motivo que una buena propuesta sería la creación de un Gabinete de mediación ambiental de Cataluña, el cual podría ser el responsable de hacer un seguimiento de los conflictos ambientales que suceden en el territorio catalán y debería velar por su solución, poniendo las partes en contacto y aplicando las metodologías específicas de mediación ambiental.

3. CONCLUSIONES

Para hacer efectiva y real la participación en el proceso de elaboración del planeamiento, los trámites de información pública y de audiencia no deben incluir períodos de vacaciones. Hay que poner al alcance de todos información clara y comprensible, y dar el apoyo técnico necesario para facilitar la comprensión de los textos, cuyo contenido, además, no puede ser ni contradictorio, ni ambiguo, ni impreciso.

La evaluación ambiental está pensada no para conseguir una declaración de viabilidad ambiental de los planes y proyectos, sino para evitar agresiones a la naturaleza. El planeamiento urbanístico debe respetar el principio de cautela para preservar el medio ambiente de daños de reparación difícil o imposible.

A pesar de la legislación sectorial y la impregnación política de la cultura de la participación, los conflictos relacionados con el urbanismo y la planificación del territorio no han quedado resueltos.

Si se alcanzara la equidad procedimental, es decir, si se mejorara la transparencia, el acceso a la información, la intervención en la toma de decisiones y se intentara el consenso territorial muchos de los focos de conflictividad se resolverían. Con instrumentos de mediación que a la vez faciliten el acceso a la información, la transparencia, la participación, el consenso territorial, el acceso a la justicia ambiental y, en definitiva, a la equidad ambiental, se podría lograr una gestión y una solución eficaces de la conflictividad ambiental.

4. BIBLIOGRAFÍA

- CASANOVAS, P.; MAGRE, J.; LAUROBA, M. E. *Llibre blanc de la mediació a Catalunya. Generalitat de Catalunya*. Barcelona: Departament de Justícia. Barcelona, 2010.
- MONDÉJAR, R. *Mediación ambiental: recursos y experiencias*. Madrid: Dykinson, 2014.
- ORTEGA CERDÀ, M.; CALAF FORN, M. *Equitat ambiental a Catalunya: Integració de les dimensions ambiental, territorial i social a la presa de decisions. Documents de recerca; 15*. Barcelona: Consell Assessor per al Desenvolupament Sostenible, 2010.
- PONS SOLÉ, J. *L'augment dels conflictes en matèria ambiental i urbanística a Catalunya*. Barcelona: Síndic de Greuges de Catalunya, 2018.
- VV. AA. *Evolució de l'economia catalana i el seu entorn. Recull mensual d'indicadors*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de la Vicepresidència i d'Economia i Hisenda, 2017.

XXXIII. La gobernanza multinivel del cambio climático en la Agenda Urbana de la Unión Europea

Laura Presicce

Investigadora predoctoral CEDAT
Universitat Rovira i Virgili, Tarragona

RESUMEN:

La Agenda Urbana de la Unión Europea define un conjunto de acciones impulsadas por parte de actores europeos estratégicos, destinadas a desarrollar el pleno potencial de las ciudades y a fortalecer la dimensión urbana tanto en las políticas nacionales como en la europea. La Agenda articula un nuevo instrumento de gobernanza multinivel para agregar ante fines y desafíos comunes las instituciones de la Unión Europea, los Estados Miembros, las administraciones locales y otros actores relevantes. El objetivo fundamental del Pacto de Ámsterdam, mediante el que se adoptó la Agenda, es involucrar las autoridades urbanas y otros actores interesados en el diseño de las políticas europeas, fortaleciendo la dimensión local en la fase de proyecto y de implementación de las políticas de la Unión que tienen impacto en las áreas urbanas. La cuestión ambiental y climática atraviesa y aglutina los doce partenariados previstos en la Agenda, captando la compleja conexión entre los desafíos planteados por la adaptación al cambio climático, la transición energética, el uso sostenible del suelo, la calidad del aire, la movilidad urbana, el desarrollo de la economía circular y la contratación responsable. Desde esta perspectiva, en la comunicación se llevará a cabo una primera aproximación a las *partnerships* relacionadas con el cambio climático, en su vertiente de mitigación y adaptación. Un enfoque particular será reservado a la *Climate Adaptation Partnership*.

¹La presente comunicación ha sido realizada en el marco del proyecto de investigación “Constitución climática global: gobernanza y derecho en un contexto complejo” (referencia DER2016-80011-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

SUMARIO

1. Introducción: la Agenda Urbana de la Unión Europea	706
2. El cambio climático en la Agenda Urbana de la Unión Europea.....	711
3. La Climate adaptation partnership.....	712
4. Conclusiones.....	714
5. Bibliografía.....	715

1. INTRODUCCIÓN: LA AGENDA URBANA DE LA UNIÓN EUROPEA

Los antecedentes más próximos e inmediatos de la Agenda Urbana de la Unión Europea se pueden hallar en la Declaración de Toledo de 2010², que en su apartado tercero llamaba la atención sobre la necesidad de plasmar la Agenda Urbana Europea, como instrumento de trabajo conjunto entre diferentes actores. A partir de la Declaración de Toledo se siguió un complejo recorrido³ (en el que es preciso destacar los importantes compromisos asumidos por la Comisión y por el Parlamento Europeo), que ha llevado hasta la Declaración de Riga de 2015⁴ y la Reunión informal de Ministros de Desarrollo Urbano de la Unión Europea de 30 de mayo de 2016. En la citada reunión fue finalmente aprobado el Pacto de Ámsterdam,

²Consultable en [este enlace](#) (última consulta 10/09/2019).

³Podemos mencionar, entre todos, la [recomendación n. 32 del Report acerca de la Cohesión del 3347th Council Meeting of General Affairs](#); los esfuerzos de la Comisión Europea a través de la COM/2014/490 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “La dimensión urbana de las políticas de la UE: elementos clave de una agenda urbana para la UE” y la sucesiva consulta pública (SWD(2015) 109 final/2 Resultados de la Consulta pública); los esfuerzos del Parlamento (Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de junio de 2011, sobre la Agenda urbana europea y su futuro en la política de cohesión (2010/2158 (INI)). Finalmente cabe mencionar la Declaración de Riga de 2015. Para un análisis más exhaustivo, véase San Salvador del Valle Doistua, R; de Miranda Leschko, G. y Matovic, M., «Ciudades en la Unión Europea. Proceso de integración, política de cohesión y gobernanza futura», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 58, 2018, 99-129; y González Medina, M.; Huete García, M.A., Merinero Rodríguez, R., «La evolución de la agenda urbana de la UE: hacia un modelo de desarrollo urbano sostenible e integrado», *WPS RI-SHUR*, 1.4 (2016), 83-95.

⁴Consultable en [este enlace](#) (última consulta 14/09/2019).

que materializaba la Agenda Urbana de la UE⁵ definiendo sus principios, sus elementos claves, el marco operativo y finalmente sus objetivos. En el Pacto de Ámsterdam se define la Agenda Urbana como “un conjunto coherente de acciones impulsadas por parte de los actores europeos clave, destinadas a desarrollar el potencial pleno de las ciudades y a fortalecer la dimensión urbana tanto en las políticas nacionales como de la UE, planteando una nueva forma de gobernanza multinivel, mediante la cual todos estos actores puedan trabajar en conjunto”. Podemos entender, por ende, la Agenda Urbana de la UE como un instrumento, que pretende ser sólido y permanente, de gobernanza multinivel entre las mismas instituciones de la UE, los Estados Miembros, las administraciones subnacionales y otros actores sociales. El marco de gobernanza multinivel diseñado por la Agenda Urbana de la UE resulta ciertamente interesante desde varios puntos de vista:

1. En primer lugar, porque se trata de una nueva forma de trabajar, en la que la Unión Europea quiere dar voz y escuchar sus interlocutores. Un instrumento en el que se abandona la lógica *top-down* y se adopta una lógica participativa y de equiparación entre niveles. No se trata de una herramienta de gobernanza presidida y maniobrada por la Unión Europea, aunque esta obviamente resulta ser materialmente el director de la orquesta y el primer receptor de los resultados del diálogo, para mejorar sus políticas. De acuerdo con la Comisión Europea “todos los socios participantes dirigen conjuntamente la Agenda sobre una base voluntaria, integradora y equitativa”⁶. Asimismo, en cada partenariado se identifica un coordinador que, sin embargo, no suele ocupar un rol de primacía respecto a las demás partes.
2. En segundo lugar, se trata de una nueva fórmula de participación: como se ha afirmado anteriormente, se trata de una cooperación multinivel y multidireccional. En concreto, hablamos de cooperación horizontal – que se despliega, por ejemplo, entre las diferentes instituciones de la UE o las Direcciones Generales de la UE – y de cooperación vertical, es decir entre distintos niveles de gobierno implicados. Las dos dimensiones de cooperación impulsan y fomentan la política de cohesión.
3. En tercer lugar, se trata de una herramienta híbrida, que trata de integrar la vertiente institucional con la no institucional, a través de la participación de diferentes *stakeholders* de la sociedad civil. Los partenariados de la Agenda Urbana trascienden

⁵Consultable en [este enlace](#) (última consulta 14/09/2019).

⁶COM(2017) 657 final. Informe de la Comisión al Consejo sobre la Agenda Urbana para la UE.

de la dimensión estrictamente institucional, ya que pueden ser parte de los partenariados también expertos, organizaciones de ciudades, organizaciones de conocimiento, ONG u otros actores interesados. Finalmente pueden ser parte de los partenariados también Estados “asociados” no miembros de la UE.

4. En cuarto lugar, se trata de una agenda capaz de desarrollar una significativa retroalimentación: se propone, por un lado, de ayudar todos los actores institucionales a implementar las prioridades europeas en los diferentes niveles de gobierno; por otro, serán los mismos componentes de las mesas los que trazarán la ruta para que la UE alcance objetivos y políticas de manera consensuadas.
5. Para acabar, como se ha explicado anteriormente, el objeto de los partenariados son los asuntos urbanos. Sin embargo, el propósito de la Agenda va más allá del tratamiento de temáticas urbanas o de considerar meramente la dimensión urbana como el *optimum* para tratar los temas prioritarios identificados. La Agenda reconoce a los entes locales un rol esencial para afrontar algunos de los problemas socioeconómicos más urgentes de Europa y su afán es, por ende, proporcionar un espacio apropiado a las autoridades locales, de manera que puedan ocupar un papel central en este diálogo entre niveles. Desde este punto de vista, podemos decir que el enfoque que pretende fomentar la Agenda Urbana es aquello de una aproximación *bottom-up* que se concreta en cada partenariado y en las respectivas acciones.

Dicho lo cual, es necesario subrayar cómo en el mismo Pacto de Ámsterdam se especifica que la Agenda Urbana respetará plenamente el principio de subsidiariedad y proporcionalidad, “y que en consecuencia no afectará a la actual distribución de competencias entre la UE y los Estados Miembros. Esto significa que la Agenda Urbana de la UE no supondrá la transferencia de nuevas competencias al nivel de la UE (de acuerdo con los Artículos 4 y 5 del Tratado de la Unión Europea) y que se mantendrá el actual sistema de toma de decisiones”⁷. Si es verdad que las políticas urbanas no constituyen explícitamente un sector de competencia de la Unión Europea, es igualmente innegable que muchas políticas

⁷de Santiago Rodríguez, E., «El pacto de Ámsterdam y la Agenda Urbana de la Unión Europea», *Ciudad y territorio*, 2017, p. 154. Sin embargo, de acuerdo con Pérez de las Heras, con la Agenda Urbana de la Unión Europea, asistimos a la “introducción de un enfoque más holístico y unificado de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Vid. Pérez de las Heras, B., «La agenda de legislar mejor como eje de gobernanza democrática en la Unión Europea: impacto y potencialidades para las entidades subestatales», *Revista General de Derecho Administrativo*, 50, 2019.

de la Unión Europea se dirigen a las ciudades y son implementadas en las ciudades⁸. El objetivo claro de la Agenda es, pues, por una parte, involucrar las autoridades urbanas y otros actores interesados en el diseño de las políticas europeas, fortaleciendo el papel que la dimensión urbana tiene en la fase de proyecto y de implementación de las políticas europeas con impacto en las áreas urbanas. Por otra, la UE es consciente que la forma en la que evolucionen y crezcan las ciudades marcará el rumbo económico, social y medioambiental de Europa. Dicho de otra manera, la UE sabe que no puede lograr los objetivos de crecimiento inteligente y sostenible de la Estrategia 2020 sin una real colaboración por parte de las ciudades, como nivel más próximo a la ciudadanía, de la misma manera que le será muy difícil lograr los objetivos establecidos por el Acuerdo de París en cuanto a la mitigación y adaptación al cambio climático.

Desde un punto de vista organizativo, la Agenda Urbana establece doce partenariados prioritarios⁹, o grupos de trabajos, que concentran su foco en doce temas concretos muy actuales (más otros transversales): inclusión de los migrantes y los refugiados; pobreza urbana; vivienda; calidad del aire; economía circular; puestos de trabajo y capacidades en la economía local; adaptación al clima; transición energética; uso sostenible de las tierras y soluciones basadas en la naturaleza; movilidad urbana; transición digital; contratación pública innovadora y responsable. En cuanto a los participantes, la participación es voluntaria y se prevé que cada grupo tenga entre quince y veinte integrantes, entre los que deben estar representados por lo menos la Comisión Europea, los representantes de algunos estados miembros y otros de gobiernos municipales. En cuanto a las asociaciones, si bien se limita su participación a 15-20 miembros, se ha predispuesto una plataforma web (Futurium)¹⁰ a través de la cual incrementar la participación de las asociaciones que no son miembros. Asimismo, la Comisión Europea ha subrayado la necesidad de involucrar en este diálogo entre niveles y en el trabajo activo de los partenariados también a los entes locales que no forman parte formalmente de ellos¹¹ y a la ciudadanía¹².

⁸Vid. González Medina, M., «La europeización urbana a través de la política de cohesión», *Revista Cidob*, 104 (2013), pp. 133-154.

⁹ Vid. Purkarthofer, E., «Investigating the partnership approach in the EU Urban Agenda from the perspective of soft planning», *European Planning Studies*, 27.1 (2019), pp. 86-105.

¹⁰[Enlace](#) (última consulta 15/09/2019).

¹¹«Por tanto, es importante sensibilizar a las ciudades que no están directamente involucradas en el trabajo de las Asociaciones y promover su participación». COM(2017) 657 final, p. 6.

¹²A través de las consultas públicas. Véase Pérez de las Heras, B., «La agenda de legislar mejor », op. cit.

Los objetivos básicos que la Unión Europea intenta lograr a través de esta herramienta son esencialmente tres: una mejor regulación; una mejor financiación; un mejor conocimiento y coordinación. En cuanto a la regulación, hay que aclarar que la Agenda Urbana no pretende aumentar en términos cuantitativos la producción futura de Directivas y Reglamentos de la UE ni tampoco las barreras administrativas. Al contrario, pretende incidir en términos cualitativos en la legislación, aportando revisiones y mejoras a Directivas, Reglamentos y a las regulaciones existentes, para además detectar posibles lagunas, superposiciones y contradicciones normativas, incidiendo informalmente en el diseño de la regulación para que se adapte a las necesidades, exigencias y demandas de los actores involucrados y sobre todo de las ciudades¹³: “Las ciudades tienen así la oportunidad de presentar acciones concretas para mejorar la legislación, la financiación y los conocimientos sobre las políticas nacionales y de la UE”¹⁴. En cuanto a la financiación, el objetivo no es aumentar la financiación comunitaria, sino mejorar y adaptar los mecanismos de financiación existentes a las exigencias de los actores, sobre todo en cuanto al Fondo FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional), al FC (Fondo de Cohesión) y al FSE (Fondo Social Europeo). Esta mejora se concretará a través la identificación de las necesidades de financiación, apoyo e integración de las citadas fuentes de financiación en las Áreas Urbanas para que se llegue a una mejor gestión y aplicación de los recursos económicos destinados al desarrollo urbano. Un papel clave lo jugará el BEI (Banco europeo de inversiones). Y, finalmente, la mejora del conocimiento y de la coordinación, por un lado, pretende mejorar el alcance del conocimiento de *best practices* para que se pueda llevar a cabo un inventario y un intercambio de informaciones y medidas prácticas; y, por otro, la propia Comisión Europea ha previsto una serie de acciones concretas para la mejora de la coordinación interna de los principales instrumentos e iniciativas comunitarias existentes con los trabajos de la Agenda Urbana. En referencia al intercambio de experiencias, y para facilitar el acceso a la información disponible, la Comisión Europea ha activado un nuevo portal que funciona como una ventanilla única para las ciudades, con el objetivo de reunir en un único lugar toda la fragmentada y dispersa información sobre las *best practices* e informaciones de interés acerca de los doce temas de la Agenda Urbana.

¹³*Ibidem*.

¹⁴COM(2017) 657 final.

2. EL CAMBIO CLIMÁTICO EN LA AGENDA URBANA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Cambio climático es un *wicked problem*¹⁵, es decir un problema complejo desde diferentes puntos de vista. Entre otras razones porque su “multicausalidad e interrelación con otros factores”¹⁶, hacen que se trate de una cuestión intersectorial desde una doble perspectiva, pasiva y activa: el cambio climático es intrínsecamente fomentado e impulsado por diferentes sectores y, por su parte, influye y modifica las dinámicas de otros sectores. Esta doble perspectiva fue constatada ya en la cumbre de Río de Janeiro de 1992 y esculpida en la Convención Marco sobre el Cambio Climático de 1992¹⁷. En cuanto a la Unión Europea, el principio de integración, contenido en art. 11 del TFUE¹⁸, se erige en la regla que penetra toda clase de políticas de la UE. Asimismo, con referencia a la Agenda Urbana, la cuestión ambiental, y en el caso específico, la climática, atraviesa y aglutina las doce *partnership* previstas, captando la compleja conexión entre los desafíos planteados por la adaptación al cambio climático, la mitigación y las otras temáticas presentes en los partenariados. Sin embargo, si la adaptación climática se encuentra amoldada en una concreta *partnership*, no sucede lo mismo con la mitigación, aunque medidas que se refieren a la misma pueden observarse transversalmente en la mayoría de los partenariados, estrictamente interconectados a su vez entre ellos. En concreto, podemos hallar acciones y medidas relacionadas con la mitigación del cambio climático en los planes de acción de las *partnerships* relativas a: transición energética¹⁹; uso sostenible del suelo²⁰; calidad del aire²¹; economía

¹⁵González Medina, M. y Huete García, M.Á., «El cambio climático en el marco de las políticas de desarrollo urbano: de lo global a lo local», en *Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica*, ed. Galera Rodrigo, S. ; Gómez Zamora, M. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2018, pp. 311-37.

¹⁶González Medina y Huete García, «El cambio climático en el marco de las políticas... », op. cit., p. 317.

¹⁷Art. 1 de la Convención Marco sobre el Cambio Climático de 1992. Disponible en [este enlace](#) (última consulta: 14/09/2019).

¹⁸«Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

¹⁹[Energy Transition Partnership](#) (última consulta 15/09/2019)

²⁰[Sustainable Use of Land and Nature-Based Solutions Partnership](#). Además, muchas acciones de este partenariado resultan estrictamente interconectadas con el partenariado relativo a la adaptación climática.

²¹[Partnership for Air Quality](#) (última consulta 15/09/2019).

circular²²; movilidad urbana²³; contratación pública innovadora y responsable²⁴; vivienda²⁵; pobreza urbana²⁶. Referencias –si bien más concretas y puntuales–, se pueden identificar en ulteriores partenariados, como el relativo a la transición digital: en el apartado cuarto del plan de acción se destaca el papel de la transición digital para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y los objetivos establecidos en el Acuerdo de París²⁷.

3. LA CLIMATE ADAPTATION PARTNERSHIP

En cuanto a la adaptación climática, la Agenda Urbana aborda esta cuestión dedicándole un partenariado específico, en la *Climate adaptation partnership*, aunque quizás hubiera sido mejor hablar de *Climate Change Adaptation*²⁸. El citado partenariado se compone por 4 miembros de la Comisión Europea, de direcciones generales diferentes, por 4 Estados miembros (Francia, Polonia, Hungría y Bulgaria), 7 autoridades locales entre las cuales podemos destacar Génova, como coordinadora, y la Diputación de Barcelona, y otras 4 organizaciones de la UE entre las cuales Eurocities y Urbact. Es interesante considerar, por un lado, cómo en las áreas urbanas que engloban estas autoridades viven 94 millones de habitantes, que corresponden al 25% de la población europea que vive en un entorno urbano, y, por otro, cómo las autoridades locales partes del partenariado representan dimensiones territoriales y poblacionales (y por ende problemas, necesidades y dinámicas) diferentes. El grupo de trabajo, cuya primera reunión fue hace poco más de dos años²⁹, observó ya desde el principio unos problemas preliminares relacionados con el tema objeto del partenariado: entre estos, la falta de una definición unívoca de Área Urbana³⁰ y las dificultades en cómo establecer los

²²[Circular Economy](#) (última consulta 15/09/2019).

²³ [Partnership for Urban Mobility](#) (última consulta 15/09/2019).

²⁴ [Partnership on Innovative and Responsible Public Procurement](#) (última consulta 15/09/2019).

²⁵ [The Housing Partnership](#) (última consulta 15/09/2019).

²⁶ [Urban Poverty Partnership](#) (última consulta 15/09/2019).

²⁷ [Digital Transition Action Plan](#). En concreto véase el apartado 4.11, p. 60, (última consulta 15/09/2019).

²⁸ No se trataría de adaptación climática si no, más bien, de adaptación al cambio climático, remarcando su origen antrópico

²⁹ La primera reunión fue el 3 y 4 de julio de 2017. [Véase](#) (última consulta 16/09/2019).

³⁰ El problema de la definición de ciudad ha sido una de las dificultades comunes a casi todas las mesas de trabajo, por lo cual se ha sentido la necesidad de elaborar una definición armonizada, a la que la Unión Europea está trabajando. Para más detalles: [enlace](#) (última consulta 16/09/2019).

límites urbanos relativamente a los diferentes tipos de riesgo³¹. Los objetivos del partenariado y de la Agenda Urbana en cuanto a la adaptación al cambio climático están directamente relacionados con la previsión de los efectos adversos del cambio climático y la adopción de la acción apropiada para impedir o reducir al mínimo el daño que puede causar en áreas urbanas. El enfoque principal es evaluar la vulnerabilidad, la resiliencia climática y la gestión de riesgos (incluida la dimensión social de las estrategias de adaptación climática). El método de trabajo de las reuniones ha sido el de crear tres talleres, en función de los tres grandes objetivos de la Agenda Urbana: gobernanza (vertiente política, planificación estratégica integrada y barreras institucionales en la implementación de la adaptación climática); conocimiento (experiencias y transferencia de conocimiento, herramientas y metodología sobre peligros y exposiciones, evaluación de riesgos, análisis de vulnerabilidad); y recursos económicos (financiación y análisis de coste beneficio y la monetización de la adaptación al clima). Un segundo obstáculo de gran calado para el partenariado ha sido identificar los problemas comunes a los que los entes locales enfrentan a la hora de abordar la adaptación al cambio climático. Por este motivo, y en óptica de ampliar la participación acerca de esta cuestión más allá de las partes de las mesas, se ha recurrido a un cuestionario abierto en la plataforma de la Agenda Urbana. Los resultados del cuestionario han puesto de manifiesto, en cuanto a la gobernanza, problemas relativos (entre otros³²) a la dimensión administrativa interna de los entes locales (entre éstos, la práctica de reservar las actuaciones en materia de adaptación únicamente al departamento o área de medioambiente de los ayuntamientos, prescindiendo de un enfoque intersectorial, así como la falta de capacidades y recursos de personal en los entes locales para redactar e implementar los planes de adaptación), y problemas de coordinación (la falta de consenso en los horizontes temporales y de instrumentos consensuados para elaborar planes, y por ende, la existencia de múltiples herramientas o modelos de planes de mitigación que dificultan el trabajo de los entes locales; falta de instrumentos y políticas de apoyo a nivel nacional y de cooperación entre los diferentes niveles de gobierno). Además de problemas relacionados con la financiación (por

³¹Los diferentes eventos vinculados con el cambio climático tienen una relación desigual en cada contexto y pueden ocasionar riesgos heterogéneos; por este motivo, se requiere el conocimiento de tales contextos para identificar y tomar acciones específicas. En algunas situaciones, por ejemplo, será útil enfocarse solamente en el área urbanizada o en el núcleo urbano, pero en otras, será importante considerar tanto las áreas urbanizadas, como la zonas fronterizas intermedias-rurales, o aquellas dedicadas a la agricultura o las zonas costeras.

³²Los [resultados del cuestionario son consultables en la web de la Agenda Urbana de la UE](#) (última consulta 16/09/2019).

un lado, los recursos y plazos insuficientes para financiar los proyectos y, por el otro, el hecho de que existen prioridades presupuestarias diferentes y a veces contradictorias en los entes locales) y problemas relativos a la falta de informaciones científicas (en concreto respeto al suministro, acceso y utilización de datos, metodologías, herramientas e información esenciales para la planificación y ejecución de la adaptación urbana). Partiendo de las consideraciones expuestas, el partenariado ha elaborado su propio plan de acción en el que se recogen los problemas y las medidas propuestas³³. A tal propósito, resulta muy interesante abrir un breve paréntesis acerca del método de trabajo utilizado, común a todos los partenariados. En primer lugar, los problemas identificados y seleccionados se clasifican bajo las tres dimensiones citadas: mejor regulación, mejor financiación y mejor información. Por cada problema, se traza una hoja de ruta con acciones concretas, para un mejor estudio y para la búsqueda de soluciones o mejoras. Por cada acción, se escoge un responsable entre las partes, se forma un reducido grupo de trabajo y se establece una *timeline*; además en cada reunión se discuten los avances y los logros de cada acción. De tal manera, el esquema de gobernanza multinivel colaborativa se materializa hasta la más mínima extensión de la Agenda Urbana, representadas en este caso por las acciones. Asimismo, la naturaleza transversal de la adaptación al cambio climático ha revelado la necesidad de una cooperación intensa y sistemática con muchos otros partenariados para llevar a cabo acciones compartidas y estimular la retroalimentación recíproca.

4. CONCLUSIONES

La Unión Europea es consciente de que la forma en la que evolucionen y crezcan las ciudades determinará el desarrollo económico, social y medioambiental de Europa. A tal propósito, la Agenda Urbana, con su enfoque integrado y multinivel, puede llegar a ser un nuevo marco institucionalizado y permanente para el diálogo hacia políticas consensuadas y para la cohesión y refuerzo mutuo entre los varios niveles de gobernanza. En el caso del cambio climático, la adaptación climática (mejor hubiera sido definirla adaptación al cambio climático), ocupa dentro de la Agenda Urbana un partenariado específico, la *Climate Adaptation Partnership*. Diferente trato ha sido reservado a la mitigación del cambio climático que, tratándose de un tema transversal, se encuentra desarticulado en distintos partenariados.

³³ [Climate Adaptation Partnership](#) (última consulta 15/09/2019).

Sin embargo, conviniendo en la transversalidad del asunto, creemos que hubiera sido mejor proporcionar a la mitigación un espacio autónomo, en primer lugar, para recalcar la importancia que ocupan las ciudades en este asunto y, en segundo lugar, porque dejar su apreciación a cada partenariado podría ser contraproducente por el mismo. En este sentido, podrían resultar acciones que confinen la mitigación en segundo plano o acciones descoordinadas, que no tengan un hilo conductor y no traten el asunto de manera uniforme y coherente. A pesar de estas consideraciones, interesante resulta ser el instrumento delineado por la Agenda Urbana como herramienta de diálogo híbrido y entre niveles. Aunque la participación en el mismo es voluntaria, los resultados de este diálogo tienen una relevancia sustancial, ya que están dirigidos a contribuir y mejorar las políticas de la Unión Europea. Además, este instrumento reforzaría los compromisos entre los niveles local, nacional y europeo, y brindaría a los entes locales un lugar específico para la formulación de políticas compartidas. Un esquema que, con los debidos ajustes, podría quizás importarse y ser replicado a nivel estatal, para mejorar la coordinación en el modelo de gobernanza del cambio climático de cada Estado miembro.

5. BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ MEDINA, M.; HUETE GARCÍA, M. A.; MERINERO RODRÍGUEZ, R.

La evolución de la agenda urbana de la UE: hacia un modelo de desarrollo urbano sostenible e integrado. *WPS-RI-SHUR*, vol. 1, n. 4, 2016, pp. 83-95.

- El cambio climático en el marco de las políticas de desarrollo urbano: de lo global a local. En: GALERA RODRIGO, S.; GÓMEZ ZAMORA, M. *Políticas locales de clima y energía: teoría y práctica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2018, pp. 311-317.
- La europeización urbana a través de la política de cohesión. *Revista Ciadob*, n. 104, 2013, pp. 133-154.

PÉREZ DE LAS HERAS, B. La agenda de legislar mejor como eje de gobernanza democrática en la Unión Europea: impacto y potencialidades para las entidades subestatales: *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 50, 2019.

- PURKARTHOFER, E. Investigating the partnership approach in the EU Urban Agenda from the perspective of soft planning. *European Planning Studies*, vol. 27, n. 1, 2019, pp. 86-105.
- SAN SALVADOR DEL VALLE DOISTUA, R.; MIRANDO LESCHKO, G. de; MATOVIC, M. Ciudades en la Unión Europea. Proceso de integración, política de cohesión y gobernanza futura. *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 58, 2018, pp. 99-129.
- SANTIAGO RODRÍGUEZ, E. de. El pacto de Ámsterdam y la Agenda Urbana de la Unión Europea. *Ciudad y territorio*, 2017, pp. 151-161.

XXXIV. La bioeconomía forestal como integradora de la cohesión territorial, prevención de incendios y lucha contra el cambio climático. Unos apuntes

Blanca Rodríguez- Chaves Mimbreno

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo (Titular acreditada)

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN:

En cumplimiento de la COP 21 la Unión Europea tiene la meta de una Europa descarbonizada a mediados de siglo. En este contexto y como estrategia para la lucha contra el cambio climático desde la mitigación y la adaptación en el ordenamiento jurídico está emergiendo el término <<Bioeconomía>> con el que se busca un nuevo modelo económico basado en un paradigma que conjugue con los umbrales seguros del planeta la cobertura de las necesidades de la Humanidad. La bioeconomía implica una revolución: la sustitución de los recursos fósiles y los recursos renovables y al mismo tiempo favorecer la mejora del Capital Natural. En este contexto los bosques adquieren un gran protagonismo tanto como sumideros de carbono como fuente de recursos renovables. La forma en que se definan los métodos y procedimientos de seguimiento de las acciones de mitigación, las estrategias selvícolas para la adaptación de los bosques y la forma de aplicar sistemas que permitan que la gestión, en sí misma, también se adapte a las nuevas condiciones será determinante para que los bosques y la silvicultura sean un factor clave en la lucha contra el Cambio Climático. En este trabajo se analiza la normativa europea y la normativa interna del estado español vigente y en elaboración que regula los bosques tanto como sumidero de carbono como elemento clave en la bioeconomía en cuanto la principal infraestructura verde.

SUMARIO

1. Introducción	718
2. La bioeconomía forestal ante la PAC post 2020	723
3. Conclusiones. La bioeconomía es posible y el sector forestal es clave	727
4. Bibliografía	731

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el sector forestal ha aumentado su importancia en la esfera política internacional al quedar incluidos como parte de la solución en la lucha contra el Cambio Climático tanto en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y como en el Acuerdo sobre el Clima de París 2015 (COP 21). Los compromisos adquiridos en la COP 21 se estructuran a través de los llamados “Intended Nationally Determined Contribution” (INDC), que son los compromisos nacionales determinados como contribución a la mitigación del cambio climático. La mayoría de los países firmantes del Acuerdo Climático de París incluye en sus Contribuciones Nacionales Previstas y Determinadas (INDC) el sector de uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura (UTCUTS), con un enfoque claro en los bosques. Pero los países usan diferentes maneras para calcular las reducciones de emisiones del sector terrestre en sus objetivos nacionales. El efecto esperado del sector de la tierra sobre los objetivos de mitigación de las INDC es muy complejo y los compromisos de las INDC aún no alcanzan los objetivos de París y, a pesar del papel de los bosques, habrá que reducir drásticamente las emisiones de combustibles fósiles para evitar los peores impactos del cambio climático.

El INDC de la UE es muy ambicioso, consecuentemente con la responsabilidad y liderazgo que la UE ejerce en la política medioambiental internacional, fruto de una decisión política de la UE y sus EEMM que se han comprometido con el planeta y la sostenibilidad. Este compromiso supone alcanzar en 2030 la reducción de al menos un 40% de las emisiones de todos los gases de efecto invernadero (GEI) con respecto a los niveles de 1990. Para ello es preciso involucrar activamente a todos los sectores emisores, incluido el sector UTCUTS y así lo ha decidido la UE, incluyendo en su INDC a la forestación, reforestación, deforestación y gestión forestal como categorías fuente dentro del sector UTCUTS (DEL PRADO, A. y SANZ, M.J.; 2016).

Éstas y otras iniciativas están impulsando una nueva gestión forestal para dar respuesta a estos complejos desafíos emergentes y urgentes. Ya se habla de “Climate Smart Forestry”, Gestión Forestal Adaptativa, y en un ámbito más amplio, de Descarbonización de la Economía-Bioeconomía, siendo considerado el sector forestal como un sector clave dentro del Desarrollo Sostenible.

La regulación climática está intrínsecamente ligada a los bosques, siendo éstos un eslabón vital en el ciclo del carbono. A través de la fotosíntesis, durante su crecimiento los árboles incorporan dióxido de carbono de la atmósfera en forma de materia viva, actuando así como sumideros de carbono. Esto confiere a los bosques, así como al sector del Uso de la Tierra, Cambios en el Uso de la Tierra y la Selvicultura (UTCUTS, y LULUCF, por sus siglas en inglés, Land Use, Land Use Change and Forestry) en el que se integran, un singular potencial para contribuir en la mitigación del cambio climático. Cuando además estos sistemas se gestionan con criterios de sostenibilidad, no sólo se garantiza el mantenimiento de numerosos servicios y funciones ecosistémicas igual de importantes como son la protección del suelo, la regulación del ciclo hidrológico o la conservación de biodiversidad; también se puede potenciar el secuestro de carbono, así como la permanencia del stock a largo plazo en los diversos almacenes forestales y en los productos y materiales resultantes. En efecto, se ha comprobado científicamente que las prácticas asociadas a la gestión forestal pueden contribuir de manera significativa a la fijación de carbono tanto en la vegetación como en el suelo.

Por todo ello, la Unión Europea parte de la consideración de que el sector UTCUTS puede ofrecer beneficios climáticos a largo plazo y contribuir así a que la Unión cumpla su objetivo de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y los objetivos climáticos a largo plazo del Acuerdo de París. El sector UTCUTS también proporciona materiales de origen biológico que pueden sustituir a los materiales fósiles o con altas emisiones de carbono y, por lo tanto, desempeña un papel importante en la transición hacia una economía con bajas emisiones de gases de efecto invernadero. Como las absorciones a través del UTCUTS son reversibles, deben tratarse como un pilar independiente en el marco de actuación en materia de clima de la Unión. El sector UTCUTS, que incluye las tierras agrícolas, tiene un impacto directo y significativo en la biodiversidad y los servicios ecosistémicos. Por este motivo, un objetivo importante de las políticas que afectan a este sector es garantizar la

coherencia con los objetivos de la Estrategia de la Unión sobre la Biodiversidad. Deben adoptarse medidas para poner en práctica y apoyar las actividades del sector relativas tanto a la mitigación como a la adaptación. Es preciso garantizar también la coherencia entre la política agrícola común y el presente Reglamento. Todos los sectores deben contribuir de forma equitativa a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

Además, ha de señalarse que de estudios recientes se desprende que en la gestión forestal lo más importante es la elección de la masa forestal principal: masa regular versus masa irregular. Se ha comprobado por los científicos que el efecto sumidero es mayor cuando la masa forestal es irregular o mixta pues es suelo siempre está cubierto por una cobertura vegetal. La composición de la masa forestal es fundamental. Dicho con otras palabras: cuando aumenta la riqueza de especies aumenta la función como sumidero de carbono. En efecto, aparte del aumento de la superficie forestal mediante plantación y cambios de uso del suelo, es posible aumentar la capacidad de acumulación de biomasa de los sistemas forestales ya establecidos mediante la aplicación de distintas propuestas de gestión. Pero a pesar de esta evidencia científica de que la gestión forestal mantiene o incrementa el stock de carbono, hoy por hoy “trabaja gratis” pues queda fuera del cómputo como sumidero de carbono (DE LA CRUZ, S., CALAMA, R., MONTERO, G., RUBIO, A.:2016; HERNÁNDEZ-ESTEBAN, A., LÓPEZ-DÍAZ, M.L., CÁCERES y, JUÁREZ E. y MORENO, G1.:2017; HERRERO, C. y RODRÍGUEZ-DE-PRADO, D.; 2017; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.F.: 2016; y MARTÍNEZ, R., JORDÁN, E., VELAMAZÁN, M.; MARTÍNEZ-FERNÁNDEZ, F.:2017 y PRADA, M., CANGA, E., HEVIA, A. y MARTÍNEZ-ALONSO, C.).

El hecho de que la gestión forestal pueda computar como sumidero de carbono, para España, sería especialmente relevante, tanto por la potencial compensación de gases de efecto invernadero que esto puede suponer, dada su enorme superficie forestal, como por el impulso que daría a la ordenación de los bosques, que aún hoy en día es una asignatura pendiente de los bosques españoles, por el porcentaje tan escaso de bosques con instrumento de gestión forestal, y tan perjudicial en tantos aspectos como que nuestros bosques no contribuyen, con su enorme potencial de riqueza, al desarrollo rural, o no se combate el riesgo de incendio forestal (GÓMEZ-ZAMALLOA, M.G; 2015).

Pero todos estos obstáculos no pueden hacernos perder de vista que, en lo que se refiere a los bosques, la COP 21 insta a los estados firmantes a que adopten medidas para conservar y mejorar los sumideros de carbono forestales y para impulsar políticas que propicien una gestión forestal sostenible.

En la regulación establecida en el nuevo reglamento UTCUTS (Reglamento (UE) 2018/841 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030, y por el que se modifican el Reglamento (UE) núm. 525/2013 y la Decisión núm. 529/2013/UE¹) hay elementos favorables para el sector forestal, como la consideración de la biomasa forestal como neutral en emisiones de carbono, la incentivación de la reforestación al permitirse que ésta descuenta las emisiones de otros sectores, y la

1 Este Reglamento se ha aprobado al tiempo de uno más general: el Reglamento (UE) 2018/842 sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero para los estados miembro entre 2021 y 2030, en contribución a la acción por el clima y por el que se modifica el Reglamento (UE) 525/2013. Ambas disposiciones, establecen compromisos y obligaciones para los estados dirigidos al cumplimiento de los más recientes objetivos de reducción de gases efecto invernadero asumidos en París (COP 21). En concreto, el primer Reglamento, el 2018/842, establece las normas actualizadas relativas a la determinación de las asignaciones anuales de emisiones y a la evaluación de los avances de los estados miembro hacia el cumplimiento de sus contribuciones mínimas, así como plantea medidas para alcanzar una reducción general de emisiones del 30% por debajo de los niveles de 2005 en los sectores de la energía, procesos industriales y uso de productos, agricultura y residuos. Queda expresamente excluido de su ámbito de aplicación la materia regulada por el segundo Reglamento, el 2018/841, que establece los compromisos para el sector del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura para los períodos comprendidos entre 2021 y 2025 y entre 2026 y 2030, sobre los que cada Estado miembro garantizará que las emisiones no excedan las absorciones, calculadas como la suma del total de las emisiones y del total de las absorciones de su territorio en todas las categorías contables de tierras incluidas, previstas en el artículo 2, teniendo en cuenta para todo ello, ciertos mecanismos de flexibilidad y de contabilización determinados.

Pese a este aparente cisma en la regulación de los nuevos niveles de reducción de gases, la interrelación entre ambos Reglamentos es incuestionable; y es que los niveles asignados por el primero, al tener en cuenta una cantidad máxima igual a la suma del total de las absorciones netas y del total de las emisiones netas de las tierras forestadas, deforestadas, los cultivos gestionados, los pastos gestionados y, en determinadas condiciones, las tierras forestadas gestionadas, se verán afectados en todo caso por lo dispuesto en el segundo. Por este motivo, se prevé en el artículo 7 del Reglamento 2018/842 un mecanismo de flexibilidad por un uso adicional de un máximo de 280 millones de absorciones netas del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura.

contabilización del carbono almacenado en los productos forestales (tableros, madera de sierra...). La UE es consciente de que el uso sostenible de productos de madera aprovechada puede limitar de forma sustancial las emisiones, por el efecto de sustitución, y favorecer las absorciones de la atmósfera. Pero aún no se han introducido incentivos relevantes para una gestión forestal activa que proporcione, además de una función de almacenaje de carbono en pie, una importante fuente de materiales y combustibles que sustituya a otros de elevadas emisiones, y que al contrario, las políticas se orienten a impulsar el almacenaje de carbono reduciéndose las cortas. En opinión de los técnicos en la materia, para mantener y aumentar el potencial de los bosques europeos y dar cumplimiento al Acuerdo de París, la política de la UE debe promover la Gestión Forestal Sostenible (GFS) y reconocer los beneficios climáticos a largo plazo del uso de productos derivados de la madera, impulsando una Europa libre de combustibles fósiles. En ese sentido ellos señalan que la política de clima de la UE debe ir unida al desarrollo de la bioeconomía² (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ D.: 2017 y RODRÍGUEZ-NORIEGA, P., FERNÁNDEZ LANDA, A.: 2017).

² No obstante en su redacción definitiva el Reglamento UTCUTS deja constancia de ello en los considerandos 7 y 8, que literalmente establecen:

“ (7) Las prácticas de gestión sostenible en el sector UTCUTS pueden contribuir a la mitigación del cambio climático de diversas maneras, por ejemplo reduciendo las emisiones, o manteniendo y mejorando los sumideros y las reservas de carbono. Para que las medidas encaminadas en particular a incrementar la captura de carbono sean eficaces, es esencial la estabilidad y la adaptabilidad a largo plazo de los almacenes de carbono. Además, las prácticas de gestión sostenible pueden mantener la productividad, la capacidad de regeneración y la vitalidad del sector UTCUTS y, en consecuencia, promover el desarrollo económico y social, a la vez que reducen la huella ecológica y de carbono de dicho sector.

(8) El desarrollo de tecnologías y prácticas innovadoras y sostenibles, entre ellas la agroecología y la agrosilvicultura, puede aumentar el papel del sector UTCUTS en la mitigación del cambio climático y la adaptación al mismo, así como reforzar la productividad y la resiliencia del citado sector. Dado que el sector UTCUTS se caracteriza por una rentabilidad a largo plazo, es importante disponer de estrategias a largo plazo para reforzar la financiación de la investigación destinada al desarrollo del sector, así como a la inversión en prácticas y tecnologías sostenibles e innovadoras. La inversión en medidas preventivas, como las prácticas de gestión sostenible, puede reducir los riesgos asociados a las perturbaciones naturales”.

2. LA BIOECONOMÍA FORESTAL ANTE LA PAC POST 2020

La Comisión Europea ha defendido constantemente el mensaje de que la agricultura y la silvicultura son sectores claves en la transición hacia una economía baja en carbono y respetuosa con el clima. Son los principales sectores que mantiene nuestras áreas rurales vibrantes y sostenibles. Este mensaje ha sido reforzado por los recientes desarrollos internacionales, en particular el acuerdo climático de París y los ODS. Este enfoque es el que legitima el mantenimiento de una Política Agraria Común que concita la mayor parte del presupuesto de la Unión Europea. Así en la vigente PAC 2014-2020, el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), a través del cual se financia la política de desarrollo rural, contribuye a la Estrategia Europa 2020 (en busca de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador) desde dos perspectivas: Por un lado, fomentando un desarrollo rural sostenible en toda la Unión Europea, como complemento de los demás instrumentos de la PAC, la política de cohesión y la política pesquera común; Y, por otro lado, contribuyendo para que el sector agrícola y selvícola de la UE sea más equilibrado desde el punto de vista territorial y medioambiental, más respetuoso con el clima, y más innovador. Hoy por hoy, la mayor fuente de financiación de las medidas ambientales en el ámbito de la agricultura y silvicultura, incluyendo la Red Natura 2000, se encuentran vehiculadas a través de la PAC, y sobre todo, en lo que concierne a Canarias, en el Pilar II de la PAC, que vendrá marcada por el Reglamento Europeo que incluirá las medidas medioambientales que se financiarán por el Pilar II de la PAC y que luego se incluirán en el PDR.

En lo que concierne el sector forestal en la actualidad se encuentra en plena revisión la Estrategia Forestal de la UE con el fin de fortalecer la coherencia y la coordinación en el sector forestal, con énfasis en una mayor participación de los principales interesados. También apoya el desarrollo de la bioeconomía de la UE, que se espera que contribuya en gran medida a la descarbonización de nuestra sociedad y proporcione una unión energética más resistente.

El concepto de Gestión Forestal Sostenible se basa en tres pilares: económico, social y ambiental. Estos pilares se tratan a menudo como elementos separados. Sin embargo, para que una política sea verdaderamente sostenible, los tres componentes deben trabajar en sinergia. Una actividad económicamente rentable eventualmente fallará si los recursos en los que se basa se degradan. Y muchas estrategias de protección ambiental no tendrán éxito a largo plazo, a menos que promuevan el uso rentable y sostenible de los recursos.

Los principios de la Estrategia Forestal permiten una alineación completa con la agenda de sostenibilidad, al apoyar las áreas rurales; apoyando un sector forestal competitivo; y al apoyar el desarrollo de una bioeconomía circular baja en carbono, todo al mismo tiempo que aborda nuestros objetivos principales de política sobre el cambio climático, la biodiversidad y los servicios de los ecosistemas.

Al mismo tiempo, debemos tener en cuenta el hecho de que los ecosistemas forestales están expuestos a una serie de amenazas agravadas por el cambio climático. Para equilibrar las oportunidades con los desafíos, existe una necesidad apremiante de garantizar la gestión sostenible y el desarrollo a largo plazo de los bosques.

Los avances que se conseguirán con la revisión en curso de la Estrategia Forestal de la UE quedarán incorporados en las medidas que se incluyan en la PAC post 2020.

A través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural, aproximadamente 8.200 millones de euros se dedican a medidas forestales en el período de programación 2014-2020. Las medidas forestales de la PAC son la principal fuente de financiación para los bosques de la UE y el sector forestal, asegurando su alineación con los principios de la Estrategia Forestal de la UE y el objetivo de promover la gestión forestal sostenible.

La propuesta de la Comisión para la nueva PAC, que se extiende desde 2021 hasta 2027, apunta a hacer una contribución mucho más fuerte a la agenda de desarrollo sostenible. Con ello, la UE muestra una mayor ambición y se centra más en los resultados en relación con la eficiencia de los recursos, el cuidado del medio ambiente y la acción climática. Se espera que los bosques y la silvicultura desempeñen un papel importante en el logro de estos objetivos. El papel social y económico de los bosques de la UE y la bioeconomía ahora se han incluido explícitamente en los objetivos de la nueva PAC: específicamente: 'promover el empleo, el crecimiento, la inclusión social y el desarrollo local en las zonas rurales, incluida la bioeconomía y la sostenibilidad. silvicultura'. Según la propuesta de la Comisión Europea los estados miembros tendrán más libertad para adaptar las intervenciones de la PAC a las necesidades locales de los bosques, el sector forestal y las zonas rurales donde se encuentran. La UE apuesta por el enorme potencial que este sector tiene para los agricultores y los propietarios forestales. Según las estimaciones de la industria, se proyecta que las industrias de base biológica generarán un millón de nuevos empleos para el año 2030, muchos de ellos en áreas rurales donde se necesitan con urgencia.

Una bioeconomía sostenible también es clave para la reducción de emisiones en el sector energético europeo. Actualmente se espera que la bioenergía, la mayor fuente de energía renovable de la UE, siga siendo un componente clave de la combinación energética en 2030. La bioeconomía hará importantes contribuciones para cumplir los objetivos de energía renovable de la UE del 27% en 2020 y del 32% en 2030.

Al igual que en la agricultura, el desafío es producir más con menos. Esto será bueno por razones económicas y ambientales. El papel de la madera y otros materiales forestales es de importancia crítica. Se utilizarán como fuente principal de productos de alto valor agregado en la misión de reemplazar gradualmente los materiales dependientes de los combustibles fósiles. Se producirá una demanda continua de materiales en un sector de la construcción en auge. El reto es lograr reemplazar los materiales de construcción convencionales a un ritmo mayor con madera tradicional pero también con madera de ingeniería, esta sería una situación beneficiosa para todos: buena para el clima y Bueno para los negocios en el sector forestal.

Por ello, la Comisión Europea para el próximo presupuesto de la UE, que abarca los años 2021-2027, propone 100.000 millones de euros para *Horizon Europa*, el programa de investigación e innovación más ambicioso de todos los tiempos. Y de esos 100.000 millones de euros, 10 mil millones de euros se dedicarán a los sectores primarios, incluida la bioeconomía. Esto conducirá a muchas nuevas oportunidades de financiamiento para proyectos de bioeconomía.

Para aprovechar al máximo estas interesantes posibilidades, la Comisión en octubre de 2018 ha presentado la actualización de la Estrategia de Bioeconomía de la UE de 2012. Esta Estrategia revisada incorpora un plan de acción más adaptado al entorno evolutivo de la bioeconomía y que refleja mejor las necesidades de todos los interesados, incluido un enfoque específico en los recursos forestales y la gestión forestal sostenible. La UE apuesta decididamente por la Bioeconomía por el alto potencial que tiene para mejorar las condiciones de vida de los productores primarios, nuestros agricultores y silvicultores, al crear salidas adicionales para productos de mayor valor agregado, al tiempo que estimula la innovación en el sector primario. Aunque para lograr este potencial la UE parte de que los productores primarios deben desempeñar un papel más activo en la creación de valor de las cadenas de suministro de bioeconomía que el simple suministro de materia prima.

Es una realidad que la actividad forestal tiene un papel cada vez más relevante para el cumplimiento de las políticas europeas de mitigación y adaptación ante el Cambio Climático. Un ejemplo claro lo constituye el tratamiento del monte como sumidero de carbono, que se acaba de tratar en este trabajo. Pero las posibilidades que nos brindan los bosques no se acaban ahí. Como gran infraestructura verde que es el monte ha adquirido un papel protagonista en lo que se llama Bioeconomía. El monte es un generador neto de recursos, cuya gestión nos proporciona múltiples bienes y servicios esenciales para el bienestar humano y para el desarrollo socioeconómico de las zonas rurales.

La bioeconomía no es otra cosa que buscar un nuevo modelo económico basado en un paradigma que conjugue con los umbrales seguros del planeta la cobertura de las necesidades de la humanidad. La producción sustentable de recursos renovables para su conversión en alimentos, fibras vegetales y bioenergía. La bioeconomía implica una revolución: la sustitución de los recursos fósiles y los recursos no renovables. Y al mismo tiempo, favorecer la mejora del Capital Natural.

Este término emergente “Bioeconomía” más que nacer se ha rescatado del olvido porque ésta siempre ha existido. Este término fue acuñado en los años 60 del pasado siglo por el economista NICHOLAS GEORGESCU-ROEGEN, como una abreviatura de *biological economics*, con la idea de dotar al pensamiento económico de una nueva disciplina capaz de combinar elementos de la economía convencional con la biología y la termodinámica. Esta disciplina reconoce las limitaciones físicas y biológicas a la actividad económica y la importancia de racionalizar el consumo y la producción a través del ahorro energético y material. Como se acaba de señalar este término ha sido recuperado recientemente para definir un modelo de desarrollo basado en la producción sustentable de recursos renovables terrestres, pesqueros y acuáticos para su uso como alimentos, forrajes, fibras vegetales, bioenergía y servicios³.

³ A estos términos se ajusta la definición de bioeconomía contenida en la Estrategia Española de Bioeconomía: Horizonte 2030: “conjunto de las actividades económicas que obtienen productos y servicios, generando valor económico, utilizando, como elementos fundamentales los recursos de origen biológico, de manera eficiente y sostenible. Su objetivo es la producción y comercialización de alimentos, así como productos forestales, bioproductos y bioenergía, obtenidos mediante transformaciones físicas, químicas, bioquímicas o biológicas de la materia orgánica no destinada al consumo humano o animal y que impliquen procesos respetuosos con el medio, así como el desarrollo de los entornos rurales”.

3. CONCLUSIONES. LA BIOECONOMÍA ES POSIBLE Y EL SECTOR FORESTAL ES CLAVE

El componente forestal de la bioeconomía es muy importante porque el sector forestal supone la principal infraestructura biológica de la Unión Europea, que ocupa más de la mitad de la superficie española, además de ser un recurso renovable clave, solidario y resiliente que nos brinda la oportunidad de repensarnos el concepto de economía y cambiar de una vez por todas el paradigma de la economía lineal por el de economía circular.

Su aplicación práctica se podría poner en marcha a medio plazo, entre otros, en los siguientes sectores: (1) la producción bioenergética (biomasa y biocombustibles); (2) fibras para la industria textil en sustitución del algodón u otros cultivos industriales que compiten con la producción de alimentos; (3) otros productos, como resinas para usos industriales, farmacéuticos o químicos, en sustitución de materias primas no renovables, y (4) nuevos materiales de construcción, principalmente la madera, en sustitución del hormigón o acero. La madera está en proceso tecnológico de primer orden, y eso es gracias a la constante innovación. No se concibe un futuro de madera en el siglo XXI solamente con la recuperación de los usos tradicionales de la madera, sino con un avance también en su innovación y desarrollo para que pueda incorporarse cada día con más fuerza en una construcción más sostenible y al mundo del diseño industrial. Ha de tenerse en cuenta que la madera además de material de construcción es materia sumidero de CO₂.

Todo esto va a suponer muy previsiblemente un aumento muy considerable de la demanda de madera. En los ámbitos forestales boreales los bosques proporcionan gran cantidad de madera por persona, pero el bosque mediterráneo proporciona menos madera y en cambio sí proporciona una gran variedad de productos forestales no maderables y con muchas propiedades que requieren mucha innovación más tecnología para ponerlas en valor, como es el caso de la resina que se está convirtiendo en una materia prima estratégica. La resina es un producto natural de gran potencial a nivel nacional y cuya demanda es creciente a nivel mundial debido a sus múltiples campos de aplicación. Los estudios sobre el aprovechamiento resinero en zonas apenas explotadas como Galicia y otras de larga tradición de extracción como Segovia ponen de manifiesto la necesidad de iniciar líneas de investigación que posibiliten la innovación del sector con métodos de extracción en contenedor cerrado en el que el binomio producción/calidad sea rentable.

En el *One Planet Summit*, celebrado el 11 de diciembre de 2017 en París, convocado por el presidente de la República de Francia, Emmanuel Macron, el presidente del Grupo del Banco Mundial, Jim Yong Kim, y el secretario general de las Naciones Unidas, António Guterres, con el fin de abordar la emergencia ecológica, se ha reafirmado que la biomasa será esencial para lograr el objetivo futuro fijado por Bruselas para 2020: que el 20% de la producción de energía dentro de la UE se cubra con energías renovables.

Ejemplos de una apuesta por comenzar este camino, además de los señalados en el ámbito internacional, europeo y estatal, se encuentran también en el ámbito autonómico. Así ha de mencionarse el Acuerdo 2/2018, de 18 de enero, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba la Estrategia de Eficiencia Energética de Castilla y León 2020. En la Comunidad Autónoma de Galicia se ha aprobado el Decreto 81/2017, de 3 de agosto, por el que se crea la Agencia Gallega de la Industria Forestal y se aprueban sus estatutos y la Orden de la Consellería del Medio Rural Xunta de Galicia, de 2 de agosto de 2017, por la que se regula la organización, funcionamiento y composición de la Mesa de la Madera (de igual modo por Orden de la Consellería del Medio Rural Xunta de Galicia, de 2 de agosto de 2017, se crea la Mesa de la Castaña y se regula su organización, funcionamiento y composición). En este extremo ha de resaltarse la Estrategia Andaluza de Bioeconomía Circular, aprobada por acuerdo del Consejo de Gobierno el 18 de septiembre de 2018. Del mismo modo, ha de destacarse que la Junta de Extremadura, en el marco de la Estrategia de Economía Verde y Circular para Extremadura- Extremadura 2030- (22 de marzo de 2017), el 21 de agosto de 2017, firmó un Protocolo para el Aprovechamiento Sostenible de los Espacios Forestales. Que incluye, entre otros objetivos: Potenciación del sector forestal extremeño, como medida estratégica de desarrollo regional para el medio rural, en la gestión inteligente del paisaje forestal, frente a la amenaza de los Grandes Incendios Forestales (GIF); Valorización de todos los productos y subproductos forestales que se obtengan de la realización de los trabajos de prevención de incendios y la gestión y aprovechamiento sostenible de los Bosques Resistentes a Incendios Forestales, y su potencial empleo en la generación térmica y eléctrica a partir de biomasa; y la Planificación de la ordenación y aprovechamiento sostenible de los espacios forestales (SALBANYÀ BENET, J.: 2018).

Podría afirmarse que nos encontramos en el umbral del desarrollo de una política económica distinta, pero desde este momento tendría que tenerse mucho cuidado en que la bioeconomía y la bioenergía no suponga una presión insoportable sobre los montes europeos o internacionales que mermen los servicios ambientales de los montes tan vitales para la mitigación y adaptación ante el Cambio Climático.

Una bioeconomía circular supone que los procesos se producen en cascada, pero que sea circular no significa necesariamente que sea sostenible, hay que hacerla sostenible. Que será cuando la bioeconomía sea compatible con los Servicios ambientales. Por ello, es muy importante a la hora de gestionar una explotación forestal establecer los umbrales de los servicios ambientales de esa explotación que no pueden sobrepasarse o menoscabarse. Imponer a las empresas productoras la obligación de mantener umbrales de aprovechamiento para no comprometer los servicios ambientales. Estos umbrales hay que elaborarlos, en algunos países se están ya elaborando como en Noruega. El sector debe fortalecer los servicios de los ecosistemas como base de la bioeconomía en una situación de cambio ambiental y social que genera incertidumbre en la toma de decisiones. Para ello, los servicios ecosistémicos de los sistemas forestales deben integrarse en los modelos selvícolas y en las decisiones técnicas de gestión. Para ello es necesario seguir avanzando en el estudio y cuantificación de la influencia de la gestión en cada uno de estos servicios. Desde un punto de vista general, dado que los servicios ambientales suponen en sí mismos la protección de los ecosistemas, de cuya salud depende la del planeta, podría afirmarse que representan el mayor valor de los bosques. No obstante, se puede afirmar que asegurar la rentabilidad económica de los bosques a través del aprovechamiento sostenible de sus bienes directos es una forma de asegurar los servicios ambientales que proporcionan, pero siempre teniendo en cuenta la determinación de umbrales de aprovechamiento que no comprometan los servicios ambientales de los montes.

En verdad se trata de un tema con muchas aristas. Ante las demandas de madera Europa no va a poder satisfacer con madera europea, que es proveniente de montes gestionados de forma sostenible, por lo que habrá que incrementar la compra de madera a países del sur, por ello, cada vez cobra más importancia los Reglamentos europeos para asegurar que la madera importada proviene de montes sostenibles, pero dentro de esa sostenibilidad debería de incluirse los umbrales de aprovechamiento para no comprometer los servicios ambientales de los montes, cosa que aún no se ha previsto en estos Reglamentos europeos.

A estos efectos sólo de forma esquemática realizamos un repaso por el Plan de Acción FLEGT, diseñado en la Unión Europea en 2003, como respuesta al problema internacional de la tala ilegal. Este Plan de Acción FLEGT precisa en su aplicación de una conveniente articulación administrativa, tanto a nivel europeo como nacional. A nivel europeo se

encuentran vigentes dos Reglamentos. Por un lado, el Reglamento FLEGT, que determina que todas las exportaciones a la Unión Europea de madera o productos derivados procedentes de países socios deberán contar obligatoriamente con una licencia FLEGT. Los países socios son aquellos países exportadores de madera con los que la Unión Europea ha firmado un acuerdo de asociación voluntaria (VPA, en sus siglas en inglés y AVA en castellano). Por otro lado, Reglamento de la madera EUTR (por sus siglas en inglés), de aplicación directa a partir del 3 de marzo de 2013, desarrolla una serie de disposiciones que pretenden asegurar que toda la madera comercializada en Europa tenga un origen legal. Con carácter general, este Reglamento prohíbe la comercialización en el mercado interior de la Unión Europea de madera aprovechada ilegalmente o de productos derivados de esa madera. Todos los agentes que comercializan madera o productos derivados de la madera en el mercado interior –ya sean agentes nacionales o agentes importadores– están obligados a desarrollar un sistema de diligencia debida que permita acreditar el origen legal de la madera comercializada. Esta diligencia debida podrá ser ejercida de manera individual, por el propio agente, o a través de las denominadas Entidades de supervisión. Los comerciantes, por su parte, tendrán la obligación de asegurar durante un plazo de cinco años la trazabilidad de su cadena de suministro, es decir, deberán poder reconocer a los agentes o comerciantes que les hayan suministrado madera y, cuando proceda, a los comerciantes a los que hayan suministrado madera.

En el ámbito interno español se han aprobado normas de desarrollo de la normativa europea que han introducido un régimen de declaración responsable, exigida a aquellos «agentes» que comercialicen productos de madera en el mercado nacional, independientemente del origen de los mismos. Se trata de un requisito adicional al régimen establecido en la normativa europea, introducido por la Disposición Adicional Décima de la Ley 21/2015, de 20 de julio, que modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Esta declaración responsable persigue, de un lado, conocer las características y la naturaleza de los agentes que comercializan productos de madera en España y están sujetos a las obligaciones impuestas por el Reglamento (UE) núm. 995/2010 y, de otro, facilitar a estos agentes el cumplimiento de la citada norma. El contenido de estas declaraciones responsables será fundamental para aplicar el Plan Nacional de Controles que contempla el Real Decreto 1088/2015, de 4 de diciembre, para asegurar la legalidad de la comercialización de la madera y productos de la madera, de acuerdo con un análisis de riesgos que tenga en cuenta el grado de confianza del

agente a efectos de su comercio legal de productos de madera. Con este objetivo, el Real Decreto 1088/2015 incluye, en sus anexos, el contenido básico de estas declaraciones responsables, que deberán ser presentadas ante el órgano competente designado por la Comunidad Autónoma.

Pero lo cierto es que, hasta la fecha, los Reglamentos madera exigen que la madera importada provenga de montes gestionados de forma sostenible pero en lo que se considera gestión sostenible no se incluye umbrales de aprovechamiento para que no se comprometa los servicios ambientales de los montes que son también tan importantes para la adaptación y lucha contra el cambio climático. Se puede dar la paradoja de que luchemos contra el cambio climático sustituyendo los combustibles fósiles o los recursos no renovables por combustible renovable, pero con ello menguar los beneficios de los servicios ambientales tan importantes también para la adaptación y mitigación ante el Cambio Climático.

No debe nunca perderse de vista que los bosques tienen un doble papel ante el Cambio Climático. Por un lado, son instrumentos de mitigación, y por otro lado, está su dimensión de adaptación, tanto de los bosques en sí mismos como de la gestión que se aplica en ellos. La forma en que se definan los métodos y procedimientos de seguimiento de las acciones de mitigación, las estrategias selvícolas para la adaptación de los bosques y la forma de aplicar sistemas que permitan que la gestión, en sí misma, también se adapte a las nuevas condiciones será determinante para que los bosques y la silvicultura sean un factor clave en la lucha contra el Cambio Climático (ROJO SERRANO, L. y TORNOS CASTILLO, L.:2017).

4. BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ, S. de la; CALAMA, R.; MONTERO, G.; RUBIO, A. *Posibilidad de aumentar la capacidad de absorción de CO₂ de los sistemas forestales mediante la gestión forestal*. Comunicación presentada en CONAMA, Madrid, 28 de noviembre a 1 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://www.conama2016.org> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- DEL PRADO, A. y SANZ, M.J. Implicaciones del Acuerdo de París en los sectores relacionados con los usos de la tierra, cambios de uso de la tierra y la silvicultura. *Revista Ambienta*, n. 114, marzo 2016, pp. 84-95. Disponible en:

<http://www.revistaambienta.es/WebAmbienta/marm/Dinamicas/secciones/articulos/UTCUT.htm>. (Fecha de último acceso 30-04-2020).

GÓMEZ-ZAMALLOA, M.G. Políticas forestales y desarrollo rural: visión desde la UE.

Cuadernos de la Sociedad Española de Ciencias Forestales, n. 39, 2015, pp. 29-34.

HERNÁNDEZ-ESTEBAN, A.; LÓPEZ-DÍAZ, M.L.; CÁCERES, Y.; JUÁREZ E.;

MORENO, G. *Selección de leguminosas pratenses para la mitigación y adaptación al cambio climático en la dehesa*. Comunicación presentada en el 7º Congreso Forestal Español (CFE), Plasencia, 23 a 30 de junio 2017. Disponible en:

<http://7cfe.congresoforestal.es/> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

HERRERO, C.; RODRÍGUEZ-DE-PRADO, D. *QuantC, una herramienta informática para la*

cuantificación de carbono en los bosques. Comunicación presentada en el 7º Congreso

Forestal Español (CFE), Plasencia, 23 a 30 de junio 2017. Disponible en:

<http://7cfe.congresoforestal.es/> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.F. *Proyecto LIFE FOREST CO₂ . Impulsando la gestión forestal*

como pieza clave en la mitigación del cambio climático. Comunicación presentada en

CONAMA, Madrid, 28 de noviembre a 1 de diciembre de 2016. Disponible en:

<http://www.conama2016.org> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

MARTÍNEZ, R.; JORDÁN, E.; VELAMAZÁN, M.; MARTÍNEZ-FERNÁNDEZ, F.

Proyecto LIFE FOREST CO₂ ; una propuesta desde la Gestión Forestal Sostenible para una

economía baja en carbono. Comunicación presentada en el 7º Congreso Forestal Español

(CFE), Plasencia, 23 a 30 de junio 2017. Disponible en:

<http://www.conama2016.org> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

PRADA, M.; CANGA, E.; HEVIA, A.; MARTÍNEZ-ALONSO, C. *Secuestro de carbono para*

diferentes alternativas de manejo selvícola de Pinus pinaster Ait en el norte de España.

Comunicación presentada en el 7º Congreso Forestal Español (CFE), Plasencia, 23

a 30 de junio 2017. Disponible en: <http://7cfe.congresoforestal.es/> (Fecha de

último acceso 30-04-2020).

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ D. *El sector forestal y los mercados de carbono*. Comunicación

presentada en el 7º Congreso Forestal Español (CFE), Plasencia, 23 a 30 de junio

2017. Disponible en: <http://7cfe.congresoforestal.es/> (Fecha de último acceso 30-

04-2020).

RODRÍGUEZ-NORIEGA, P.; FERNÁNDEZ LANDA, A. *Proyectos de carbono de gestión*

forestal orientada al pago por servicios ambientales dentro del LIFE FOREST CO₂.

Comunicación presentada en el 7º Congreso Forestal Español (CFE), Plasencia, 23

a 30 de junio 2017. Disponible en: <http://7cfe.congresoforestal.es/> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

ROJO SERRANO, L.; TORNOS CASTILLO, L. *La Política Forestal Internacional en el horizonte 2030: Principales líneas de trabajo, retos y oportunidades*. Comunicación presentada en el 7º Congreso Forestal Español (CFE), Plasencia, 23 a 30 de junio 2017. Disponible en: <http://7cfe.congresoforestal.es/> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

SALBANYÀ BENET, J. El deure dels propietaris privats forestals de conservar els boscos per evitar el risc d'incendis. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 9, n. 1, 2018, pp. 1-38. Disponible en: <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/1956> (Fecha de último acceso 30-04-2020).

XXXV. Participación ciudadana y evaluación de impacto ambiental en España y Portugal

Aritz Romeo Ruiz

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Universidad Pública de Navarra

aritz.romeo@unavarra.es

RESUMEN:

La Directiva de 2014/52/UE, de Evaluación de Impacto Ambiental, ha establecido un modelo de participación ciudadana que tiene como objetivo lograr una participación real y efectiva de los particulares en la toma de decisiones en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, en desarrollo de Convenio de Aarhus. Para ello, la Directiva da a los Estados un amplio margen de desarrollo para que regulen los procedimientos, medios y canales de investigación más apropiados para lograr que la participación ciudadana sea efectiva. España y Portugal han regulado modelos similares de participación, que, si bien cumplen en puridad con la Directiva, quedan lejos de desplegar todas las posibilidades que la misma ofrece, fundamentalmente teniendo en cuenta los medios tecnológicos que hoy en día existen.

SUMARIO

1. Introducción	735
2. El modelo de participación ciudadana en la Directiva 2014/52/UE	736
3. La participación ciudadana en el procedimiento de impacto ambiental en Portugal.....	738
4. La regulación de la participación ciudadana en España en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.....	741
5. Reflexión final	743
6. Bibliografía.....	745

1. INTRODUCCIÓN

La Evaluación de Impacto Ambiental es una de las principales instituciones de prevención en el Derecho del Ambiente¹, que se ha ido desarrollando a partir de dos normas pioneras de referencia como son la *National Environmental Act* (NEPA), estadounidense, y la Ley francesa n° 76-629, de Protección de la Naturaleza².

Su configuración en el Derecho Internacional se ha producido a través de diversos pactos y acuerdos internacionales, como la Carta Mundial de la Naturaleza, de 1982, en Convenio de Espoo de 25 de febrero de 1991, la Declaración de Río de Janeiro de 1992, el Protocolo de Kiev o el Convenio Europeo de Paisaje, de 20 de octubre de 2010.

En materia de participación ciudadana, el Convenio de Aarhus, de 25 de junio 1998³, supuso un punto de inflexión e introdujo los principios de la participación ciudadana en los procesos

1 La Evaluación Ambiental es un tema ampliamente tratado por la doctrina española. Entre las muchas obras existentes al respecto, cabe destacar las siguientes: ROSA MORENO, J., Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental, editorial Trivium, Madrid, 1993; GARCÍA URETA, A., Marco Jurídico del procedimiento de evaluación ambiental: el contexto comunitario y estatal, editorial IVAP, Oñati (Gipuzkoa), 1994;

QUINTANA LÓPEZ (dir.) Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental, editorial Civitas, Madrid, 2002; NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dir.), Evaluación de Impacto Ambiental. Evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial, editorial Atelier, Barcelona, 2009; RÁZQUIN LIZARRAGA, M. M^a., Evaluación de Impacto Ambiental, editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2000; RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (dir.), Régimen jurídico de la Evaluación Ambiental. Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, editorial Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014 o QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A.B., *Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Estratégica*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

² QUINTANA LÓPEZ, T., “La Evaluación Ambiental. Hitos de su evolución”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A.B., *Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Estratégica*, *cit.*, págs. 15-139, (págs. 17-19).

³ Sobre el Convenio de Aarhus pueden consultarse los siguientes trabajos: PIGRAU SOLÉ, A. (Dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años de convenio de Aarhus*, editorial Atelier, Barcelona, 2008; RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “El Convenio Aarhus. Consecuencias de su ratificación por España”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n° 670, 2005. SALAZAR ORTUÑO, E., “El desarrollo del Convenio de Aarhus y la progresiva desaparición de obstáculos para el acceso a la justicia ambiental: reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la legitimación activa a las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección del ambiente”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n°

ambientales, desarrollando la denominada democracia ambiental. De este modo, el convenio procura garantizar el acceso a la información en materia ambiental, favorecer la participación pública en la toma de decisiones y ampliar el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

En el derecho de la Unión Europea, estos principios han sido recogidos por el Reglamento (CE) n° 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

También la Directiva 2014/52/UE reforzó el papel de la información y participación ciudadanas en el procedimiento de impacto ambiental, buscando que la misma fuera real y efectiva y dando un amplio margen regulador con el fin de que los Estados orientaran sus ordenamientos a ese fin.

Tanto España como Portugal han incorporado a sus correspondientes ordenamientos jurídicos preceptos en los que se prevé tanto el acceso a la información como la participación de los interesados, y también del público en general en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. De esta manera, ambos países han desarrollado sistemas de información y participación pública similares, si bien quedan alejados de las posibilidades que el Convenio de Aarhus y la Directiva ofrecen a este respecto.

2. EL MODELO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA DIRECTIVA 2014/52/UE

Una de las cuestiones en las que hace incidencia la Directiva 2014/52/UE, es la necesidad de reforzar el acceso a la información y la transparencia a través de medios electrónicos (considerando 18). Cuestión que ya ocupaba un lugar importante en la directiva, que venía

17, 2010. GARCÍA URETA, A., “Algunas cuestiones sobre la regulación del derecho de participación a la luz del Convenio de Aarhus de 1998”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* n° 7, 2005.

resaltando la importancia de la participación en los procesos ambientales, y compeliendo a los poderes públicos a fomentar la transparencia, la información pública y la participación de los particulares y de las organizaciones y grupos especializados en la defensa del ambiente⁴.

De este modo, la directiva establece un modelo de participación ciudadana que va orientado a asegurar la efectiva intervención del público en la toma de decisiones, y que se despliega en dos niveles: por un lado, un nivel conformado por la participación de los particulares en general, y, por otro, un segundo nivel para los afectados, concepto que comprende, también, a las ONG que trabajen en defensa del ambiente, y cumplan los requisitos de las legislaciones nacionales sobre el acceso a la justicia ambiental.

En relación con los medios para la participación, la directiva prevé que se provean aquellos que resulten suficientes para dotar a los particulares de la información necesaria, como pueden ser anuncios públicos o, desde la modificación de 2014, también medios electrónicos.

En cualquier caso, los canales de información quedan abiertos, y los Estados deberán establecer los que sean necesarios, siempre orientados a que la participación pública sea efectiva. Lo cual abre importantes posibilidades para definir modelos de participación que estén basados en las técnicas existentes actualmente y que pueden articularse también mediante el uso de medios electrónicos⁵.

Las modalidades de participación habrán de definir las los Estados, pero garantizando a la misma un espacio suficiente para que resulte efectiva, y, al mismo tiempo, estableciendo plazos que permitan informar con tiempo suficiente y poder realizar el trámite de consulta, en un tiempo no inferior a 30 días.

⁴ Considerandos 16 a 22, de la Directiva 2011/92/UE.

⁵ Sobre esta materia, puede consultarse, entre otros, el trabajo de BRUFAU CURIEL, P., “Transparencia administrativa y medio ambiente. Contenido y aplicación práctica del derecho de acceso a la información reconocido por el convenio de Aarhus”, en SERRANO MAÍLLO, I. (Coord.), *Aplicación de la transparencia: educación, universidad, seguros, medioambiente, justicia y contratación*, editorial Universidad Complutense de Madrid y Acreditra, Madrid, 2017, págs. 111-123.

Por otro lado, los Estados deben garantizar que la participación se produce desde las fases tempranas del procedimiento, asegurando la puesta a disposición de los ciudadanos de un amplio contenido del expediente, para que esa participación parta de un conocimiento profundo del proyecto, debiendo estar conformada por los aspectos más relevantes del mismo.

Finalmente, la directiva establece que el resultado de la fase de participación deberá ser tenido en cuenta en el momento de resolver el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, lo cual es una medida necesaria para dotar a la fase de participación pública de una efectividad real.

3. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL PROCEDIMIENTO DE IMPACTO AMBIENTAL EN PORTUGAL

En Portugal la Evaluación de Impacto Ambiental está regulada en el DL 151-B/2013, de 30 de octubre (RAIA)⁶, que transpone la Directiva 2011/92/UE. El RAIA fue modificado por el DL 47/2014, de 24 de marzo, por el DL 179/2015 de 27 de agosto, por la Ley 72/2017, de 2 de junio y por el DL 152-B/2017, de 11 de diciembre, que responden a la Directiva 2014/52/UE⁷.

⁶ TAVARES LANCEIRO, R. “A instrução do procedimento de AIA – uma primeira análise do novo RJIA”, en AMADO GOMES, C., ANTUNES, T., *et. al.*, *Revisitando a Avaliação de Impacto Ambiental*, editorial ICJP-Faculdade do Direito Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, págs. 146-206.

⁷ La doctrina portuguesa se ha ocupado de estudiar la Evaluación de Impacto Ambiental, destacando los siguientes trabajos: AMADO GOMES, C., “A revisao do Regimen de Avaliação de Impacto Ambiental no contexto da pena transposição da Directiva 2014/52/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril: um impacto desfavorável”, *Revista do Ministério Público*, nº 154, 2018, págs. 47-68; AMADO GOMES, C., ANTUNES, T., *et. al.*, *Revisitando a Avaliação de Impacto Ambiental*, *cit.*; AMADO GOMES, C., *Introdução ao Direito do Ambiente*, editorial AAFDL editora, 4ª edición, 2018; ARAGAO, A., FIGUIREDO DIAS, J.A., y BARRADAS, M.A., “Presente e futuro da AIA em Portugal: notas sobre uma “reforma anunciada””, *Revista CEDOUA*, Nº1/2, págs. 89-110; MEALHA E., *Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) em Portugal – Notas de jurisprudência*, Instituto de Ciências Jurídico Políticas-Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. MELO ROCHA, M., “A avaliação de impacto ambiental como princípio do Direito do Ambiente nos quadros internacional e

El RAIA sitúa entre los objetivos de la Evaluación de Impacto Ambiental el de garantizar la participación pública y la consulta a los interesados en la conformación de las decisiones correspondientes, procurando el diálogo y el consenso en el ejercicio de la función administrativa (art. 5 RAIA). Además, el artículo 2 define la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) como instrumento ambiental preventivo, sustentado, entre otras cuestiones, sobre la realización de consultas públicas⁸.

El modelo de participación del RAIA parte de principio de publicidad y establece que los procedimientos de EIA son públicos, por lo que todos sus elementos deben estar disponibles a través de la autoridad ambiental, con los límites del secreto industrial y comercial, el derecho de propiedad intelectual, la seguridad nacional y la conservación del patrimonio natural y cultural.

En este sentido, deben hacerse públicas las decisiones que se produzcan en el procedimiento, los informes y dictámenes, incluidos los relativos a los periodos de consulta pública, y, en general, los documentos y actos de relevancia en el procedimiento⁹

En cuanto a las modalidades de participación, la norma portuguesa, siguiendo el modelo de la directiva, distingue entre “consulta pública”, que engloba la participación del público interesado, y “participación pública”, que se configura como un trámite esencial del procedimiento de EIA.

La promoción de las consultas públicas, y la elaboración de los informes correspondientes, así como la publicación de la información y documentación establecida en la ley, corresponde a la autoridad ambiental (artículo 3 RAIA).

europen”, editorial Universidade Católica, Porto, 2000; MELO ROCHA, M., “A evolução do regime jurídico nacional de avaliação de impacto ambiental”, en AA.VV., *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mario Julio de Almeida Costa*, editorial Universidade Católica de Coimbra, Coimbra, 2002, págs. 1121- 1143;

⁸ La mayor parte de la regulación en materia de participación e información pública venía contemplada en la versión de 2013 del RAIA, siendo que la modificación de 2017 la mayor aportación que ha realizado ha sido una ampliación de los plazos.

⁹ El contenido de los actos de publicidad, está determinado en el Anexo VI del RAIA, que determina ampliamente todos elementos que deben contener los anuncios de información.

En cuanto al procedimiento, tanto la participación como las consultas públicas se contemplan, de acuerdo con la directiva, desde fases tempranas. Ya en el trámite de definición del ámbito del estudio de impacto ambiental (artículo 12 RAIA), se prevé la posibilidad de abrir un periodo de consulta pública por tiempo de 15 días, a iniciativa de promotor o por decisión de la autoridad ambiental. El informe relativo a la consulta deberá publicarse en un plazo de 5 días desde la conclusión de la misma.

Posteriormente, una vez se resuelve la conformidad del estudio de impacto ambiental, se abre plazo de 5 días para la publicación de la información y de 30 días desde la publicación para nueva consulta pública (artículo 15 RAIA).

Los informes de las consultas han de tenerse en cuenta a la hora de la emisión del criterio técnico de cara a la preparación de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) (artículo 16 RAIA).

Asimismo, debe reseñarse que uno de los elementos que compondrán la DIA será el resumen del resultado de la fase de consultas, debiendo especificarse en qué medida las aportaciones ciudadanas han sido tenidas en cuenta a la hora de resolver el expediente (artículo 16.3.c RAIA).

También el procedimiento de verificación de la conformidad ambiental de los proyectos de ejecución contempla una fase de consulta pública de 15 días de duración, con 7 días para publicar el correspondiente informe.

Además, la regulación portuguesa contiene una sección en la que regula expresamente cómo a de llevarse a cabo la participación, que queda recogido entre los artículos 28-31 del RAIA, y se concreta en torno a las dos modalidades de participación determinadas tanto en el RAIA como en la directiva: la consulta pública, que se produce en las diferentes fases y cuyo resultado ha de tenerse en cuenta a la hora de resolver procedimiento, y la divulgación de la información a través del punto de acceso único electrónico.

4. LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN ESPAÑA EN EL PROCEDIMIENTO DE EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL

En España, la Exposición de Motivos de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LEA) establece la esencialidad del trámite de consultas, y contiene menciones a la participación ciudadana y a la necesidad de tener en cuenta el resultado de la misma a la hora de resolver el procedimiento¹⁰.

La participación ciudadana se configura en el artículo 2 LEA, como principio del procedimiento de EIA, y se articula a través del trámite de información pública, en el que pueden participar todas las personas físicas o jurídicas que así lo consideren, y mediante el trámite de consultas a las administraciones afectadas y al público interesado.

Puesto que, en cumplimiento de la directiva, el concepto de público interesado comprende a las ONG y asociaciones dedicadas a la defensa del ambiente, para facilitar la información, la disposición adicional decimocuarta de la LEA prevé la creación de un registro para la identificación de las mismas.

¹⁰ En relación con el modelo de participación pública en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental en España, pueden destacarse trabajos como los siguientes: NOGUEIRA LÓPEZ, A., “¿Participación efectiva o quimera procedimental?”, en NOGUEIRA LÓPEZ, A., *Evaluación de Impacto Ambiental. Evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*, cit., págs. 121-145; NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La participación en la evaluación de impacto ambiental. Dogma y realidad”, en GARCÍA URETA, A. y BORN, C.H. (Coords.), *La directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 117-156; VICENTE DÁVILA, F., “[La Ley 9/2018 por la que se modifica la ley 21/2013 de Evaluación Ambiental: otra oportunidad perdida para avanzar hacia una participación real y efectiva](#)”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n° 86, 2019; VICENTE DÁVILA, F., “30 años de aplicación de la evaluación ambiental, la participación pública efectiva una asignatura pendiente”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n° 34, 2016, págs. 217-232; ECEIZABARRENA ZABALETA, X., *El principio constitucional de participación ante la evaluación de impacto ambiental de las grandes infraestructuras*, editorial Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati (Gipuzkoa), 2006.

Como cauces de participación se establecen, principalmente, los medios electrónicos y los anuncios públicos, aunque deja abierta la posibilidad de utilizar otros medios, siempre buscando que se garantice de manera efectiva la participación y colaboración ciudadanas.

Precisamente para facilitar el acceso a la información pública, la LEA, tras la modificación operada por la Ley 9/2018, de 5 de diciembre, por la que se modifica, entre otras, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LMEA)¹¹, establece la obligación de crear un portal central de puntos de acceso.

Al igual que en Portugal, la LEA comprende como trámites necesarios de la EIA ordinaria el sometimiento del proyecto y del estudio de impacto ambiental a información pública y a las consultas a personas interesadas. En este caso corresponde al órgano sustantivo (y no al ambiental, como en el caso portugués) realizar este trámite, para lo cual cuenta con un plazo de un año. El transcurso de este plazo sin haberse iniciado el trámite tendrá como efecto la caducidad.

Desde las fases más tempranas del procedimiento se contienen trámites de consulta, como sucede en la fase de actuaciones previas, que prevé un plazo de 30 días para realizar la consulta a las personas interesadas, de cara a la elaboración del documento de alcance.

Una vez transcurrida la fase de actuaciones previas, el promotor debe presentar el proyecto y el estudio de impacto ambiental ante el órgano sustantivo, el cual deberá someterlos a trámite de información pública, a través de BOE y de la sede electrónica del mismo. En este caso, corresponde al órgano sustantivo la apertura de la fase de información pública (artículo 36 LEA).

De manera simultánea se abre una nueva fase de consultas a las administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas (artículo 37 LEA), que dispondrán de un plazo de 30 días para emitir sus informes. Para posibilitar la consulta, el órgano sustantivo debe solicitar y poner a disposición de las administraciones implicadas y personas interesadas los informes técnicos que analicen el proyecto desde diversos puntos de vista materiales.

¹¹ Sobre la LMEA, LOZANO CUTANDA, B., “[La Ley 9/2018: análisis de las modificaciones de la Ley de Evaluación Ambiental](#)”, *Actualidad Jurídica ambiental*, nº 86, 2019. También GARCÍA URETA, A., “[Un comentario a la Ley 9/2018, de reforma de la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental](#)”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 87, 2019

En caso producirse la modificación del proyecto o del estudio de impacto ambiental, debe abrirse nuevo trámite de información pública y consultas, por plazo de 30 días hábiles.

Posteriormente, en la fase de EIA, en el procedimiento ordinario se deberán tener en cuenta las alegaciones e informes que se hayan recibido como consecuencia de los trámites de consultas e información pública, las cuales habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de acometer el análisis técnico del expediente. De hecho, una de las cuestiones que el órgano ambiental deberá analizar es que los trámites de información pública y de consultas se han realizado correctamente (artículo 4º LEA).

En esta fase, además, a criterio de órgano ambiental, podrá abrirse nuevo trámite de consultas a las administraciones afectadas y personas interesadas.

El resultado de las consultas formará parte de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA), por medio del resumen que se realice del trámite de información pública y de las consultas, que deberá expresar cómo y en qué medida se han tenido en cuenta las alegaciones e informes aportados durante los mismos (artículo 41 LEA).

En caso de posible de modificación de las condiciones de la DIA, deberá abrirse nuevo trámite de consultas (artículo 44 LEA).

En el procedimiento de EIA simplificada, el artículo 46 LEA prevé que se realice trámite de consultas a administraciones afectadas y personas interesadas por plazo máximo de 30 días.

Finalmente, la autorización del proyecto deberá publicarse en la sede electrónica del órgano sustantivo.

5. REFLEXIÓN FINAL

En materia de información pública y participación ciudadana, ambas regulaciones se quedan lejos de lo que las posibilidades actuales que brinda la tecnología, a través de internet y de las TIC, así como las técnicas de comunicación y participación que se han ido desarrollando.

Al contrario, parecen adoptar el esquema de un clásico trámite de audiencia con publicación en boletines oficiales y en los portales web, cuando, en realidad, esos canales no llegan a la mayoría de la población.

Por tanto, a pesar de las declaraciones de intenciones y su elevación a la categoría de principio, que, en todo caso, son un importante punto de partida, lo cierto es que los procedimientos de participación y consulta articulados en las regulaciones española y portuguesa, y los escasos canales de participación que se contemplan, son claramente insuficientes para lograr una verdadera participación de la ciudadanía. En la práctica, esta queda limitada a las ONG especializadas en la defensa del ambiente, y, en algunas ocasiones, a grupos de afectados que se proveen de asesoramiento técnico y jurídico adecuados.

Así, aunque en puridad los dos sistemas se ajustan a la directiva, si tenemos en cuenta las posibilidades existentes en materia de transparencia y de participación, debía haberse aprovechado esta oportunidad para avanzar más en el camino marcado por el convenio de Aarhus. Los canales de información y participación son escasos y de poca capacidad para llegar a un público no especializado, ya que únicamente se contemplan el de los boletines oficiales y los puntos de acceso electrónico.

La participación ciudadana cuenta hoy en día con posibilidades mucho más adecuadas para garantizar que la misma se produce de manera efectiva y más teniendo en cuenta las posibilidades que brinda la tecnología, siempre articulando los medios necesarios para garantizar el acceso de todas las personas a internet y a la tecnologías, para que puedan participar en los procesos¹².

Así, podría avanzarse en canales de comunicación que aseguran una mayor proactividad que la mera puesta a disposición de los documentos en boletines oficiales y puntos de acceso electrónicos; podrían incorporarse otros sistemas de participación ciudadana más eficaces como grupos de trabajo sectorizados por edades, por intereses y por procedencia geográfica,

¹² Pueden consultarse las aportaciones que la Asociación Española de Evaluación Ambiental realizó en el proceso de elaboración de la LMEA y que no fueron tenidas en cuenta. VICENTE DÁVILA, F., “La Ley 9/2018 por la que se modifica la ley 21/2013 de Evaluación Ambiental: otra oportunidad perdida para avanzar hacia una participación real y efectiva”, *cit.*, pag. 8.

encuestas, charlas explicativas, la comunicación mediante “píldoras informativas” a través de redes sociales y otras plataformas de la web, en definitiva, darle una perspectiva que se acerque más al concepto de la participación ciudadana y se aleje de la concepción excesivamente burocrática de la participación concebida como un trámite administrativo más que hay que acometer¹³.

Asimismo, debería dotarse de mayor peso a la participación del público en general, ya que los trámites de información pública quedan en un segundo plano en comparación con las consultas. La participación debe abrirse más a la ciudadanía y no limitarse a un mero trámite de información pública complementado con consultas realizadas al público interesado, dado que este segundo queda restringido a quienes ostenten la condición de interesados y a las ONG que trabajen en el ámbito de la defensa del ambiente.

En resumen, es necesario ahondar en los medios, canales y posibilidades de participación en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, para crear un nuevo modelo de democracia participativa en los aquellos instrumentos jurídicos de prevención ambiental, como la Evaluación de Impacto Ambiental.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AMADO GOMES, C.; ANTUNES, T., et. al. *Revisitando a Avaliação de Impacto Ambiental*. Lisboa: ICJP-Faculdade do Direito Universidade de Lisboa, 2014.
- *Introdução ao Direito do Ambiente*. [Portugal]: editorial AAFDL, 2018.
 - A revisão do Regimen de Avaliação de Impacto Ambiental no contexto da pena transposição da Directiva 2014/52/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril: um impacto desfavorável. *Revista do Ministerio Público*, n. 154, 2018.
- GARCÍA URETA, A. Algunas cuestiones sobre la regulación del derecho de participación a la luz del Convenio de Aarhus de 199. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 7, 2005.

- Un comentario a la Ley 9/2018, de reforma de la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 87, 2019. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/02/2019_02_11_Garcia_Ureta_Sobre_Reforma-Ley-21.pdf (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- LOZANO CUTANDA, B. La Ley 9/2018: análisis de las modificaciones de la Ley de Evaluación Ambiental. *Actualidad Jurídica ambiental*, n. 86, 2018. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/01/2019_01_09_Lozano_Ley-modificaciones-LEA.pdf (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. La participación en la evaluación de impacto ambiental. Dogma y realidad. En: GARCÍA URETA, A.; BORN, C. H. (Coords.). *La directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 117-156.
- PIGRAU SOLÉ, A. (Dir.). *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años de convenio de Aarhus*. Barcelona: Atelier, 2008.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.); CASARES MARCOS, A.B. *Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Estratégica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. El Convenio Aarhus. Consecuencias de su ratificación por España. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 670, 2005.
- RÁZQUIN LIZARRAGA, M. M^a. *Evaluación de Impacto Ambiental*. Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2000.
- ROSA MORENO, J. *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*. Madrid: Trivium, 1993.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (Dir.). *Régimen jurídico de la Evaluación Ambiental. Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.
- VICENTE DÁVILA, F. 30 años de aplicación de la evaluación ambiental, la participación pública efectiva una asignatura pendiente. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 34, 2016, pp. 217-232.
- La Ley 9/2018 por la que se modifica la ley 21/2013 de Evaluación Ambiental: otra oportunidad perdida para avanzar hacia una participación real y efectiva. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 86, 2019. Disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2019/01/2019_01_21_Vicente_Ley-modificacion-LEA.pdf (Fecha de último acceso 30-04-2020).

XXXVI. Una propuesta de tribunales especializados como instrumento de mejora de la litigación ambiental

Eduardo Salazar Ortuño
Abogado y Profesor Asociado Doctor de
Derecho Administrativo Universidad de Murcia

RESUMEN:

Bajo la premisa de la existencia de barreras y necesidades de mejora en la litigación ambiental, la presente comunicación se ocupa de una solución que solventaría muchos de los obstáculos en el acceso y la impartición de justicia en asuntos ambientales. El texto trata de una propuesta arriesgada para España, pero que no es novedosa en sistemas procesales de otros Estados: la creación de tribunales ambientales especializados. El contenido se ocupa de las coordinadas legislativas y de práctica procesal que fundamentarían esta nueva institución procesal y de los modelos y características que deben estar presentes en el debate previo a su adopción.

SUMARIO

1. Introducción	748
2. Fundamentos para la propuesta.....	749
2.1. Marco legislativo propicio	749
2.2 Barreras al acceso a la justicia ambiental cuya superación precisa de una intervención judicial distinta.....	750
2.3 Otros argumentos a favor	751
3. La creación de tribunales ambientales especializados en España	754
4. Conclusiones.....	757
5. Bibliografía.....	758

1. INTRODUCCIÓN

Se da la paradoja de que quienes tienen encargada la tarea de que las normas sustantivas ambientales se apliquen efectivamente o quienes acceden a la justicia para exigir tal cumplimiento ante las Administraciones y los Tribunales, claman por recursos y mecanismos proporcionados al fin que se pretende. Desde aquí planteo la duda de que las normas adjetivas generales, es decir el Derecho Procesal tal y como está planteado para los ordenes jurisdiccionales en que el Derecho Ambiental está presente, sea suficiente y adecuado para los retos que el desarrollo sostenible nos plantea, a la hora de encarar conflictos globales o locales respondiendo a los principios, institutos e instrumentos que el moderno Derecho Ambiental enarbola. Por ello considero necesario replantear los procesos, institutos e instituciones judiciales para responder al desafío que se nos plantea en torno a la prevención de la contaminación y preservación del medio ambiente, respondiendo además a compromisos internacionales en materia de acceso a la justicia en asuntos ambientales.

Junto a eventuales reformas en los procedimientos que posibiliten pretensiones adecuadas a la defensa de intereses colectivos y difusos - como son los ambientales - impulsadas desde la doctrina¹, algunos colectivos de operadores jurídicos presentes en la defensa procesal del medio ambiente han pedido la creación en nuestro Estado de instancias judiciales especializadas - tal es el caso de los Fiscales Especiales de Medio Ambiente² o abogados ambientalistas³. La presente comunicación no puede abarcar las posibles reformas en los procesos administrativos, contencioso-administrativos, y también civiles y penales, pero sí un mecanismo procesal que puede ser simultáneo y vehículo de tales reformas.

Si entendemos un tribunal ambiental como “aquella entidad judicial (*court*) o administrativa (*tribunal*) especializada en juzgar acerca de asuntos ambientales, ordenación del territorio, uso de los recursos naturales y cuestiones afines” , la idea no es nueva, puesto que tribunales

¹ PEÑALVER I CABRÉ, A., *Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos.* Revista de Administración Pública, 190, 2013.

² Memoria 2018, de la Unidad de Medio Ambiente de la Fiscalía General del Estado, en relación a peticiones concretas de la Fiscalía de Madrid y Tarragona.

³ RUIZ MACIÁ, G., SALAZAR ORTUÑO, E. Y SANCHÍS MORENO, F. *Democracia ambiental y acceso a la justicia. La aplicación del Convenio de Aarhus en España.* Asociación para la Justicia Ambiental y Fundación Biodiversidad, 2009.

ambientales comenzaron a surgir, sin contar la existencia de tribunales sectoriales de agua y territorio a principios del siglo XX, en la década de los setenta del siglo pasado en países como Japón, Dinamarca o Irlanda, justo en el momento en que nace el Derecho Internacional Ambiental moderno y las más importantes instituciones ambientales de Naciones Unidas y de la sociedad civil fueron fundadas. Entre los tipos de tribunales y cortes ambientales se encuentran o bien Juzgados y Tribunales independientes, o cámaras o secciones especializadas en materia medioambiental o bien tribunales adscritos a entes administrativos. Lo que sí es cierto que en la última década ha habido una explosión global en la creación de los mismos, siempre en el ámbito nacional o regional, llegando a datarse 1.200 tribunales ambientales en 44 Estados⁴. Si bien es cierto que los Estados más desarrollados como los Estados Unidos de América (EUA) o los países de la Unión Europea, no han capitaneado la creación de órganos jurisdiccionales especializados; los países en desarrollo como China, India o Brasil sí han sido líderes en la creación de estos órganos, que ya existían con anterioridad en Australia y Suecia y que se han extendido a pasos acelerados en África, América Latina y Asia.

2. FUNDAMENTOS PARA LA PROPUESTA

2.1. Marco legislativo propicio

Sin perjuicio de fundamentos de política legislativa procesal o administrativa que tengan como anclaje la necesidad de dotar de tribunales especiales ante necesidades específicas basadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley de Procedimiento Administrativo, existen a día de hoy textos internacionales que propugnan una mejora de los aspectos judiciales de la defensa del medio ambiente, que pueden servir de base a la solución judicial que propugno.

El Principio Décimo de la Declaración de Río de Janeiro en la Cumbre de la Tierra de 1992 estableció las bases de la “democracia ambiental” y sus tres pilares, siendo el tercero, junto al acceso a la información ambiental y la participación ciudadana, el de acceso a la justicia,

⁴ PRING, G. Y PRING, C. “Environmental Courts and Tribunals” en PADDOCK, L., GLICKSMAN, R. Y BRYNER, N., *Decision Making in Environmental Law*, volumen 2, de la *Encyclopedia of Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016.

respecto al cual los Estados deberán proporcionar acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. El “Convenio de Aarhus⁵”, que España ratificó a finales de 2004, supuso una apuesta decidida por ampliar el acceso efectivo a la justicia en asuntos ambientales, y que en relación a la institucionalidad, refiere en su artículo noveno la eventual creación de órganos independientes e imparciales distintos a la autoridad pública que denegare la información o impidiese la participación del público e incluso distintos a los órganos judiciales, así como la necesidad, por parte de los Estados Parte, de establecer mecanismos que eliminen o reduzcan las barreras que se identifiquen en relación al acceso a la justicia⁶.

2.2 Barreras al acceso a la justicia ambiental cuya superación precisa de una intervención judicial distinta

Junto al marco legislativo descrito existen en la práctica judicial de defensa del medio ambiente obstáculos o barreras señaladas por normas internacionales, jurisprudencia⁷, resoluciones del comité de cumplimiento del Convenio de Aarhus, informes de las autoridades administrativas⁸ y doctrina ius-ambientalista⁹, que impiden considerablemente

⁵ Convenio de la Comisión Económica para Europa sobre acceso a la información, participación del público y acceso a la justicia en asuntos ambientales, firmado en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998.

⁶ Aunque no se trate de un Tratado con fuerza vinculante para España, sí que sirve para actualizar las consecuencias del desarrollo del Principio Décimo antes citado, el Acuerdo de Escazú, que han negociado los Estados de América Latina y el Caribe, contiene previsiones sobre la creación de órganos estatales con conocimientos especializados en materia ambiental y en su documento preliminar previó la creación de órganos judiciales o administrativos especializados, lo que finalmente desapareció de la redacción final.

⁷ Comunicación de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental, 18 de agosto de 2017, (2017C 275/01).

⁸ *Estudio sobre acceso a la justicia en materia medioambiental en cumplimiento de la Decisión IV/9(f) de la reunión de las partes del Convenio de Aarhus*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, 2014.

⁹ BONINE, J., “Barreras e incentivos para la participación ciudadana en la aplicación de la legislación ambiental”, en DURÁN MEDINA, V. (dir.), *Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario. Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2º Ed., 2007; DARPÖ, J., “On costs in environmental procedure”, Documento preparado el 31 de enero de 2011 para los Puntos Focales Nacionales del Convenio de Aarhus; RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., “Nuevas perspectivas del acceso a la justicia en materia de medio ambiente”, en CASADO CASADO, L. (dir.) *Derecho Ambiental y Transformaciones de la actividad de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2010.

un amplio y ágil acceso a la justicia en asuntos ambientales. He tenido la oportunidad de analizar tales barreras pormenorizadamente¹⁰ y entre ellas existen muchas que requerirían de una oportuna modificación legislativa, pero que, no obstante, se podrían solventar con un cambio de enfoque en su aproximación judicial. Entre las barreras a que me refiero podemos encontrar la falta de especialización de los operadores jurídicos, la lentitud de los procesos, la legitimación procesal del demandante, la adopción de medidas cautelares¹¹, el coste y la complejidad de la prueba o, finalmente, la ejecución de las resoluciones judiciales.

Todas ellas pueden ser resueltas, no sólo mediante un modificación de la legislación procesal, sino mediante la implantación de tribunales ambientales especializados que garantizasen la formación y conocimiento específico de los titulares de tales órganos, permitieran un amplio acceso a la ciudadanía, ofrecieran la sensibilidad necesaria para la ponderación de intereses ambientales prevalentes en la adopción de medidas cautelares, contasen con asesoramiento científico específico para producir y valorar la prueba y garantizasen el debido interés en la ejecución de las sentencias o resoluciones. Con independencia de que se trate de abrir las puertas de los tribunales al público y sus organizaciones como titulares de intereses colectivos o difusos ambientales o de la acción popular, conviene cuestionarse acerca de qué órganos jurisdiccionales van a acoger, conocer y enjuiciar las causas relativas a la protección ambiental, no sólo por la composición en sí de los mismos sino por el procedimiento a seguir y las potestades que van a ostentar, de cara a facilitar a su vez el acceso y la desaparición de obstáculos.

2.3 Otros argumentos a favor

Entre los argumentos a favor nos encontramos aquellos que tienen que ver, en primer lugar, con la especialización en la materia de los decisores del litigio ambiental, esto es, la condición de expertos en las cuestiones ambientales y en el Derecho Internacional Ambiental. Los jueces generalistas normalmente no ostentan una formación y experiencia en cuestiones ambientales que les permita seguir sin esfuerzos un debate técnico con un experto o científico

¹⁰ Vid. SALAZAR ORTUÑO, E., *El acceso a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus. Justicia ambiental para la transición ecológica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, capítulo IV.

¹¹ En relación a la legitimación y medidas cautelares, *vid.* JORDANO FRAGA, J., “El contencioso ambiental: la larga marcha por el *standing to sue* en el estado ambiental de derecho”, *20 años de la Ley de lo contencioso-administrativo. Actas del XIV Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2019.

en dichos asuntos, lo cual se requiere para ponderar entre el eventual daño ambiental y el desarrollo socioeconómico. Algunos tribunales especializados incluyen en los órganos decisorios a científicos que permiten una decisión multidisciplinar.

En un segundo lugar se defiende una mayor eficiencia, que tiene que ver con el que muchos tribunales generalistas tienen un gran trabajo atrasado que produce una duración de varios años en los asuntos judiciales. El retraso puede ser económicamente costoso para los gobiernos y las empresas y ambientalmente perjudicial por el retraso en la decisión final o cautelar acerca de proyectos o actividades con que generan riesgo o daño a los ecosistemas o la salud.

En un tercer lugar, se esgrime como argumento a favor la visibilidad que para un Estado supone la creación de tribunales ambientales en relación con las presiones que recibe internamente de su sociedad civil y externamente de los organismos internacionales para responder adecuadamente a las exigencias de la protección medioambiental y el acceso a la justicia.

Además, en cuarto lugar, la legitimación activa, convertida en una gran barrera por la legislación general procesal, puede ser matizada por los tribunales ambientales especializados que pueden reconocer ampliamente la legitimación y más fácilmente la existencia de intereses colectivos o difusos.

En quinto lugar, los costes de la justicia, que suponen una gran barrera en el acceso, ya que los procesos ambientales son especialmente caros en relación con los abogados, los peritos o técnicos expertos, la imposición de costas. A los tribunales ambientales se les puede otorgar potestades para adoptar normas y procedimientos para reducir los costes a las partes, a través de mecanismos no disponibles para los tribunales generalistas.

A lo anterior debo añadir en un sexto lugar, la uniformidad necesaria en resoluciones judiciales que puedan servir de precedente o jurisprudencia va a ser crucial para poder predecir el resultado de un conflicto ambiental.

En séptimo lugar, la priorización de los casos ambientales urgentes es una posibilidad que sólo se da en los tribunales ambientales especializados, mientras que en los tribunales generalistas no existe tal opción e incluso puede que se pospongan los asuntos ambientales por su complejidad.

En octavo lugar, el empleo de métodos alternativos para la resolución de conflictos, que se fomenta en la mayoría de los tribunales ambientales especializados creados, supone ventajas para la resolución de los asuntos ambientales, que tienen que ver con la participación del público en la solución del conflicto mediante decisiones colaborativas o el uso previo de la mediación con todos los implicados para una solución perenne y menos costosa desde el punto de vista económico.

La existencia de un tribunal ambiental especializado supone además una apuesta por incrementar la responsabilidad de las autoridades públicas ambientales, que pueden no ser capaces de resolver todos los conflictos ambientales o que incluso pueden ser culpables de algunas situaciones de daño ambiental. El que exista una instancia superior e independiente que vigile la actuación de tales autoridades aumenta la efectividad en la protección ambiental, lo que no ocurre con los tribunales administrativos dependientes de la autoridad administrativa ambiental.

Debe tenerse en cuenta también la creatividad de los miembros del tribunal, puesto que en muchos tribunales ambientales especializados se permite la adopción de normas de procedimiento más flexibles en torno a la práctica de la prueba, menos intimidatorias y otras aproximaciones creativas que no serían posibles en un tribunal generalista sometido al procedimiento judicial común. También se produce una mayor integración en la interpretación judicial de las normas ambientales, cuando aparecen conectadas con otros regímenes legales.

Debe añadirse que se dará una mayor variedad de soluciones procesales a las que puede optar el juez o los miembros del tribunal, más próximos al principio procesal inquisitivo que al principio dispositivo y con un mayor abanico de órdenes judiciales a adoptar.

Por último, el activismo judicial, que puede ser visto como un argumento a favor o en contra, tienen que ver con la posibilidad que tienen los jueces, partiendo de la debida ponderación entre derechos e intereses ambientales o económicos a la hora de conseguir el desarrollo sostenible, de convertirse en firmes defensores de la protección ambiental.

A los argumentos citados pueden añadirse aquellos que derivan de la frecuente desigualdad de las partes en los litigios ambientales y que podría motivar que el juez o tribunal adoptase medidas niveladoras de tal desigualdad en materia probatoria (ej. inversión de la carga o prueba dinámica) o financiera (excepción del principio de vencimiento en materia de costas).

3. LA CREACIÓN DE TRIBUNALES AMBIENTALES ESPECIALIZADOS EN ESPAÑA

La especialización de tribunales no es una cuestión ajena a la práctica procesal española, que cuenta con jurisdicciones especializadas - la jurisdicción mercantil y la social -, Juzgados especializados – por ejemplo, en materia de familia, cláusulas abusivas hipotecarias y violencia sobre la mujer. En cuestión de tribunales administrativos especializados, existen los Tribunales Económico-Administrativos y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dependientes de las máximas autoridades administrativas en materia de hacienda.

La especialización ambiental tampoco es extraña a los tribunales españoles que, en la sede del Tribunal Supremo han designado una Sección – la Quinta - de la Sala III, de lo contencioso-administrativo, para que conozca específicamente de las causas de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo¹². Además, España cuenta con una notable y exitosa experiencia en materia de especialización de profesionales jurisdiccionales dedicados a la defensa del medio ambiente como bien jurídico colectivo como fue la

¹² Especialización en Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Urbanismo que, aunque iniciada anteriormente se confirma anualmente en el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por última vez el 10 de enero de 2019, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del TS, relativo a la composición de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados en 2019 (B.O.E. núm. 16, de 18 de enero de 2019).

institucionalización de Fiscalías especializadas en materia de Medio Ambiente y Urbanismo en las diferentes Fiscalías de las Comunidades Autónomas, para la persecución de los delitos ambientales o ecológicos e incluso para la intervención en procedimientos contencioso-administrativos en materia de responsabilidad ambiental u otras, que ha tenido menor impacto. Las razones para la institucionalización de las Fiscalías de Medio Ambiente y Urbanismo que ya funcionaban *de facto*¹³ fueron acertadamente expuestas en su día¹⁴ y pueden resumirse en la evolución y complejidad del Derecho Penal Ambiental – especialmente técnico y exhaustivo por el uso de la norma penal en blanco, interpretable por la existencia de conceptos valorativos y conceptos jurídicos indeterminados –, las iniciativas de algunas Comunidades Autónomas y la evolución del Derecho de la Unión Europea. La creación dentro del Ministerio Público de una estructura de Fiscales especializados en materia de medio ambiente y urbanismo se produjo en 2006, y desde entonces vienen siendo coordinados desde la figura de un Fiscal de Sala, que también ostenta funciones de investigación¹⁵.

Para conocer cuáles son las características más importantes a la hora de crear tribunales ambientales contamos de nuevos con los estudios de PRING y PRING, así como con la opinión de reputados jueces de tribunales ambientales especializados en Australia¹⁶ y Brasil¹⁷, que diferencian entre modelos más o menos independientes organizativa y funcionalmente

¹³ Se trataba de fiscales especialmente motivados en los asuntos ambientales que empezaron a funcionar en determinadas Fiscalías – primero en las grandes ciudades – y que posteriormente se organizaron en torno a una Red. Tal fue su actividad, que merecieron el dictado de una Circular sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la investigación y represión de los delitos contra el medio ambiente, Circular1/1990, de 26 de septiembre.

¹⁴ Para conocer en profundidad las razones y causas, así como los antecedentes, en la creación de las Fiscalías especializadas en materia ambiental, por parte de su impulsor *vid.* VERCHER NOGUERA, A. “Sobre la conveniencia o no de crear Fiscalías especiales en Medio Ambiente”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M^a. (dir.), *Técnicas de Investigación e Infracciones Medioambientales*, Centro de Documentación Judicial CGPJ, 75-2005, pp. 189 a 207.

¹⁵ Para un conocimiento pleno de la estructura y funcionamiento de la especialidad de medio ambiente y urbanismo en el Ministerio Público, *vid.* VERCHER NOGUERA, A. “La especialidad de medio ambiente en el seno del Ministerio Público español”, en *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 44, 2012, pp. 476 a 480.

¹⁶ PRESTON, B. “Characteristics of Successful Environmental Courts and Tribunals” en *Journal of Environmental Law*, núm. 26, 2014, pp. 365-393.

¹⁷ BENJAMIN, A.H. “We, the Judges, and the Environment”, en *Pace Environmental Law Review*, Volumen 29, 2, Invierno de 2012.

(desde tribunales totalmente independientes a salas especiales dentro de un tribunal general u otros tribunales administrativos dependientes de las autoridades administrativas ambientales), con respecto a su composición mixta (técnico-legal) y multidisciplinariedad, y señalan buenas prácticas en el diseño y funcionamiento de tribunales ambientales especializados¹⁸. Destacan por su independencia los tribunales ambientales australianos (Nueva Gales del Sur y Queensland) y los de Suecia, así como por su funcionamiento los tribunales ambientales de la India¹⁹.

De cara a proponer la creación de tribunales ambientales en España resulta interesante conocer la experiencia chilena, pues se trata de órganos judiciales especializados que conocen de las causas ambientales, diferentes de los tribunales administrativos creados, por ejemplo, en Costa Rica. El legislador chileno consideró conveniente el establecimiento mediante la Ley 20.600/2012, de 28 de junio, de tres tribunales ambientales entre los que subdividió las regiones del país y que conocerían de las cuestiones ambientales administrativas y las civiles referidas a obtener la reparación del medio ambiente dañado, si bien en el caso de estas últimas el proceso de indemnización seguirá siendo llevado a cabo por los tribunales civiles del lugar de los hechos. Se trata pues mayoritariamente de un tribunal contencioso-administrativo ambiental referido a cuestiones de calidad ambiental y sanciones, quedándose fuera del ámbito de su competencia curiosamente áreas tan cruciales como la forestal, la hídrica y las referidas a biodiversidad y pesca, y siendo la mayoría de sus resoluciones recurribles ante la Corte de Apelaciones²⁰. Se trata de tribunales en cuyos procedimientos, previstos en la propia ley de creación, regirán los principios de oficialidad, aunque el inicio de los mismos sea a instancia de parte, y de publicidad, lo que permitirá el conocimiento de las actuaciones por parte de la sociedad civil y su eventual participación mediante la figura del *amicus curiae*, reconocida expresamente. La composición de los tribunales es multidisciplinar pues de los tres ministros que lo forman, incorpora a dos Letrados especializados en Derecho Ambiental y un tercero que será científico especializado en

¹⁸PRING, G. Y PRING, C. *Greening Justice. Creating and Improving Environmental Courts and Tribunals*, World Resources Institute, Washington D.C., 2009. p. 44 y ss.

¹⁹GILL, G.N., "Access to Environmental Justice in India: Innovation and Change", en JENDROSKA, J. Y BAR, M. (eds.), *Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice*, Intersentia, Cambridge, 2017, pp. 209-228.

²⁰RIQUELME SALAZAR, C., "Los Tribunales ambientales en Chile, ¿un avance en la implementación del acceso a la justicia ambiental?", en *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, Volumen IV, núm.1, 2013, p. 29.

materias medioambientales. En materia de igualdad de las partes, la legislación introduce la novedad de poder sufragar por el Estado los costes de los peritos intervinientes para aquella parte con menos recursos, pero no se llegó a la creación de un fondo para litigios ambientales para los demandantes menos favorecidos económicamente, como pedía un sector de la sociedad civil.

Chile se convierte un ejemplo a la hora de dar un paso adelante en la creación de unos tribunales ambientales, que van más allá de los tribunales administrativos y suponen una apuesta por unos órganos judiciales especializados y un punto de partida para un debate en España. El diseño de los tribunales ambientales chilenos es mejorable a la hora de definir el ámbito de sus competencias, para abarcar todo el espectro de cuestiones ambientales y los procedimientos que se sustanciarán ante dichos tribunales y en los que hubiera sido deseable regular cuestiones en materia de legitimación, medidas cautelares, producción y práctica prueba y equilibrio económico de las partes.

4. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Como mecanismo institucional para eliminar y reducir numerosas barreras en el acceso a la justicia en asuntos ambientales, se propone la creación de tribunales ambientales en España.

SEGUNDA.- Existen argumentos suficientes a favor de la creación de tribunales especializados que parten de una especialización y de una mayor flexibilidad a la hora de impartir justicia, y que debe ser simultánea a la reforma de algunos institutos procesales como la legitimación, las pretensiones, la prueba, las medidas cautelares o la ejecución de sentencias.

TERCERA.- Mi propuesta de tribunales ambientales en España supondría unos tribunales judiciales – no administrativos - “multi-jurisdiccionales” y multidisciplinarios, que incorporasen en su regulación unos procedimientos basados en los principios de oficialidad, publicidad y oralidad y que incluyesen el empleo, cuando corresponda, de la mediación y del *amicus curiae*.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BENJAMIN, A. H. We, the Judges, and the Environment. *Pace Environmental Law Review*, vol. 29, n. 2, invierno de 2012.
- BONINE, J. Barreras e incentivos para la participación ciudadana en la aplicación de la legislación ambiental. En: Durán Medina, V. (Dir.). *Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario. Actas de las Terceras Jornadas de Derecho Ambiental*. Santiago de Chile: Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007.
- DARPÖ, J. *On costs in environmental procedure*. Documento preparado el 31 de enero de 2011 para los Puntos Focales Nacionales del Convenio de Aarhus.
- GILL, G. N. Access to Environmental Justice in India: Innovation and Change. En: JENDROSKA, J.; BAR, M. (Eds.). *Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice*. Cambridge: Intersentia, 2017, pp. 209-228.
- JORDANO Fraga, J. El contencioso ambiental: la larga marcha por el standing to sue en el estado ambiental de derecho. En: *20 años de la Ley de lo contencioso-administrativo. Actas del XIV Congreso de la AEPDA*. Madrid: INAP, 2019.
- PEÑALVER I CABRÉ, A. Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos. *Revista de Administración Pública*, n. 190, 2013.
- PRESTON, B. Characteristics of Successful Environmental Courts and Tribunals. *Journal of Environmental Law*, n. 26, 2014, pp. 365-393.
- PRING, G.; PRING, C. Environmental Courts and Tribunals. En: PADDOCK, L.; GLICKSMAN, R.; BRYNER, N. *Decision Making in Environmental Law, volumen 2, de la Encyclopedia of Environmental Law*. Cheltenham [Reino Unido]: Edward Elgar Publishing, 2016.
- RIQUELME SALAZAR, C. Los Tribunales ambientales en Chile, ¿un avance en la implementación del acceso a la justicia ambiental?. *Revista Catalana de Derecho Ambiental*, vol. IV, n. 1, 2013, p. 29.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. Nuevas perspectivas del acceso a la justicia en materia de medio ambiente. En: CASADO CASADO, L. (Dir.). *Derecho Ambiental y Transformaciones de la actividad de las Administraciones Públicas*. Barcelona: Atelier, 2010.

RUIZ MACIÁ, G.; SALAZAR ORTUÑO, E.; SANCHÍS MORENO, F. *Democracia ambiental y acceso a la justicia. La aplicación del Convenio de Aarhus en España*. [España]: Asociación para la Justicia Ambiental y Fundación Biodiversidad, 2009.

SALAZAR ORTUÑO, E. *El acceso a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus. Justicia ambiental para la transición ecológica*. Cizur menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

VERCHER NOGUERA, A. La especialidad de medio ambiente en el seno del Ministerio Público español. *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, n. 44, 2012, pp. 476-480

XXXVII. La incineración en la jerarquía de opciones para una economía circular

René Javier Santamaría Arinas
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de La Rioja¹

RESUMEN:

Esta comunicación resalta el interés que reviste una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que viene a enmarcar el margen de apreciación del que disponen los Estados miembros en materia de incineración de residuos. Tras repasar los antecedentes del caso y analizar críticamente las cuestiones sometidas a debate, propone una lectura posibilista del fallo que permita avanzar en el esclarecimiento de las relaciones entre dos principios tal vez menos armónicos de lo que aparentan como son el clásico de jerarquía de opciones y el emergente de economía circular.

SUMARIO

1. Introducción	761
2. Antecedentes del caso	762
3. Las cuestiones a debate	765
3.1. Planteamiento y pronunciamientos del fallo	765
3.2. Sometimiento a evaluación ambiental estratégica de planes y programas.....	765
3.3. Alcance del principio de jerarquía de opciones.....	767
4. Conclusiones.....	768
5. Bibliografía.....	772

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-097216-B-I00 “El Derecho Español ante los Retos Inminentes de la Economía Circular” (DERIEC), financiado por el Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad de la Agencia Estatal de Investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

1. INTRODUCCIÓN

Según el artículo 4 de la Directiva 2008/98, de 19 de noviembre, sobre los residuos (en adelante, DR):

“1. La siguiente jerarquía de residuos servirá de orden de prioridades en la legislación y la política sobre la prevención y la gestión de los residuos: a) prevención; b) preparación para la reutilización; c) reciclado; d) otro tipo de valorización, por ejemplo, la valorización energética; y e) eliminación.

2. Cuando se aplique la jerarquía de residuos contemplada en apartado 1, los Estados miembros adoptarán medidas para estimular las opciones que proporcionen el mejor resultado medioambiental global. Ello puede requerir que determinados flujos de residuos se aparten de la jerarquía, cuando esté justificado por un enfoque de ciclo de vida sobre los impactos globales de la generación y gestión de dichos residuos.

Los Estados miembros garantizarán que el desarrollo de la legislación y política de residuos sea un proceso plenamente transparente, en el que se observen las normas nacionales relativas a la consulta y participación de los ciudadanos y las partes interesadas.

Los Estados miembros tendrán en cuenta los principios generales de precaución y sostenibilidad en el ámbito de la protección medioambiental, viabilidad técnica y económica, protección de los recursos, así como el conjunto de impactos medioambientales, sobre la salud humana, económicos y sociales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1² y 13³.

3. Los Estados miembros harán uso de instrumentos económicos y de otras medidas a fin de proporcionar incentivos para la aplicación de la jerarquía de residuos, como los que se indican en el anexo IV bis u otros instrumentos y medidas adecuados”.

Este precepto recoge uno de los principios específicos clásicos del sector (ALENZA GARCÍA, 2012). Como se ve, desde 2008 enuncia cinco posibilidades que se presentan por orden de preferencia estableciendo así una jerarquía de opciones que, entre otras cosas, los Estados miembros han de respetar al elaborar sus planes de gestión (artículo 28 DR) y sus

² El artículo 1 DR dice que “[L]a presente Directiva establece medidas destinadas a proteger el medio ambiente y la salud humana mediante la prevención o la reducción de la generación de residuos y de los impactos negativos de la generación y gestión de los residuos, mediante la reducción del impacto global del uso de los recursos y mediante la mejora de la eficiencia de dicho uso, elementos cruciales para efectuar la transición a una economía circular y garantizar la competitividad de la Unión a largo plazo”.

³ El artículo 13 DR agrega que “[L]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que la gestión de los residuos se realizará sin poner en peligro la salud humana y sin dañar al medio ambiente y, en particular: a) sin crear riesgos para el agua, el aire o el suelo, ni para la fauna y la flora; b) sin provocar incomodidades por el ruido o los olores; y c) sin atentar contra los paisajes y los lugares de especial interés”.

programas de prevención (artículo 29 DR). Bien es verdad que también se admiten excepciones a tal prelación para “determinados flujos de residuos” pero para ello se requiere que los Estados justifiquen la concurrencia de razones fundadas en un único criterio que es el del “ciclo de vida” (DE SADELEER, 2016, 191).

El precepto en cuestión suscita problemas de interpretación que dificultan su aplicación práctica así como el efectivo logro de los objetivos que persigue. Pese a ello, la reforma de 2018 -que trae causa del despliegue del Plan de Acción de la Unión Europea para la economía circular- no ha estimado necesario revisar su redacción preexistente pero le ha añadido el nuevo apartado 3 que remite a un Anexo también nuevo. Se trata del Anexo IV *bis* DR que lista 15 “ejemplos de instrumentos económicos y otras medidas para incentivar la aplicación de la jerarquía de residuos”. Y el caso es que el “ejemplo” número 12 sugiere “[I]ncentivos económicos para las autoridades regionales y locales, en particular para fomentar la prevención de residuos e intensificar los sistemas de recogida separada, *evitando apoyar el depósito en vertederos y la incineración*” (énfasis añadido).

En estas circunstancias, la Sentencia de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019 [Verdi Ambiente e Società (VAS) y Movimento Legge Rifiuti Zero per l’Economia Circolare, asunto C-305/18] aborda un caso muy sugerente para reflexionar sobre el encaje de la incineración en la jerarquía de opciones en tiempos de economía circular.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

Italia viene acumulando numerosas condenas por incumplimiento del Derecho (comunitario) europeo de los residuos. Así, sobre la base de legislación interna preexistente que data del año 2006 y entre otras medidas para tratar de poner remedio a esa situación, en el año 2014 se adoptó un *Decreto legge* que emplazaba al Presidente del Consejo de Ministros a adoptar, tras los trámites oportunos, un Decreto para determinar “a nivel nacional la capacidad total de tratamiento de residuos urbanos y asimilables” de los distintos tipos de “instalaciones de incineración” que se concretarán luego, “con el fin de lograr un reequilibrio socioeconómico progresivo entre las zonas del territorio nacional y respetando los objetivos

de recogida separada y de reciclado de los residuos, teniendo en cuenta la planificación regional”. Y añadió que las instalaciones así “identificadas constituirán infraestructuras y establecimientos estratégicos de interés nacional preeminente, aplicarán un sistema integrado y moderno de gestión de residuos urbanos y asimilables, garantizarán la seguridad nacional mediante la autosuficiencia, permitirán afrontar y evitar nuevos procedimientos de infracción por inaplicación de las normas europeas en la materia y limitarán el vertido de residuos”⁴.

En línea con ello, el 10 de agosto de 2016 se dicta el Decreto del Presidente del Consejo de Ministros relativo a la determinación de la capacidad total de tratamiento de las instalaciones de incineración de residuos urbanos y asimilables en funcionamiento o autorizadas a nivel nacional, así como a la determinación de las necesidades residuales que se han de cubrir mediante la construcción de instalaciones de incineración con valorización de residuos urbanos y asimilables⁵. Se trata de un documento extenso (ocupa 50 páginas de la *Gazzetta Ufficiale*) y complejo, pues consta de un largo preámbulo al que siguen tan sólo seis preceptos pero tres de ellos remiten a otras tantas “tablas” para cada una de las categorías que se determinan conforme a los datos y criterios que figuran en otros tres anexos y todo lo cual se completa con un apéndice final. En síntesis, y a los efectos que aquí interesan, es importante notar que el artículo 2 del propio Decreto ofrece una amplia definición del concepto de “plantas de incineración” pues permite englobar en él tanto las destinadas a operaciones de eliminación⁶ como de valorización⁷. Hecha esta advertencia, el Decreto tiene un triple objeto:

1. Determinar a nivel nacional la capacidad real de tratamiento de las instalaciones de incineración de residuos urbanos y asimilables que estaban en funcionamiento en noviembre de 2015. A estos efectos, el artículo 3 remite a la Tabla A, donde aparece un listado de 40 plantas con datos relativos a su correspondiente ubicación y capacidad de tratamiento.

⁴ Artículo 35 del Decreto *Legge* n. 133, de 12 de septiembre de 2014, posteriormente convalidado, con modificaciones, como Ley n.º 164, de 11 de noviembre de 2014.

⁵ Publicado en [GURI n.º 233](#), de 5 de octubre de 2016.

⁶ Artículo 2.1.a).i del Decreto por referencia a la operación D10 (incineración en tierra).

⁷ Artículo 2.1.a).ii del Decreto por referencia a la operación R1 (Utilización principal como combustible u otro modo de producir energía cuando su eficacia energética sea igual o superior a los umbrales establecidos en la DR).

2. Determinar a nivel nacional la capacidad potencial de tratamiento de las instalaciones de incineración de residuos urbanos y asimilables autorizadas y que no estaban en funcionamiento en noviembre de 2015. A estos efectos, el artículo 4 remite a la Tabla B, donde aparece un listado de 5 plantas con los mismos datos para cada una de ellas que la anterior.
3. Determinar, a nivel suprarregional y regional, las instalaciones de incineración con valorización energética (aquí sí consta esta especificación) de residuos urbanos o asimilables que se han de construir o mejorar para cubrir las necesidades residuales nacionales de tratamiento de tales residuos. A estos efectos, el artículo 5 remite a la Tabla C donde se establece el número total de nuevas plantas necesarias, que resultan ser 8, y que se distribuyen por Macroáreas geográficas [Norte (0), Centro (3), Sur (2), Cerdeña (1) y Sicilia (2)]. Obliga también a ampliar la capacidad de plantas ya existentes en dos de esas Macroáreas (Sur y Cerdeña).

Por último, el artículo 6.1 del Decreto recoge una serie de “disposiciones finales” que se encabezan con la que recuerda que “las instalaciones identificadas en las tablas A, B y C *son infraestructuras y establecimientos estratégicos de interés nacional preeminente* y constituyen un sistema integral y moderno de gestión de residuos urbanos y asimilables, que garantiza la seguridad nacional mediante la autosuficiencia del ciclo integrado de gestión de residuos, como exige el artículo 16 de la Directiva sobre residuos” (énfasis añadido).

El Decreto que se acaba de glosar fue impugnado por las asociaciones *Verdi Ambiente e Società* (VAS) y *Movimento Legge Rifiuti Zero per l'Economia Circolare* ante el Tribunal Regional de lo contencioso-administrativo del Lacio. A la vista de las alegaciones de las partes en el litigio principal, el Tribunal apreció que la validez del Decreto depende de su conformidad con el Derecho (comunitario) europeo por lo que decidió suspender aquel procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia Europeo tres cuestiones prejudiciales que la Sala de Luxemburgo acaba reformulando en las dos que se analizan a continuación.

3. LAS CUESTIONES A DEBATE

3.1. Planteamiento y pronunciamientos del fallo

Al parecer de la Sala, “[M]ediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el principio de «jerarquía de residuos», conforme se enuncia en el artículo 4 de la Directiva sobre residuos y a la luz del artículo 13 de la misma Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que califica las instalaciones de incineración de residuos de «infraestructuras y establecimientos estratégicos de interés nacional preeminente»”. A esta cuestión responderá el TJUE que “no se opone” pero “siempre que dicha normativa sea conforme con las disposiciones de la Directiva que establecen obligaciones más específicas” (primer pronunciamiento del fallo).

Por otra parte, la Sala aprecia que “[M]ediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva EEPP debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, integrada por una normativa primaria y por sus normas de desarrollo, que aumenta la capacidad de las instalaciones de incineración de residuos existentes y que prevé la creación de nuevas instalaciones de esta naturaleza, puede considerarse comprendida en el concepto de «planes y programas», en el sentido de esta Directiva, que puedan tener repercusiones significativas sobre el medio ambiente y que, en consecuencia, deban ser objeto de una evaluación medioambiental previa”. A esta cuestión responderá el TJUE que tal normativa “está comprendida en el concepto de «planes y programas», en el sentido de dicha Directiva, cuando pueda tener repercusiones significativas sobre el medio ambiente y, en consecuencia, debe ser objeto de una evaluación medioambiental previa”.

3.2. Sometimiento a evaluación ambiental estratégica de planes y programas

Para llegar a este segundo pronunciamiento del fallo el razonamiento parte de la premisa de que, visto su objeto, la normativa nacional controvertida “aplica las decisiones estratégicas de un Estado miembro en materia de valorización o de eliminación de residuos” (apartado 41). Y parece que gracias a ello “procede determinar si esa normativa entra en el ámbito de

aplicación de la Directiva EEPP” (apartado 42). A tal efecto, tiene en cuenta los artículos 3 y 2.a) de dicha Directiva así como la jurisprudencia que versa sobre la noción de planes y programas que ofrece este último (apartados 43, 44 y 45). Con eso basta para confirmar que el Decreto italiano, al haber sido adoptado por una autoridad nacional y venir exigido por un Decreto-ley, reúne las dos condiciones necesarias para ser considerado como tal (apartado 46)⁸.

Ahora bien, para que tal plan esté sometido a EAE tienen que cumplirse otros requisitos que la sentencia va revisando en apartados sucesivos. Así, a la luz del artículo 3.2.a) de la Directiva EEPP, la Sala entiende que “entre los sectores contemplados en esta disposición figura la gestión de residuos, de modo que se cumple el primer criterio” (apartados 47 y 48). Sin embargo, aunque reconoce que “las instalaciones de eliminación de residuos por incineración y sus modificaciones o ampliaciones” están sometidas a evaluación de impacto ambiental de proyectos (apartado 49), se resiste a emitir un pronunciamiento directo sobre el requisito restante de manera que, tras extractar “reiterada jurisprudencia” sobre el particular, asegura que “[C]ompete al órgano jurisdiccional remitente, a la luz de la jurisprudencia citada en los apartados 50 a 52 de la presente sentencia, apreciar si una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal define el marco para la autorización de proyectos” (apartado 53). Y, “suponiendo que así sea, procede observar que dicha normativa”, a la vista de su objeto, “puede tener repercusiones significativas en el medio ambiente, extremo que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente” (apartado 54). Para lo cual tendrá en cuenta que “el aumento de la capacidad de funcionamiento de las instalaciones de incineración de residuos justifica que se susciten dudas acerca de la suficiencia de las evaluaciones efectuadas con anterioridad con vistas a autorizar la puesta en funcionamiento de las instalaciones de incineración existentes” (apartado 55).

⁸ Abundando en esta cuestión, más adelante (apartado 57) dirá que “no cabe acoger la objeción formulada por el Gobierno italiano de que, al constituir la normativa nacional controvertida en el litigio principal únicamente un marco de referencia, no se cumple el segundo requisito mencionado en el artículo 3, apartado 2, letra a), de la Directiva EEPP. En efecto, el hecho de que una normativa nacional presente cierto grado de abstracción y persiga un objetivo de transformación del marco existente ilustra su dimensión programática o planificadora y no impide su inclusión en el concepto de «planes y programas»”. Y, “[P]or otra parte, el hecho de que en un momento posterior, cuando se realice la planificación a nivel regional, se lleve a cabo una evaluación medioambiental de conformidad con la Directiva EEPP, no incide en la aplicabilidad de las disposiciones relativas a dicha evaluación” (apartado 56).

3.3. Alcance del principio de jerarquía de opciones

No cabe desconocer la importancia práctica que para la resolución final del litigio de origen puede tener esta virtual asimilación material entre Decreto y plan. Pero, como ya sido oportunamente apuntado (REVUELTA PÉREZ, 2019), es el primer pronunciamiento del fallo el que reviste mayor interés en la evolución de la jurisprudencia europea. Para llegar a la conclusión que en él se expresa, el razonamiento parte de la presunción de que “las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente parecen tener su origen en el hecho de que el Decreto de 10 de agosto de 2016 no confiere una calificación similar a las instalaciones destinadas al tratamiento de residuos para su reciclado y reutilización, aun cuando el artículo 4 de dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de aplicar en su legislación y en su política sobre prevención y gestión de residuos un orden jerárquico de las operaciones de tratamiento de residuos” (apartado 26). A continuación, recuerda el tenor literal del artículo 4.1 DR en su redacción anterior a la reforma de 2018 (apartado 27) y extracta la doctrina establecida en la única sentencia que lo había interpretado, bien que de forma tangencial, hasta ese momento (apartado 28)⁹. E inmediatamente añade que “la jerarquía de residuos constituye un objetivo, lo que deja un margen de apreciación a los Estados miembros, a los que no obliga a optar por una solución de prevención y de gestión específica” (apartado 29). Después enlaza esta observación con el primer párrafo del artículo 4.2 DR cuya redacción, por lo visto, no requiere para la Sala la menor aclaración (apartado 30). Llegados a este punto, la argumentación transcribe el artículo 13 DR (apartado 31) y recuerda que “el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, si bien es cierto que el referido artículo 13 no especifica el contenido concreto de las medidas que deban adoptarse para garantizar que los residuos se gestionen sin poner en peligro la salud humana y sin perjudicar el medio ambiente, no es menos cierto que dicho artículo obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado que debe alcanzarse, pero les deja un margen de apreciación en la evaluación de la necesidad de tales medidas” (apartado 32).

⁹ Se trata de la STJUE de 18 de diciembre 2014 (C-551/13, *Societá Edilizia Turística Alberghiera Residenciale, SETAR*). En realidad, versaba sobre el artículo 15 DR aunque “en relación con los artículos 4 y 13 de ésta”. Y se limitó a constatar que el artículo 4.1 DR, “que establece la jerarquía de residuos tal como debe servir de orden de prioridades en la legislación y la política sobre la prevención y la gestión de los residuos, no permite inferir que sea necesario dar la prioridad a un sistema que permita a los productores de residuos eliminarlos por sí mismos. Por el contrario, la eliminación de los residuos sólo aparece en último lugar de la citada jerarquía”.

Con todo, lo decisivo es que “[E]n el presente asunto, el hecho de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal califique las instalaciones de incineración de residuos de «infraestructuras y establecimientos estratégicos de interés nacional preeminente» no significa que el legislador nacional pretenda apartarse de las indicaciones resultantes del principio de «jerarquía de residuos» que establece la Directiva sobre residuos” (apartado 33). “En efecto, por una parte, como sostienen las demandantes en el litigio principal, dicha calificación nacional solo es aplicable a este tipo de instalaciones” (apartado 34). “Ahora bien, el hecho de que una normativa nacional califique las *instalaciones* de incineración de residuos de «prioritarias» no significa que se otorgue esa misma calificación a las *operaciones* de tratamiento de residuos que se realizan en ellas y, en consecuencia, que se confiera a dichas operaciones algún tipo de prioridad sobre las otras operaciones de prevención y de gestión de residuos” (apartado 35, énfasis añadidos). Establecida esta sutil distinción entre “instalaciones” y “operaciones”, la Sala observa que, en realidad, “como alega el Gobierno italiano, tal calificación tiene por objeto racionalizar y facilitar la tramitación del procedimiento de autorización, a fin de subsanar la inexistencia de una red nacional de gestión de residuos como se ha declarado en sentencias anteriores del Tribunal de Justicia” (apartado 36)¹⁰.

Lo cual, claro está, no supone una negación del principio de jerarquía de opciones puesto que “si bien corresponde a los Estados miembros decidir qué medio es más adecuado para dar cumplimiento al principio de «jerarquía de residuos», estos también deben observar otras disposiciones de la Directiva sobre residuos que establecen obligaciones más específicas” (apartado 38).

4. CONCLUSIONES

Para valorar el alcance de esta Sentencia hay que tener en cuenta que “según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no corresponde a éste pronunciarse, en el marco de un procedimiento planteado en aplicación del artículo 267 TFUE, sobre la compatibilidad

¹⁰ Tras mencionar seis de esas sentencias, se invoca el artículo 260.1 TFUE conforme al cual, “si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal” (apartado 37).

de normas de Derecho interno con el Derecho de la Unión ni interpretar disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales” sino “proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho de la Unión que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para la resolución del asunto que le haya sido sometido”¹¹.

En el caso presente, sin embargo, la aportación de “elementos” para la exégesis del artículo 4 DR puede parecer crítica o escasa mientras que la *ratio decidendi* se basa en la interpretación que el Tribunal de Justicia hace en los apartados 33 a 36 de la voluntad del “legislador nacional” y, en particular, en el significado que la Sala atribuye al carácter “estratégico” y al “interés nacional preeminente” que aquél otorga, a efectos puramente administrativos, a las “instalaciones” -que no a las “operaciones”- de incineración. Sin embargo, puede decirse que la Sentencia acierta al sugerir al juez nacional que la conformidad del Decreto italiano con las exigencias del principio de jerarquía de opciones debe basarse en esas otras “obligaciones más específicas” con él vinculadas y que el escenario más indicado para el examen de esta cuestión es el del análisis de alternativas que es preceptivo en los procedimientos de evaluación ambiental estratégica de planes y programas (EAE).

De hecho, con una interpretación conjunta de los dos pronunciamientos del fallo, cuesta imaginar un desenlace del litigio principal que permita la subsistencia de las previsiones del Decreto italiano sin su sometimiento a EAE. Este resultado no debería suponer en modo alguno una victoria pírrica para las asociaciones recurrentes. Lo sería, desde luego, si la EAE se viera como un mero trámite y se llevara a cabo con rutinaria mentalidad tecnocrática. Sin embargo, un recto entendimiento de esta técnica debería aprovechar, tanto en Italia como en cualquier otro país de la Unión Europea, las posibilidades que brinda la EAE para el control del uso que pueda llegar a hacer el planificador de ese “margen de apreciación” que recurrentemente reconoce la Sentencia. En este sentido, la EAE debería servir no ya para reaccionar frente a “impactos” que solo cabe apreciar en la posterior EIA de concretos proyectos sino para entablar un debate limpio y sincero, transparente, global y no fragmentado, abierto de verdad a la participación temprana, real y efectiva¹² sobre la

¹¹ Apartados 31 y 32 de STJUE de 18 de diciembre de 2014 (SETAR, C-551/13).

¹² Esta dimensión aparece oportunamente resaltada en el apartado 58 de la Sentencia objeto de este comentario al recordar la interpretación preexistente de varios preceptos de la Directiva EEPP que llevan a sostener que “tiene por objeto no solo contribuir a la protección del medio ambiente, sino también permitir la participación del público en el proceso de toma de decisiones”.

sostenibilidad (en su triple e interrelacionada dimensión ambiental, económica y social) de las propuestas del plan. Y ya se sabe que “tomada en serio, la sostenibilidad no es una vitola de propaganda sino un conjunto de criterios sustantivos que vienen a limitar la discrecionalidad” tanto del planificador como del evaluador (SANTAMARÍA ARINAS, 2019b, 169).

Tratándose de instalaciones de gestión de residuos, tal debate tendrá que seguir teniendo como referencia el principio de jerarquía de opciones pero también pondrá a prueba su coherencia con las exigencias propias del principio de economía circular. Y nótese que, aunque tal coherencia se viene dando por supuesta, en el estado actual de evolución de la normativa del sector la coexistencia de ambos principios puede deparar puntos de fricción. En efecto; las opciones de la jerarquía se construyen con tecnicismos bien conocidos pero no siempre precisos y que, en abstracto, se reputan teóricamente admisibles de manera que, en la práctica, permiten hablar en ciertos foros de un supuesto “principio de gestión integrada” según el cual “ningún escalón o infraestructura en solitario es capaz de lograr gestionar la totalidad de los residuos” por lo que se requieren “actuaciones en todos los escalones que terminen conformando una combinación de alternativas de gestión”¹³. Si esto es así, y puede que no lo sea en un contexto de economía circular que, al menos en un sentido estricto, obligaría a centrar la atención en la eficiencia material en el uso de los recursos (SANTAMARÍA ARINAS, 2019a)¹⁴, la clave está en la proporción en que tales ingredientes se mezclan en cada caso por el planificador para lo cual se han de tener en cuenta no ya principios sino auténticas normas que vayan concretando la primacía de unas opciones sobre otras mediante obligaciones en materia de prevención, de recogida separada, de preparación para la realización y reciclado así como la subsidiariedad frente a ellas de la valorización energética¹⁵ y, por supuesto, de la eliminación¹⁶.

¹³ Plan Integral de Gestión de Residuos Urbanos de Gipuzkoa (PIGRUG 2002-2016), p. 57.

¹⁴ La reforma de 2018 ha dado carta de naturaleza al concepto de “valorización de materiales” que se define como “toda operación de valorización distinta de la valorización energética y de la transformación en materiales que se vayan a usar como combustibles u otros medios de generar energía. Incluye, entre otras operaciones, la preparación para la reutilización, el reciclado y el relleno” (artículo 3.15 *bis* DR).

¹⁵ Así, por ejemplo, el artículo 10.4 DR obliga a los EEMM a garantizar que los residuos que hayan sido recogidos de forma separada para reutilización o reciclado “no sean incinerados, a excepción de los residuos procedentes de operaciones posteriores de tratamiento de los residuos recogidos de forma separada para los que la incineración ofrezca el mejor resultado medioambiental”.

¹⁶ El artículo 12 DR ha añadido que “[A] más tardar el 31 de diciembre de 2024, la Comisión llevará a cabo una evaluación de las operaciones de eliminación enumeradas en el anexo I” y presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo, acompañado, en su caso, de una propuesta legislativa, con miras a regular las operaciones

Entre tanto, parece estar fuera de discusión que la incineración como operación de eliminación no responde ni siquiera a los criterios de un concepto amplio de economía circular. Pero de ello no se sigue, necesariamente, que la incineración como operación de valorización (energética) sí lo haga con carácter universal (REAL FERRER, 2016). Dependerá del papel que en cada momento y lugar se le asigne frente a las demás opciones prioritarias en el conjunto del sistema de gestión integral de residuos considerado en un plan dado. Y, por tanto, de factores locales que pueden ser decisivos en la EAE como la justificación de su necesidad tras un detenido contraste de los costes ambientales, sociales y económicos de todas y cada una de las alternativas disponibles.

Y es que, en función de las circunstancias, el mayor o menor rendimiento energético puede ser suficiente para ascender del último peldaño al penúltimo de la jerarquía pero no basta para acceder a las cotas superiores reservadas a las opciones de auténtica circularidad. Menos aún si alimentar los hornos supone prolongar el exceso de capacidad relativa frente a las operaciones de valorización material¹⁷. Ni basta tampoco para compensar por sí sólo, en términos de sostenibilidad, el peso acumulado de eventuales indicadores negativos de carácter ambiental [emisiones y coherencia con las estrategias de lucha contra el cambio climático (artículo 7.2 LRSC)], económico (cuánto cuesta) y social (cómo se reparten sus cargas y beneficios).

de eliminación, incluso mediante posibles restricciones, y a *examinar un objetivo de reducción de la eliminación*” (énfasis añadido).

¹⁷ Sobre el redimensionamiento del conjunto de las instalaciones versan los considerandos 5 y 57 DR: “Muchos EEMM aún no han desarrollado del todo las infraestructuras de gestión de residuos necesarias. Es esencial, por tanto, fijar objetivos claros de actuación a largo plazo que orienten las medidas e inversiones, *evitando en particular que se creen unas capacidades excesivas de carácter estructural para el tratamiento de residuos residuales y que se bloqueen materiales reciclables en los niveles inferiores de la jerarquía de residuos*” (énfasis añadido). En relación con ello, pueden verse algunas medidas económicas que el Anexo IV *bis* DR dedica a las inversiones tanto en vertederos como en incineradoras para incentivar “la prevención y el reciclado de residuos”. O la nueva exigencia del artículo 28.3 DR para que los planes de gestión contengan “una evaluación de la *necesidad de cerrar instalaciones existentes de residuos y de infraestructuras adicionales*” (énfasis añadido).

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J.F. Los principios de la política de residuos. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 23, 2012, pp. 215-258.
- SADELEER, N. de. Droit des déchets de l'UE: de l'élimination à l'économie circulaire. Bruselas: Bruylant, 2016.
- LLORENTE-GONZÁLEZ, L.J.; VENCE, X. Decoupling or 'Decaffing'? The Underlying Conceptualization of Circular Economy in the European Union Monitoring Framework. *Sustainability*, n. 11, 2019. Disponible en: <https://www.mdpi.com/2071-1050/11/18/4898> (Fecha último acceso 30-04-2020).
- NOGUEIRA LÓPEZ, A. Cuadrar el círculo: el complejo equilibrio entre el impulso de la economía circular y unas reglas de mercado expansivas. *InDret*, n. 3, 2019. Disponible en: <http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=2236&pdf=1480.pdf> (Fecha de último acceso).
- REAL FERRER, G. Residuos y sostenibilidad: el modelo europeo la opción por la termovalorización. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 35, 2016, pp. 57-87.
- REVUELTA PÉREZ, I. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de mayo de 2019 (cuestión prejudicial de interpretación) sobre las Directivas 2008/98/CE, relativa a los residuos (art. 4, “jerarquía de residuos”); y, 2001/42/CE, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (concepto de planes y programas). *Actualidad Jurídica Ambiental*, 6 de junio de 2019. Disponible en: <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-union-europea-italia-residuos-evaluacion-ambiental-estrategica/> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- SANTAMARÍA ARINAS, R. J. Economía circular: líneas maestras de un concepto jurídico en construcción. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. 10, n. 1, 2019a. Disponible en: <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/2567> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- *Curso básico de Derecho Ambiental General*. Oñati: IVAP, 2019b.

XXXVIII. Los caracteres básicos del crimen de ecocidio¹

Pablo Serra Palao

Becario de la Escuela Diplomática de España

pabloserrapalao@gmail.com

RESUMEN:

En el transcurso de la Guerra de Vietnam, el mundo observó consternado cómo se justificaba una destrucción ambiental sin precedentes sobre la base de fines militares. El rechazo que provocó semejante violación a la naturaleza hizo que se pusiera nombre a una práctica que ya venía caracterizando la conducta del ser humano desde hacía tiempo: ecocidio. Desde sus primeros pasos, circunscrito al tiempo de guerra, hasta tesis maximalistas más contemporáneas, cada vez más personalidades del mundo académico se acercan a lo que podría ser una poderosa herramienta para atajar la impunidad ambiental. Las vicisitudes que trae consigo el camino hacia la consagración de este crimen en el derecho internacional, solo pueden ser superadas mediante un debate doctrinal que fortalezca los fundamentos teóricos de un concepto con voluntad de convertirse en figura jurídica.

ABSTRACT:

During the Vietnam War, the world watched in dismay as unprecedented environmental destruction was justified on the basis of military purposes. The rejection of such violation of nature led to the naming of a practice that had long been characterized human behaviour: ecocide. Since its first stages, confined to wartime, to contemporary maximalist theses, a growing number of scholars are getting closer to what could be a powerful tool to tackle environmental impunity. The challenges of the path towards the consolidation of this crime in international law can only be overcome through a doctrinal debate that strengthens the theoretical underpinnings of a concept willing to become a legal form.

¹ Las ideas reflejadas en esta obra tienen su origen en el Trabajo Final del Máster Interuniversitario en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Escuela Diplomática de España, curso 2018-2019.

PALABRAS CLAVE: Ecocidio; Delito ambiental; Derecho internacional ambiental; Crimen internacional; Justicia climática

KEYWORDS: Ecocide; Environmental crime; International environmental law; International crime; Climate justice

SUMARIO

1. Introducción	774
2. Los caracteres básicos del crimen.....	776
2.1. Hechos con posibilidad de ser sancionados como crimen de ecocidio.....	776
2.2. Actores que podrían ser enjuiciados	780
2.3. La exigencia de intencionalidad para atribuir responsabilidad: un obstáculo para la aplicación eficaz del crimen de ecocidio.....	783
3. Conclusión	785
4. Bibliografía.....	786

1. INTRODUCCIÓN

Desde Arthur W. Galston, biólogo que a inicios de la década de los años 70' acuñó el término “ecocidio” para señalar expresamente la destrucción deliberada y permanente del medio ambiente presenciada en la Guerra de Vietnam², los fundamentos teóricos de este concepto han experimentado un paulatino desarrollo doctrinal. El punto de partida lo marcó el profesor Richard Falk, quien de forma completamente innovadora redactaba en 1973 un proyecto de Convención Internacional sobre el Crimen de Ecocidio³. Así, Falk desplegó una campaña que abogaba por la prohibición de la “guerra ambiental”, planteando un concepto de este crimen ligado a las situaciones de conflictos armados y a la valoración del medio ambiente como un objetivo bélico para mermar las capacidades del enemigo.

² ZIERLER, D. (2011), *The Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam, and the Scientists Who Changed the Way We Think about the Environment*, Athens, Georgia, University of Georgia Press, pp. 15-19.

³ FALK, R. A. (1973), “[Environmental Warfare and Ecocide - Facts, Appraisal and Proposals](#)”, *Revue Belge de Droit International*, Vol. 1, pp. 21-24.

La evolución posterior a Falk se ha caracterizado por una dilatación del contenido abarcado por este concepto así como un perfeccionamiento del mismo. En este sentido, supuso un claro avance la consideración de este crimen en tiempos de paz, siendo Ludwik A. Teclaff uno de los pioneros en defender esta postura. Este autor estimó que, entendiendo el ecocidio como la destrucción masiva del medio ambiente, nada impedía aplicarlo también más allá de los conflictos bélicos⁴. A Teclaff le han seguido autores como Mark Gray⁵ o, recientemente, Laurent Neyret⁶, quienes han contemplado la intencionalidad o negligencia en el autor de los hechos como elementos característicos del crimen. Más aún, Neyret ha llegado a elaborar dos proyectos de convenciones internacionales, una contra la delincuencia ambiental y otra contra el ecocidio⁷.

Sin embargo, quien parece haber tenido mayor influencia tanto en el plano teórico como en los resultados prácticos ha sido Polly Higgins. Desde una perspectiva maximalista, esta autora percibe el ecocidio básicamente como toda destrucción, pérdida o daño grave a un ecosistema hasta el punto de menoscabar seriamente el disfrute pacífico de sus habitantes (englobando a todas las especies), llegando a construir una completa teoría en la que confecciona una dicotomía a partir del propio término, diferenciando entre un ecocidio ocasionado por la actividad humana y otro debido a catástrofes naturales⁸.

Lo recientemente expuesto supone una sencilla pincelada que sirve para asimilar la imparable progresión de una corriente doctrinal que trabaja por ver reducida la impunidad ambiental gracias a la consagración de este crimen en el Derecho. Por lo pronto, y sin apartar la mirada de las evidentes limitaciones de esta obra, se ha reconocido la utilidad de fijarse única y exclusivamente en determinados aspectos del ecocidio. En consecuencia, se hará hincapié en

⁴ TECLAFF, L. A. (1994), "[Beyond Restoration – The Case of Ecocide](#)", *Natural Resources Journal*, Vol. 34, nº 4, pp. 933-934.

⁵ GRAY, M. A. (1996), "The International Crime of Ecocide", *California Western International Law Journal*, Vol. 26, nº 2, p. 216.

⁶ NEYRET, L. (2017), [From Ecocrimes to Ecocide. Protecting the Environment Through Criminal Law, C-EENRG Reports 2017-2, Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance](#), University of Cambridge, pp. 130-136.

⁷ *Ibíd.*, pp. 13-56.

⁸ HIGGINS, P. (2012), *Earth is our Business: changing the rules of the game*, Londres, Shephard-Walwyn (Publishers) Ltd., pp. 3-4.

aquellos factores cuyo mayor pragmatismo dinamiza y sin duda aumenta las probabilidades de incorporar este crimen al derecho internacional, siendo esencial realzar esta practicidad si de verdad se aspira a combatir la falta de operatividad que trae consigo obstinarse en un círculo vicioso de abstracción teórica, el cual atrapa y ralentiza una transición efectiva de la teoría a la acción.

2. LOS CARACTERES BÁSICOS DEL CRIMEN

El presente apartado comienza introduciendo algunos sucesos que estarían catalogados bajo el título de ejemplos de ecocidio, básicamente en virtud de las condiciones que convergen en ellos. Más adelante, y una vez formulados aquellos sujetos que podrían ser acusados como responsables de este delito, se hará uso de las principales teorías para abordar qué tipo de responsabilidad habría de concurrir en el autor del hecho presuntamente delictivo para calificarlo como tal. El dilema residirá en limitar la responsabilidad a la presencia de intencionalidad o negligencia grave en el sujeto o bien ampliar el espectro haciendo uso de la teoría de la responsabilidad objetiva, incrementando significativamente la persecución de este crimen.

2.1. Hechos con posibilidad de ser sancionados como crimen de ecocidio

Quien espere de las próximas líneas una guía completa a la cual acudir para evaluar y discernir si un determinado hecho se trata de un ecocidio, se llevará una decepción. Y es que como se venía diciendo, el propósito aquí radica en que cualquiera pueda empaparse de una visión integral de los aspectos básicos del crimen y lo mucho que se ha avanzado en la temática, para que de tal modo no se vea irrealizable o lejana una figura jurídica de estas cualidades. Por lo tanto, con esa finalidad se ha considerado de utilidad presentar una serie de ejemplos que ilustran sin carácter exhaustivo qué situaciones podrían llegar a entablar un ecocidio.

Pero antes, se estará de acuerdo en que habría de clarificarse qué nivel de daño, destrucción o pérdida de un ecosistema quedaría circunscrito dentro de los límites de este delito para constatar la consumación del mismo. En consonancia con lo dispuesto por Higgins, existen mayores facilidades de verificar la destrucción o pérdida de un ecosistema mediante la

recopilación de datos. Empero, no ocurre lo mismo con el daño, puesto que el tamaño, duración o magnitud del impacto producido por el mismo a un territorio dado deberán ser factores a tener en cuenta para resolver si efectivamente se ha cometido el delito⁹. Para solventar el requisito de aclarar los atributos del daño, Higgins se asiste de lo previsto para el contexto de un conflicto armado en el artículo 8 apartado 2 (b) del Estatuto de Roma de la CPI, en donde se contemplan los daños “extensos, duraderos y graves” al medio ambiente. Higgins destaca que esta terminología del Estatuto de Roma se recuperó de la empleada en el Convenio sobre la Prohibición de utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1976 (Convenio ENMOD, por sus siglas en inglés)¹⁰.

No obstante, quienquiera que se dirija al mencionado Convenio no encontrará en su contenido descripción alguna que le permita despejar las dudas creadas por esta terminología. Por el contrario, y como ya dijo Drumbl, hay que recurrir al informe de 1976 de la Conferencia del Comité de Desarme, y más específicamente a los acuerdos del Comité Consultivo de Expertos del Convenio ENMOD que se recoge en dicho informe. Allí, se indica que los términos aludidos deberán ser interpretados de la siguiente manera: por “extenso”, que abarca un área de varios cientos de kilómetros cuadrados; por “duradero”, que se prolonga a lo largo de un periodo de meses, o aproximadamente una temporada; y por “grave”, que implica una alteración o perjuicio significativo sobre la vida humana, los recursos naturales y económicos o sobre otros bienes¹¹. Valiéndose de estas puntualizaciones, Higgins, al igual que hicieron en su momento autores como Gray¹² y, de

⁹ HIGGINS, P. (2010), *Eradicating Ecocide: Laws and governance to prevent the destruction of our planet* (2ª ed.), Londres, Shephard-Walwyn (Publishers) Ltd., 2015, p. 63.

¹⁰ El artículo 1.1 del Convenio ENMOD establece lo siguiente: “1. Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para producir destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte.”

¹¹ DRUMBL, M. A. (1998), “[Waging War Against the World: The Need to Move from War Crimes to Environmental Crimes](#)”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 22, n° 1, pp. 127-128. Para una mirada global de los acuerdos del Comité Consultivo de Expertos del Convenio ENMOD, véase: [Report of the Conference of the Committee on Disarmament, Volume I, General Assembly Official Records: Thirty-First Session, Supplement No. 27 \(A/31/27\)](#), Nueva York, Naciones Unidas, 1976, pp. 91-92.

¹² GRAY, M. A., Op. cit, pp. 243-244.

forma mucho más completa, Drumbl¹³, encuentra en ellas una buena base a partir de la cual poder definir el daño del ecocidio¹⁴.

Con la información suministrada se pueden descifrar con soltura las razones que hay detrás de calificar como delito de ecocidio los ejemplos de daños medioambientales que se exponen a continuación.

Esta ejemplificación se hará atendiendo a la organización sugerida por Higgins, Short y South entre daños ambientales primarios y secundarios. En relación con los primarios, el resultado directo vendría a ser la destrucción y degradación de los principales medios de la Tierra, distinguiéndose cuatro (o cinco) categorías básicas: la contaminación del agua, del aire, los daños a otras especies de animales no humanos, así como la deforestación y el saqueo de tierras (esta última, aun estando en la práctica ligada a la deforestación, parece más acertado apreciarla como una categoría totalmente independiente, en virtud de la afectación a las comunidades de individuos que ven altamente perjudicada su organización social y cultural). Por lo que se refiere a los secundarios, esta categoría envuelve aquellos daños que son producto de los primarios, ya sea explotando las condiciones derivadas de estos o, incluso, como consecuencia del incumplimiento de la normativa emanada para paliar los perjuicios ambientales¹⁵. El tráfico ilegal de madera, el comercio de especies de animales o el mercado ilícito de gestión de residuos entrarían dentro de esta clase, por lo que se asemejan a los delitos ambientales o “ecocrímenes” que han sido planteados por Neyret¹⁶.

Para comprender correctamente lo explicado, se ha considerado conveniente presentar un caso de estudio que haga el trabajo de ilustrar esos daños primarios a los que Higgins *et al.* se refieren, los cuales, atendiendo a la variables ya expuestas de extensión, duración y gravedad, podrían llegar a juzgarse como crímenes de ecocidio. En este sentido, parece apropiado seleccionar el análisis que hacen autoras como Audrey Crasson y Judith Kimerling sobre las

¹³ DRUMBL, M. A., Op. cit.

¹⁴ HIGGINS, P. (2010), Op. cit, p. 64.

¹⁵ HIGGINS, P., SHORT, D. y SOUTH, N. (2013), “Protecting the Planet: A Proposal for a Law of Ecocide”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 59, nº 3, pp. 252-254.

¹⁶ MARTIN-CHENUT, K., NEYRET, L. y PERRUSO, C. (2015), “[Towards the internationalization of criminal protection of the environment: From ecocrimes to ecocide](#)”, *Brazilian Journal of International Law*, Vol. 12, nº 2, pp. 546-547.

actividades de la petrolera estadounidense Chevron Corporation en Ecuador y el desastre ambiental que su presencia acarreó. Siendo conscientes de que la sucesión de los hechos que componen este caso paradigmático ha sido mucho más compleja de lo que se podría llegar a describir en estas líneas, valga incluirlo para el simple propósito aclaratorio.

En resumen, Crasson relata que todo comenzó cuando en la década de los años 60' la empresa Chevron obtuvo del gobierno de Ecuador la autorización para explotar, por su riqueza en petróleo, la región del Lago Agrio¹⁷. Por su parte, Kimerling cuenta que en un periodo de 28 años (1964-1992), Chevron (a través de Texaco, su filial en el país) perforó 339 pozos petrolíferos, construyó 18 estaciones centrales de producción y unos 1.500 kilómetros de oleoductos (sumando a los 498 kilómetros que conforman el Sistema de Oleoducto Transecuatoriano aproximadamente otros 1.000 kilómetros de oleoductos secundarios), extrayendo cerca de 1.500 millones de barriles de crudo (alrededor de los 240 mil millones de litros). Todo esto trajo consigo, según Kimerling, el vertido directamente al medio ambiente de toneladas de desechos tóxicos procedentes de las perforaciones y el mantenimiento de las instalaciones, vertidos que evidentemente no habían pasado por ningún tipo de tratamiento previo¹⁸. A estos vertidos deliberados se le añadieron los múltiples accidentes en el sistema de oleoductos que mancharon el país dentro del periodo que Chevron estuvo operando en Ecuador, resultando, de acuerdo con los datos recogidos por Kimerling, en un derrame total cuya cifra oscila entre los 63,6 y 72,8 millones de litros de petróleo (como era de esperar, no se registraron actividades de limpieza ni mucho menos una compensación por daños)¹⁹. Asimismo, el desprecio de Chevron a la vida de todas las especies ha sido de tal envergadura que su ceguera moral y externalización de los costes ecológicos, incentivados por la expansión económica, ha provocado el hostigamiento de las comunidades indígenas que habitaban los territorios más afectados, hasta el punto de verse expulsadas de los mismos y, en algunos casos, condenadas a la extinción. Las palabras de Audrey Crasson revelan la crueldad en la que termina desembocando que las acciones estén guiadas exclusivamente por una veneración irracional hacia el progreso económico:

¹⁷ CRASSON, A. (2017), "[The Case of Chevron in Ecuador: The Need for an International Crime Against the Environment?](#)", *Amsterdam Law Forum*, Vol. 9, n° 3, p. 30.

¹⁸ KIMERLING, J. (2006), "[Indigenous Peoples and the Oil Frontier in Amazonia: The Case of Ecuador, ChevronTexaco, and Aguinda v. Texaco](#)", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 38, n° 3, pp. 449-450.

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 457-458.

“The six indigenous groups that inhabited the region have reportedly been deeply affected: two of the groups became extinct while others are struggling to survive. Chevron’s activity has disturbed their peace and harmed their dignity. Thousands of peasants were displaced. Some were victims of inhumane and degrading treatment, including sexual, physical and emotional abuses.”²⁰

Si se sugiere cualquier otro escenario real distinto al de Chevron se comprobaría perfectamente que los rasgos, métodos, consecuencias y responsables se replican en otros tantos lugares alrededor del planeta. Traer el caso de Chevron es poner sobre la mesa un claro ejemplo de ecocidio en el que coinciden aquellos requisitos del daño cuya comprensión se pretendía asimilar: extensión, duración y gravedad.

2.2. Actores que podrían ser enjuiciados

A pesar de imaginarse en buena medida quiénes serán los protagonistas de este apartado, vale la pena reagruparlos y otorgarles una exposición diferenciada. Parece que lo más sensato es importar una lógica organizativa como la de Gray, articulando las argumentaciones en función de los actores que se toparán con un enjuiciamiento, esto es, en individuo, Estado y corporaciones. Ciertamente es que, tal y como se apercibía en la reciente narración de las peculiaridades que hacían etiquetar un hecho como ecocidio, aquí también prevalecerá dotar de sencillez al contenido y velar por no desviarse de las motivaciones de esta obra: comenzar a hacer hueco en el debate académico, social y político en lengua castellana a este concepto con aspiraciones jurídicas.

De entrada, es en el individuo el sujeto sobre el que recae un total consenso a la hora de estimar su autoría. Según Gray, ya a mediados de los años 90²⁰ existía la suficiente justificación en el derecho internacional como para sostener la responsabilidad del individuo en este ámbito. En efecto, este autor propone la viabilidad de culpar a cargos políticos, personal del funcionariado de Estados en los que se cometan este tipo de daños o que controlen empresas públicas causantes de los mismos, así como al cuerpo directivo de corporaciones

²⁰ CRASSON, A., Op. cit, p. 32. Traducción al castellano: “Los seis grupos indígenas que habitaban la región se han visto afectados profundamente: dos de ellos se extinguieron mientras que el resto está luchando por sobrevivir. La actividad de Chevron ha perturbado su paz y dañado su dignidad. Miles de campesinos han sido desplazados. Algunos han sido víctimas de tratos inhumanos y degradantes, incluyendo abusos sexuales, físicos y emocionales.” (Fuente: elaboración propia).

responsables y a personalidades influyentes que dirijan o inviertan en proyectos perjudiciales para el medio ambiente²¹. En consonancia con la opinión de Gray, años más tarde Higgins aparecería en escena, respaldando con firmeza y sin vacilaciones la integración de la responsabilidad penal del superior en los fundamentos teóricos del ecocidio. Esta doctrina es aplicada comúnmente en casos internacionales a los altos mandos militares y demás personas con puestos de liderazgo en el ejército. A juicio de Higgins, consiste, a grosso modo, en que cualquier posición destacada lleva irremediablemente aparejada una responsabilidad mayor en las decisiones que se toman, ya sean estas por iniciativa propia del sujeto o de aquellas personas subordinadas. Para Higgins, sus raíces se hallan principalmente en la convicción de que los deberes y obligaciones de las personas se incrementan proporcionalmente al rango que ocupan, convirtiéndose en un contrapeso de los derechos adicionales inherentes a estos cargos. Puliendo los matices, Higgins asegura que esta doctrina puede extrapolarse al ámbito de las corporaciones o de los gobiernos, al recaer el peso de la responsabilidad superior en las personas que se encuentran en los eslabones más altos de la jerarquía empresarial o del Estado. De igual modo, se configura como un reconocimiento de que los que están por debajo seguramente hayan actuado bajo órdenes, lo que, aunque no excusa su culpabilidad, refleja que los que estaban al mando tienen una responsabilidad mayor²².

Desafortunadamente, se pasará de puntillas por la responsabilidad de los Estados. Aunque se hubiera deseado reparar con más tranquilidad, ni Gray la desarrolla lo suficiente, ni atrae la atención de especialistas más cercanos en el tiempo como Higgins o Neyret. Una, porque la teoría de la responsabilidad del superior impregna toda su obra, por lo que su fijación reposa sobre el individuo²³; el otro, porque en los proyectos de convenciones internacionales

²¹ GRAY, M. A., Op. cit, p. 221.

²² HIGGINS, P. (2010), Op. cit, pp. 108-109.

²³ Nótese que el Preámbulo del proyecto de Ley de Ecocidio para el Reino Unido que preparó Higgins en 2010 establece lo siguiente: “5. All Heads of State, Ministers, CEOs, Directors and any person(s) who exercise rights, implicit or explicit, over a given territory have an explicit responsibility under the principle of superior responsibility that applies to the whole of this Act.” Véase HIGGINS, P. (2012), Op. cit, p. 158. Traducción al castellano: “Todos los Jefes de Estado, Ministros, Directores Ejecutivos, Directores Generales y cualquier persona o personas que ejerzan derechos, implícitos o explícitos, sobre un territorio determinado, tienen una responsabilidad explícita en virtud del principio de responsabilidad del superior que se aplica a la totalidad de la presente Ley.” (Fuente: elaboración propia).

en los que trabajó se baraja la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas, excluyendo expresamente a los Estados y otros organismos públicos de la definición de persona jurídica²⁴. Con este escenario, y teniendo en cuenta que adentrarse profundamente en la responsabilidad del sujeto de derecho internacional por excelencia rebasa los límites naturales de esta obra, quedaría solamente resaltar la necesidad de un mayor debate doctrinal en este sentido. Al fin y al cabo, Gray no estaba en absoluto equivocado al defender que los Estados se podrían ver vinculados a este crimen cuando de sus políticas y actividades se derivase o permitiese un daño medioambiental de tal gravedad como para calificarlo de ecocidio²⁵.

Para concluir, son las corporaciones el sujeto que genera mayor controversia en su clasificación como responsable de este tipo de delitos. Por un lado, Neyret despeja cualquier duda al trasladar un compromiso a los Estados que sean parte del proyecto de Convención contra el Ecocidio, indicando que estos deberán adaptar su legislación para garantizar que las personas jurídicas sean penalmente responsables cuando este crimen de ecocidio se haya cometido para el beneficio de la misma por una persona física que ostente algún cargo directivo en la empresa²⁶. Anticipándose al riesgo de confusión, este autor explicita que la responsabilidad de una persona jurídica no excluirá la persecución a la persona física que haya participado en la comisión del crimen²⁷.

Sin embargo, autoras como Mwanza, Schwegler o la propia Higgins, tomando como referencia el ámbito internacional, han querido remarcar el dilema y la inseguridad que puede traer consigo dejarse llevar por la responsabilidad de las corporaciones. En cuanto a Mwanza, alerta sobre las reformas que habrían de ejecutarse en el Estatuto de Roma de la CPI si se percibe su jurisdicción como la opción más idónea para enjuiciar este crimen, en vista de que

²⁴ El artículo 5.4 del Proyecto de Convención contra el Ecocidio dice así: “4. ‘Legal person’ means any entity having legal personality according to the applicable law, except for States or public entities exercising State authority and public international organizations.” Véase NEYRET, L., Op. cit, p. 40. Traducción al castellano: “Por persona jurídica se entenderá cualquier entidad dotada de personalidad jurídica de conformidad con el derecho aplicable, a excepción de los Estados o entidades públicas ejerciendo la autoridad del Estado y de las organizaciones internacionales públicas.” (Fuente: elaboración propia).

²⁵ GRAY, M. A., Op. cit, pp. 219-220.

²⁶ Art. 5.1 del proyecto de Convención contra el Ecocidio. Véase NEYRET, L., Op. cit, p. 39.

²⁷ Art. 5.3 del proyecto de Convención contra el Ecocidio. *Ibíd.*, p. 40.

el artículo 25 del Estatuto únicamente concede competencia a la Corte respecto de las personas físicas²⁸. Con una mirada un poco más positiva, Schwegler confía en que el derecho internacional sea capaz de aprender que ha de plantarle cara seriamente a la libertad con la que las grandes empresas desvían a países con regulaciones ambientales mucho más laxas los costes ecológicos de sus actividades, y la instauración del ecocidio como crimen internacional es un paso imprescindible para ello²⁹. Mucho más intransigente se muestra Higgins, para quien las corporaciones son un mero cuerpo artificial del cual deciden aprovecharse las personas al mando para esconderse detrás y así quedar absueltas de sus responsabilidades³⁰. Este cuerpo ficticio propicia que se olvide la innegable realidad de que detrás de una empresa que está llevando a cabo actividades contaminantes existen personas, físicas, con el deber de evitar ese perjuicio para el medio ambiente y las que, en última instancia, son las que han de rendir cuentas y asumir las consecuencias penales. Esta inflexibilidad se refleja también en el proyecto de Ley de Ecocidio empleado en el simulacro de juicio que se celebró en 2011, en donde Higgins estipula, haciendo uso de la responsabilidad del superior, que cuando se demuestre que un delito de ecocidio se cometió con el consentimiento, la connivencia o a causa de la negligencia de cualquier persona que ocupaba un puesto de dirección, tanto esta como la empresa serán consideradas culpables³¹.

2.3. La exigencia de intencionalidad para atribuir responsabilidad: un obstáculo para la aplicación eficaz del crimen de ecocidio

Ateniéndose al dictamen de personas que han dedicado largo tiempo a reflexionar sobre la viabilidad de incorporar este crimen en el derecho y adjudicarle consecuencias penales, la seriedad del mismo y los efectos globales que lleva aparejado obligan a escoger, al analizar la responsabilidad de un sujeto, la teoría de la *strict liability* (responsabilidad objetiva) frente a otras opciones más reduccionistas. De acuerdo con Lorena Varela, la responsabilidad

²⁸ MWANZA, R. (2018), “[Enhancing Accountability for Environmental Damage under International Law: Ecocide as a Legal Fulfilment of Ecological Integrity](#)”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 19, n° 2, pp. 600-601.

²⁹ SCHWEGLER, V. (2017), “[The Disposable Nature: The Case of Ecocide and Corporate Accountability](#)”, *Amsterdam Law Forum*, Vol. 9, n° 3, pp. 94-99.

³⁰ HIGGINS, P. (2010), Op. cit, pp. 111-113.

³¹ HIGGINS, P. (2012), Op. cit, p. 163.

objetiva “supone que la responsabilidad penal se atribuye con independencia del propósito (*purpose*), del conocimiento (*knowledge*), de la desconsideración (*recklessness*) o de la negligencia (*negligence*)”³², añadiendo que “para que se impute responsabilidad penal en estos casos llega a ser suficiente con acreditar el nexo de causalidad entre el comportamiento libre y voluntario del sujeto y el resultado prohibido por la ley”³³.

Dotar de coherencia a esta elección es comulgar con las contribuciones de Mwanza, cuyo criterio se traduce en que centrarse en las consecuencias de un acto para imputar la responsabilidad penal sin precisar la concurrencia de intención, conocimiento o negligencia en el autor de los hechos, tiene la capacidad de proveer al ecocidio de un poderoso efecto disuasorio³⁴. Permaneciendo en la misma postura, Higgins *et al.* advierten de la peligrosidad que conlleva conferir a la intencionalidad el carácter de elemento necesario en el ecocidio, decisión que abriría la puerta a querer eludir la responsabilidad de una destrucción ambiental sobre la base de que no era intencionada³⁵. La sensatez de este enfoque se acredita en los intereses dignos de protección que se descubren detrás, amparándose esta singularidad del crimen de ecocidio en el cuidado de los valores planetarios y su preeminencia sobre la maximización de beneficios económicos pasajeros. La responsabilidad objetiva implica velar por que se respeten los límites ecológicos de la naturaleza, los cuales tienen mucho que decir sobre la propia existencia de la especie humana. Por ende, rebajar estas aspiraciones supeditando la culpabilidad al concurso de intención o negligencia en el sujeto boicotea la voluntad de prevenir y perseguir la comisión de este delito.

Ahora bien, fijarse en un pensamiento todavía en construcción pone de relieve alguna que otra inconsistencia que demanda una revisión mucho más detallada. Particularmente, y como fuente de inspiración lo escrito por Varela, no está tan claro qué nivel de aceptación tendría la teoría de la responsabilidad objetiva (con plena vigencia en el sistema jurídico angloamericano) en los sistemas legales continentales europeos³⁶. Sin poder pronosticar el

³² VARELA, L. (2012), “[Strict-Liability como forma de imputación jurídico-penal](#)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 3, p. 5.

³³ *Ibíd.*, p. 6.

³⁴ MWANZA, R., *Op. cit.*, p. 600.

³⁵ HIGGINS, P., SHORT, D. y SOUTH, N., *Op. cit.*, p. 262.

³⁶ VARELA, L., *Op. cit.*, pp. 19-21.

éxito que alcanzaría esta doctrina, esto en ningún caso desacredita la enorme utilidad social de su efecto disuasorio, debiendo concebirla como una institución inseparable del ecocidio. De lo contrario, se estaría desaprovechando la oportunidad de aspirar a elevar al más alto grado de protección los valores de la naturaleza.

Recapitulando, la idea central de todo esto se reduce a que la mayor parte de las agresiones ambientales inducidas por la agencia humana tienen su origen en la actividad económica de empresas para las que tales abusos a la naturaleza son un mero coste añadido a la producción, siendo contados los casos en los que verdaderamente concurre esa intencionalidad criminal. Por consiguiente, la responsabilidad objetiva se erige como un mecanismo esencial que refleja nítidamente el propósito existencial del crimen de ecocidio: prevenir el deterioro ambiental y, además, proteger al ser humano de sí mismo. En suma, tal y como afirma Higgins, “[the] strict liability places the focus on the onus of first preventing the harm, not on the blame of the accused. (...) By creating a pre-emptive binding obligation, the crime of ecocide is focused on prevention from the outset.”³⁷

3. CONCLUSIÓN

Haberse aventurado en los caracteres de un crimen que aún se halla en proceso de limar asperezas corre el peligro de que su exteriorización adopte una apariencia de falta de rigor o, en todo caso, transmita una sensación de inacabado. Haber evitado lo primero es responsabilidad única del autor de esta obra. Por lo que respecta a lo segundo, es fundamental comunicar debidamente que no hay nada de malo en experimentar esa sensación. Y es que toda persona que haya leído estas páginas ha de ser consciente de que, pese a la existencia de la dedicación investigadora de numerosas personas en torno a esta temática, lo que se sigue teniendo entre manos es la voluntad de legislar sobre un crimen “en construcción”, debiendo juzgarse conforme a esta premisa. A esto hay que añadir que, desde el más honesto activismo académico, no hay nada mejor que contribuir, aunque sea mínimamente, a la difusión de

³⁷ HIGGINS, P. (2010), Op. cit, pp. 68-69. Traducción al castellano: “La responsabilidad objetiva centra la atención en el deber de prevenir primero el daño, no en la culpa del acusado. (...) Al crear una obligación preventiva vinculante, el delito de ecocidio se enfoca en la prevención desde el inicio.” (Fuente: elaboración propia).

semejante ideario. Incluso, puede decirse que estando al otro lado de estas páginas también se ha sido partícipe de ir afianzando la expansión de estimar el ecocidio como un remedio esencial para asignar la pertinente seriedad a los daños medioambientales graves.

Pretender en última instancia esa difusión es lo que explica el interés por haber compartido, someramente, algunos de los elementos más característicos del crimen de ecocidio. En definitiva, la idea central de la presente obra se ha ubicado en el patrocinio de una herramienta con enorme potencial para revertir la degradación ambiental que trae aparejada la actuación irresponsable y antinatural del ser humano, la cual se ha encargado de romper sin ningún tipo de remordimiento con la armonía que ha de protegerse entre la especie humana y el entorno.

4. BIBLIOGRAFÍA

- CRASSON, A. The Case of Chevron in Ecuador: The Need for an International Crime Against the Environment?. *Amsterdam Law Forum*, vol. 9, n. 3, 2017, pp. 29-48. Disponible en: <http://amsterdamlawforum.org/article/view/412> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- DRUMBL, M. A. Waging War Against the World: The Need to Move from War Crimes to Environmental Crimes. *Fordham International Law Journal*, vol. 22, n. 1, 1998, pp. 122-153. Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol22/iss1/3/> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- FALK, R. A. Environmental Warfare and Ecocide - Facts, Appraisal and Proposals. *Revue Belge de Droit International*, vol. 1, 1973, pp. 1-27. Disponible en: http://rbdi.bruylant.be/public/index.php?module_id=00000000009&rec_id=00000021562_00000011782 (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- GRAY, M. A. The International Crime of Ecocide. *California Western International Law Journal*, vol. 26, n. 2, 1996, pp. 215-272.
- HIGGINS, P. *Eradicating Ecocide: Laws and governance to prevent the destruction of our planet*. Londres: Shephard-Walwyn, 2015.
- *Earth is our Business: changing the rules of the game*. Londres: Shephard-Walwyn, 2012.
- HIGGINS, P.; SHORT, D.; SOUTH, N. Protecting the Planet: A Proposal for a Law of Ecocide. *Crime, Law and Social Change*, vol. 59, n. 3, 2013, pp. 251-266.

- KIMERLING, J. Indigenous Peoples and the Oil Frontier in Amazonia: The Case of Ecuador, ChevronTexaco, and Aguinda v. Texaco. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 38, .3, 2006, pp. 413-664. Disponible en: <http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2013/02/38.3-Kimerling.pdf> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- MARTIN-CHENUT, K., NEYRET, L. y PERRUSO, C. Towards the internationalization of criminal protection of the environment: From ecocrimes to ecocide. *Brazilian Journal of International Law*, vol. 12, n. 2, 2015, pp. 540-569. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.5102/rdi.v12i2.3753> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- MWANZA, R. Enhancing Accountability for Environmental Damage under International Law: Ecocide as a Legal Fulfilment of Ecological Integrity. *Melbourne Journal of International Law*, vol. 19, n. 2, 2018, pp. 586-613. Disponible en: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MelbJIL/2018/20.html> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- NEYRET, L. *From Ecocrimes to Ecocide. Protecting the Environment Through Criminal Law*. C- EENRG Reports 2017-2, Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance, University of Cambridge, pp. 1-198. Disponible en: <https://www.ceenrg.landecon.cam.ac.uk/report-files/report-002/view> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- SCHWEGLER, V. The Disposable Nature: The Case of Ecocide and Corporate Accountability. *Amsterdam Law Forum*, vol. 9, n. 3, 2017, pp. 71-99. Disponible en: <http://amsterdamlawforum.org/article/view/413/555> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- TECLAFF, L. A. Beyond Restoration – The Case of Ecocide. *Natural Resources Journal*, vol. 34, n. 4, 1994, pp. 933-956. Disponible en: <https://digitalrepository.unm.edu/nrj/vol34/iss4/6> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- VARELA, L. Strict-Liability como forma de imputación jurídico-penal. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2012, pp. 1-25. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1202.pdf> (Fecha de último acceso 30-04-2020).
- ZIERLER, D. *The Invention of Ecocide: Agent Orange, Vietnam, and the Scientists Who Changed the Way We Think about the Environment*. Athens; Georgia: University of Georgia Press, 2011.

XXXIX. La evaluación de impacto ambiental de las minicentrales hidroeléctricas¹

Sebastián Félix Utrera Caro
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad CEU-San Pablo de Madrid
utrcar@ceu.es

RESUMEN:

La evaluación de impacto ambiental de las minicentrales hidroeléctricas es obligatoria por nuestra legislación ambiental de esta figura y por la de aguas, aunque al ser de menor tamaño que las demás obras hidráulicas, suelen tener menores efectos ambientales, lo que facilita su implantación. España es el decimosegundo país con más capacidad hidroeléctrica instalada del mundo. En nuestra normativa estatal se considera renovable toda la energía hidroeléctrica, aunque se distingue la minihidráulica (menos de 10 MW de potencia) de la hidráulica convencional (más de 10 MW).

ABSTRACT:

The environmental impact assessment of hydroelectric mini-power plants is mandatory due to our environmental legislation of this figure and water legislation, although being smaller than other hydraulic works, they usually have lower environmental effects, which facilitates their implementation. Spain is the twelfth country with the most installed hydroelectric capacity in the world. In our state regulation, all hydroelectric energy is considered renewable, although the minihydraulics (less than 10 MW of power) of conventional hydraulics (more than 10 MW) are distinguished.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación: "La transformación del modelo energético: propuesta de un marco regulatorio integral para el desarrollo de las energías renovables", Referencia: DER2017-89157-R, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, con duración 1-1-2018 a 31-12-2020, dirigido por los Profesores Juan ROSA MORENO y Germán VALENCIA MARTÍN.

PALABRAS CLAVE: Minicentrales hidroeléctricas; Evaluación de impacto ambiental; Energía hidroeléctrica.

KEYWORDS: Mini hydroelectric plant; Environmental impact assessment; Hydroelectric power.

SUMARIO

1. Introducción	789
1.1. La energía hidroeléctrica.....	789
1.2. Capacidad instalada de energía hidroeléctrica por países en 2018.	790
1.3. La hidroelectricidad en España.	791
1.4. La energía minihidráulica en los últimos años en España.	793
2. Definición de minicentral hidroeléctrica	793
3. La evaluación de impacto ambiental de las minicentrales hidroeléctricas	794
3.1. Conceptos. Ley 21/2013 de evaluación ambiental.	794
3.2. Ámbito de aplicación: proyectos sometidos a evaluación ambiental.	795
3.3. Procedimiento. El estudio de impacto ambiental. Especial mención a los efectos sobre las masas de agua, novedad de diciembre de 2018.	796
4. Remisión bibliográfica.....	797
5. Conclusiones.....	797
6. Bibliografía.....	797

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La energía hidroeléctrica

Esta comunicación quiere ser un emocionado homenaje al Profesor Don Ramón MARTÍN MATEO, mi Maestro, quien me dirigió la tesis doctoral sobre el régimen jurídico de las presas y sus aspectos ambientales en la década de los noventa del pasado siglo, y al que siempre estaré agradecido por acogerme entre los iusambientalistas españoles y por todos sus buenos consejos durante toda su vida.

Hasta mediados del siglo XX, la energía minihidráulica, primero, y el resto de la hidráulica, después (es famoso el gran número de pantanos hidroeléctricos construidos en la época franquista), fue la principal fuente para la producción eléctrica a gran escala.

Como veremos en el siguiente apartado, España es el decimosegundo país con más capacidad hidroeléctrica instalada del mundo y contamos con más de 1.300 grandes presas de más de 15 metros de altura, muchas de las cuales tienen usos de producción de electricidad.

El Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (PNIEC)² prevé para el año 2030 una potencia total instalada en el sector eléctrico de 157 GW, de los que 50 GW serán energía eólica; 37 GW solar fotovoltaica; 27 GW ciclos combinados de gas; 16 GW hidráulica;³ 8 GW bombeo; 7 GW solar termoeléctrica; y 3 GW nuclear, así como cantidades menores de otras tecnologías.⁴

1.2. Capacidad instalada de energía hidroeléctrica por países en 2018.⁵

España es el decimosegundo país con más capacidad hidroeléctrica instalada del mundo.⁶

² Véase el Plan en [este enlace](#).

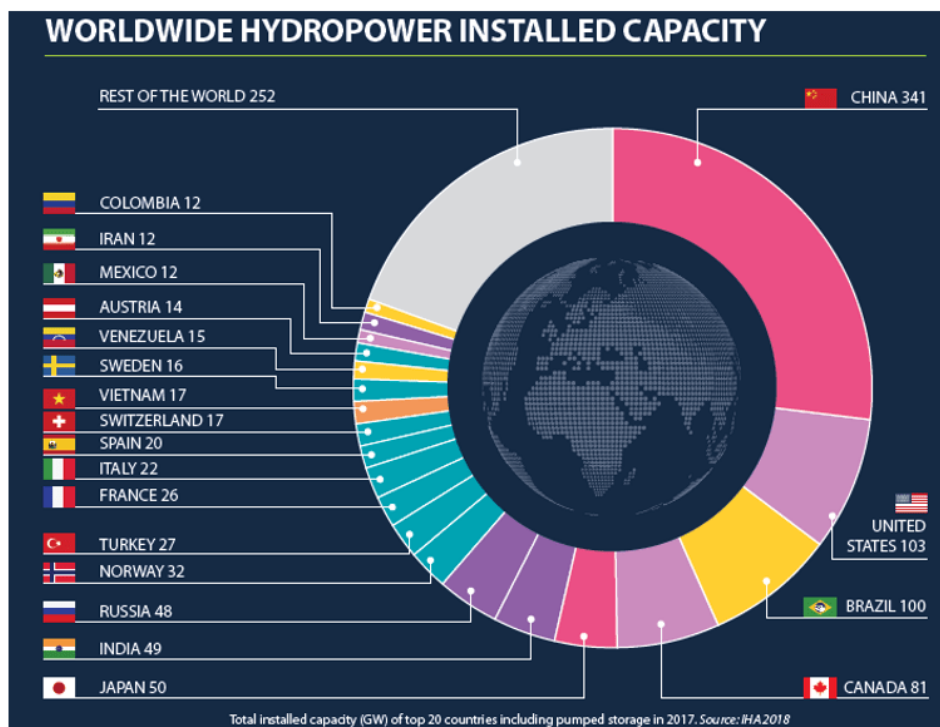
³ Véase [la publicación del día 4 de octubre de 2020 sobre las orientaciones de la UE sobre los PNIEC](#):

⁴ [Véase](#)

⁵ [Véase](#)

⁶ Véase también el libro de TANDON, Usha, *Energy Law and Policy*, Oxford University Press, 2018.

Gráfico 1: Worldwide Hydropower Installed Capacity. Fuente: Hydropower Status Report 2018



1.3. La hidroelectricidad en España

Fue la principal fuente de generación eléctrica en nuestro país, entre finales del siglo XIX y comienzos del XX.

Las centrales minihidráulicas son aquellas que cuentan con una potencia instalada menor a 10 MW. Esta tecnología renovable es la forma más respetuosa con el medio ambiente que se conoce para la producción de electricidad como lo corroboran los estudios de Análisis de Ciclo de Vida (ACV) realizados para distintas tecnologías.⁷

España cuenta con un consolidado sistema de generación de energía hidroeléctrica, tecnológicamente maduro, debido a la existencia de abundantes recursos hidrológicos.

⁷ Dada su escasa alteración de los caudales ecológicos, por ejemplo. Al respecto véase el [blog publicado el 24 de septiembre de 2019](#)

Representa un papel destacado en el área hidroeléctrica a nivel europeo en cuanto a potencia instalada ocupando el tercer lugar respecto al resto de países de la UE, en lo que a centrales menores de 10MW se refiere y el cuarto lugar respecto a centrales entre 10 y 50 MW.

La trayectoria de la capacidad a instalar en el sector hidroeléctrico al 2020 en el marco del Plan de Energías Renovables 2011-2020 se expresa en este cuadro:

Tabla 1: Fuente: Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. Plan de Energías Renovables 2011-2020.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
POTENCIA MW											
<1	242	244	247	249	251	243	256	259	262	265	268
1-10	1.680	1.687	1.695	1.703	1.731	1.764	1.796	1.828	1.855	1.882	1.917
TOTAL	1.922	1.931	1.942	1.952	1.982	2.007	2.052	2.087	2.117	2.147	2.185
PRODUCCIÓN GWH											
<1	802	804	748	791	779	772	839	821	803	887	843
1-10	5.432	5.118	6.197	5.075	5.007	4.982	4.857	5.058	5.249	5.441	5.744
TOTAL	6.234	5.922	6.945	5.866	5.786	5.754	5.696	5.879	6.052	6.328	6.587

La evolución de la energía hidroeléctrica en España en las últimas décadas ha sido siempre creciente, aunque la participación de ésta en el total de energía eléctrica producida ha ido disminuyendo por el avance de otras renovables.⁸

⁸ Sobre la competitividad de las energías renovables puede verse el [estudio de agosto de 2019 de la UE](#).

1.4. La energía minihidráulica en los últimos años en España

Las centrales minihidráulicas han sido una fuente de energía pionera para la producción de electricidad desde finales del siglo XIX. La crisis del petróleo en los años setenta del siglo XX puso de relieve la necesidad de apostar por las energías renovables, por su carácter autóctono, porque reducían la dependencia del exterior y por su menor impacto ambiental.⁹

2. DEFINICIÓN DE MINICENTRAL HIDROELÉCTRICA

La norma vigente que delimita el concepto legal es el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, siendo su Artículo 2 relativo al ámbito de aplicación el que incluye la norma definitoria en los siguientes términos: “1. Estarán incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos pertenecientes a las siguientes categorías, grupos y subgrupos: Categoría b): Instalaciones que utilicen como energía primaria alguna de las energías renovables no fósiles: Esta categoría b) se clasifica a su vez en ocho grupos: 4. Grupo b.4 Centrales hidroeléctricas¹⁰ cuya potencia instalada no sea superior a 10 MW. Dicho grupo se divide en dos subgrupos: Subgrupo b.4.1 Centrales hidroeléctricas cuyas instalaciones hidráulicas (presa o azud, toma, canal y otras) hayan sido construidas exclusivamente para uso hidroeléctrico. Subgrupo b.4.2 Centrales hidroeléctricas que hayan sido construidas en infraestructuras existentes (presas, canales o conducciones) o dedicadas a otros usos distintos al hidroeléctrico. 5. Grupo b.5 Centrales hidroeléctricas cuya potencia instalada sea superior a 10 MW. Dicho grupo se divide en dos subgrupos: Subgrupo b.5.1 Centrales hidroeléctricas cuyas instalaciones hidráulicas (presa o azud, toma, canal y otras) hayan sido construidas exclusivamente para uso hidroeléctrico. Subgrupo b.5.2 Centrales hidroeléctricas que hayan sido construidas en infraestructuras existentes (presa, canales o conducciones) o dedicadas a otros usos distintos al hidroeléctrico.”¹¹

⁹ ESPEJO MARÍN, Cayetano, GARCÍA MARÍN, Ramón y APARICIO GUERRERO, Ana Eulalia (2017), “El resurgimiento de la energía minihidráulica en España y su situación actual”, en la Revista de Geografía Norte Grande, ISSN-e 0718-3402, N.º. 67, 2017, págs. 115-143.

¹⁰ [Marco legislativo en materia de presas](#) (fecha del último acceso: 28 de agosto de 2019).

¹¹ Próximamente se van a implantar los nuevos criterios de seguridad de presas y balsas. [Véase](#). Información

3. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE LAS MINICENTRALES HIDROELÉCTRICAS

3.1. Conceptos. Ley 21/2013 de evaluación ambiental.¹²

La vigente Ley de evaluación ambiental de planes, programas y proyectos en España es la Ley 21/2013 de evaluación ambiental, que incluye en su artículo 5: Definiciones.¹³

1. A los efectos de esta ley se entenderá por: a) “Evaluación ambiental”: proceso a través del cual se analizan los efectos significativos que tienen o pueden tener los planes, programas y proyectos, antes de su adopción, aprobación o autorización sobre el medio ambiente, incluyendo en dicho análisis los efectos de aquellos sobre los siguientes factores: la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, la tierra, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, el clima, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural, y la interacción entre todos los factores mencionados. La evaluación ambiental incluye tanto la evaluación ambiental estratégica, que procede respecto de los planes o programas, como la evaluación de impacto ambiental, que procede respecto de los proyectos. En ambos casos la evaluación ambiental podrá ser ordinaria o simplificada y tendrá carácter instrumental respecto del procedimiento administrativo de aprobación o de adopción de planes y programas, así como respecto del de autorización de proyectos o, en su caso, respecto de la actividad administrativa de control de los proyectos sometidos a declaración responsable o comunicación previa.

que puede ampliarse en [este enlace](#) (último acceso el 27 de agosto de 2019).

En el mapa de estadísticas de presas españolas pueden verse todas las hidroeléctricas perfectamente identificadas. Véase en [este enlace](#) (fecha del último acceso: 16 de julio de 2019).

¹² Su última modificación se realizó mediante [la Ley 9/2018, de 5 de diciembre](#), por la que se modifica la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes y la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

¹³ Redactado en la última reforma de 2018 citada en la nota anterior.

3.2. **Ámbito de aplicación: proyectos sometidos a evaluación ambiental**

La Ley 21/2013 incluye un artículo 7. Ámbito de aplicación de la evaluación de impacto ambiental, que establece: 1. Serán objeto de una evaluación de impacto ambiental ordinaria los siguientes proyectos: a) Los comprendidos en el anexo I, así como los proyectos que, presentándose fraccionados, alcancen los umbrales del anexo I mediante la acumulación de las magnitudes o dimensiones de cada uno de los proyectos considerados. b) Los comprendidos en el apartado 2, cuando así lo decida caso por caso el órgano ambiental, en el informe de impacto ambiental de acuerdo con los criterios del anexo III. c) Cualquier modificación de las características de un proyecto consignado en el anexo I o en el anexo II, cuando dicha modificación cumple, por sí sola, los umbrales establecidos en el anexo I. d) Los proyectos incluidos en el apartado 2, cuando así lo solicite el promotor.

Y en el párrafo 2 señala cuáles serán objeto de una evaluación de impacto ambiental simplificada.

En los Anexos I y II enumera los proyectos de obras hidráulicas que pueden afectar a una minicentral hidroeléctrica.¹⁴

¹⁴ ANEXO I. Proyectos sometidos a la evaluación ambiental ordinaria regulada en el título II, capítulo II, sección 1.ª Grupo 3. Industria energética. g) Construcción de líneas de transmisión de energía eléctrica con un voltaje igual o superior a 220 kV y una longitud superior a 15 km, salvo que discurran íntegramente en subterráneo por suelo urbanizado, así como sus subestaciones asociadas. Grupo 7. Proyectos de ingeniería hidráulica y de gestión del agua. a) Presas y otras instalaciones destinadas a retener el agua o almacenarla permanentemente cuando el volumen nuevo o adicional de agua almacenada sea superior a 10 hectómetros cúbicos. Grupo 9. Otros proyectos. a) Los siguientes proyectos cuando se desarrollen en Espacios Naturales Protegidos, Red Natura 2000 y Áreas protegidas por instrumentos internacionales, según la regulación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad: 6.º Líneas para la transmisión de energía eléctrica cuyo trazado afecte a los espacios naturales considerados en este artículo con una longitud superior a 3 km, excluidas las que atraviesen zonas urbanizadas. 8.º Instalaciones para la producción de energía hidroeléctrica. (...)

Proyectos sometidos a la evaluación ambiental simplificada regulada en el título II, capítulo II, sección 2.ª Grupo 4. Industria energética. a) Instalaciones industriales para: 1.º la producción de electricidad, vapor y agua caliente (proyectos no incluidos en el anexo I) con potencia instalada igual o superior a 100 MW. b) Construcción de líneas para la transmisión de energía eléctrica (proyectos no incluidos en el anexo I) con un voltaje igual o superior a 15 kV, que tengan una longitud superior a 3 km, salvo que discurran íntegramente en subterráneo por suelo urbanizado, así como sus subestaciones asociadas. d) Instalaciones para la producción de energía

3.3. Procedimiento. El estudio de impacto ambiental. Especial mención a los efectos sobre las masas de agua, novedad de diciembre de 2018

En la reforma de diciembre de 2018 de la Ley de evaluación ambiental de 2013, se incluyó un párrafo especial para las masas de agua en su artículo 35. Estudio de impacto ambiental:

“Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 34.6, el promotor elaborará el estudio de impacto ambiental que contendrá, al menos, la siguiente información en los términos desarrollados en el anexo VI:

(...)

c) Identificación, descripción, análisis y, si procede, cuantificación de los posibles efectos significativos directos o indirectos, secundarios, acumulativos y sinérgicos del proyecto sobre los siguientes factores: la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, el medio marino, el clima, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, el patrimonio cultural, y la interacción entre todos los factores mencionados, durante las fases de ejecución, explotación y en su caso durante la demolición o abandono del proyecto.

(...)

Cuando el proyecto pueda causar a largo plazo una modificación hidromorfológica en una masa de agua superficial o una alteración del nivel en una masa de agua subterránea que puedan impedir que alcance el buen estado o potencial, o que pueda suponer un deterioro de su estado o potencial, se incluirá un apartado específico para la evaluación de sus repercusiones a largo plazo sobre los elementos de calidad que definen el estado o potencial de las masas de agua afectadas.¹⁵

hidroeléctrica. Grupo 8. Proyectos de ingeniería hidráulica y de gestión del agua. c) Obras de encauzamiento y proyectos de defensa de cauces y márgenes cuando la longitud total del tramo afectado sea superior a 5 km. Se exceptúan aquellas actuaciones que se ejecuten para evitar el riesgo en zona urbana. g) Presas y otras instalaciones destinadas a retener el agua o almacenarla, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos: 1.º Grandes presas según se definen en el Reglamento técnico sobre Seguridad de Presas y Embalses, aprobado por Orden de 12 de marzo de 1996, cuando no se encuentren incluidas en el anexo I. 2.º Otras instalaciones destinadas a retener el agua, no incluidas en el apartado anterior, con capacidad de almacenamiento, nuevo o adicional, superior a 200.000 metros cúbicos. Grupo 10. Los siguientes proyectos que se desarrollen en Espacios Naturales Protegidos, Red Natura 2000 y Áreas protegidas por instrumentos internacionales, según la regulación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. b) Obras de encauzamiento y proyectos de defensa de cursos naturales cuando puedan suponer transformaciones ecológicas negativas para el espacio. c) Cualquier proyecto no contemplado en el presente anexo II que suponga un cambio de uso del suelo en una superficie igual o superior a 10 ha.

¹⁵ Este párrafo se añadió en la reciente reforma de diciembre de 2018 citada *ut supra*, si bien no aparecía en la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica

(...)

g) *Resumen no técnico del estudio de impacto ambiental y conclusiones en términos fácilmente comprensibles.*

4. REMISIÓN BIBLIOGRÁFICA

Además de las notas a pie que se incluyen en esta comunicación, debo remitirme a la bibliografía específica que figura al final de esta comunicación.¹⁶

5. CONCLUSIONES

Las minicentrales hidroeléctricas son una de las fuentes de energías renovables que causan menores impactos perjudiciales al ambiente. La larga tradición de estas infraestructuras ha hecho que se hayan asimilado al entorno y se haya logrado una tecnología muy avanzada para no dañar el río y sus ecosistemas. De todos modos, en mi opinión, deben someterse a evaluación ambiental, concretamente a la evaluación de impacto ambiental de proyectos, cuando así lo estime nuestra legislación de aguas o de medio ambiente, para que sean aceptadas socialmente y se potencien todo lo posible.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ESPEJO MARÍN, Cayetano, GARCÍA MARÍN, Ramón, APARICIO GUERRERO, Ana Eulalia. El resurgimiento de la energía minihidráulica en España y su situación actual. *Revista de Geografía Norte Grande*, n. 67, 2017, pp. 115-143.
- GARCÍA URETA, Agustín (Coord.). *La evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, objeto de transposición mediante la Ley 9/2018.

¹⁶ Sobre una tendencia reciente a considerar la posibilidad de demoler las presas no necesarias o más impactantes puede verse el amplio artículo aparecido el 1 de octubre de 2019 que señala varios de los casos más conocidos.

[Véase.](#)

- PERNAS GARCÍA, Juan José, et al. *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada. Doctrina, textos legales anotados y jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 2012.
- PONT CASTEJÓN, Isabel. Impacto ambiental en planes, programas y proyectos portuarios: el ejemplo del puerto de Barcelona. En: NOGUEIRA LÓPEZ, Alba (Coord.). *Evaluación de impacto ambiental: evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*. Barcelona: Atelier, 2009, pp. 193-221.
- ROSA MORENO, Juan. Evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas. En: EMBID IRUJO, Antonio. *Diccionario de Derecho de aguas*. Madrid: Iustel, 2007, pp. 673-692.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel. Régimen jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos. *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, n. 123, 2018, pp. 84-97.
- UTRERA CARO, Sebastián Félix. *La incidencia ambiental de las obras hidráulicas. Régimen jurídico*. Madrid: Dykinson, 2002.
- La evaluación de impacto ambiental y el Plan Hidrológico Nacional como instrumentos para la protección del medio ambiente y del desarrollo sostenible. En: PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*. Madrid: Thomson Civitas, 2002, pp. 157 a 205.
 - Agua, trasvases y medio ambiente, los aspectos ambientales de los trasvases. En: UTRERA CARO, Sebastián Félix (Dir.). *Agua, trasvases y medio ambiente. Las cuencas fluviales y el nuevo Plan Hidrológico Nacional*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 65-151.
- VALENCIA MARTÍN, Germán. Evaluación de impacto ambiental y autorización ambiental integrada. En: NOGUEIRA LÓPEZ, Alba. *Evaluación de impacto ambiental: evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*. Barcelona: Atelier, 2009, pp. 69-82.

XL. La extensión a las evaluaciones de impacto ambiental de la doctrina jurisprudencial sobre el control de la discrecionalidad técnica de los tribunales calificadoros de pruebas selectivas para el acceso al empleo público

Ricardo de Vicente Domingo
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

RESUMEN:

La doctrina jurisprudencial sobre el control judicial de la discrecionalidad técnica en las pruebas de acceso al empleo público está muy pensada para ese objeto específico. Sin embargo, los elementos que la constituyen tienen el suficiente grado de abstracción como para poder acoplarse a otros sectores de la actividad administrativa en los que también concurren aspectos técnicos, caso de las Evaluaciones de Impacto Ambiental. El perfeccionamiento de las herramientas de los tribunales para el control de la llamada discrecionalidad técnica está en la base de esta evolución de la doctrina del alto tribunal.

SUMARIO

1. Introducción	800
2. La jurisprudencia de los aledaños	801
2.1. Introducción.....	801
2.2 La distinción entre los aledaños y el núcleo material de la decisión. El rigor en la motivación.	802
3. La extensión de la doctrina a las evaluaciones de impacto ambiental.....	804
4. Conclusiones.....	810
5. Bibliografía.....	810

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo (TS) viene desarrollando en las dos últimas décadas una importante doctrina jurisprudencial de renovación del control jurisdiccional de los procedimientos selectivos de acceso a la función pública. Dicho control, tradicionalmente lastrado por el peso del dogma de la irrevisabilidad del juicio técnico de los tribunales calificadoros de las pruebas, ha experimentado importantes avances que, no obstante, no han conseguido erradicar totalmente una excesiva deferencia hacia la discrecionalidad técnica de la Administración, ese “viejo fantasma que se desvanece”, como la ha calificado T.R.FERNÁNDEZ¹, pero que no termina de desaparecer.

Hay, ciertamente, un notable empeño jurisprudencial en hacer evolucionar uno de los sectores más sensibles de esta historia, el relativo al control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica en las decisiones de los tribunales calificadoros de pruebas selectivas en la función pública. Es la jurisprudencia que podemos denominar de los “aledaños” pues es una de las dos palabras sobre la que pivota el nuevo control jurisdiccional de las pruebas selectivas del empleo público. La otra, el “núcleo material del juicio técnico”.

La discrecionalidad técnica de la Administración es un tema estrella en la historia del derecho administrativo español, con un notable recorrido, que ha conocido debates llenos de ideas, vivacidad, e incluso apasionamiento; debate que, con menor intensidad, sigue suscitando polémica entre los autores, un debate por tanto recurrente y “nunca agotado”². Basta un ligero movimiento de alguno de los agentes jurídicos -sea el legislador, la doctrina o la jurisprudencia- para que vuelva a salir a la palestra en foros jurídicos y en las revistas especializadas.

¹ Cfr. T.R. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece”, RAP, nº 196, 2015, págs. 211-227.

² M. SÁNCHEZ MORÓN, “Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica (Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7.ª, de 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013)”, RAP nº 197, 2015, págs. 209-222. Y la réplica de J. IGARTUA SALAVERRIA “Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, intermediación, sana crítica”, RAP nº 204, 2017, págs. 11-39.

2. LA JURISPRUDENCIA DE LOS ALEDAÑOS

2.1. Introducción

La distinción entre esas dos expresiones tiene su origen en la STC 215/1991, y fue reconducida por el Tribunal Supremo a la “más asequible afirmación de que la no ratificación de la propuesta de provisión de una plaza sólo puede producirse en aquellos supuestos en los que resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada y, por tanto, evidentes el desconocimiento de los principios de mérito y capacidad”³. Un comentario que no parecía albergar el enorme potencial de futuro que encerraba tal distinción. Sobre ella se iba a construir una doctrina jurisprudencial con la plena consciencia de que se estaba inaugurando una nueva etapa en el control jurídico de la Administración, en una materia de tanta incidencia social como las pruebas selectivas para el ingreso en los cuerpos y categorías de funcionarios de las administraciones públicas. El TS ha venido desarrollando una doctrina “ad hoc” dirigida exclusivamente a las características de estas pruebas selectivas por lo que, en principio, nadie pensaba que fuera extrapolable a otros ámbitos de la actividad de la Administración.

Sin embargo, es lo cierto que ha saltado las fronteras de su ya de por sí vasto dominio, con incursiones en materias tan distintas, y también de gran relevancia social y jurídica, como la contratación pública⁴ y las evaluaciones de impacto ambiental⁵. Lo que dice mucho de la

³ Cfr. SSTS 1 de julio de 1996, TOL190.144; 15 de julio de 1996, TOL5.141.963; 19 de julio de 1996, TOL5.141.983.

⁴ SSTS 17 de diciembre de 2012, TOL2.721.594 y 24 de septiembre de 2014, TOL4.529.279.

⁵ STS 10 de junio 2015 TOL 5.491.317. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación interpuestos por la Administración General del Estado, ENAGAS y ESCAL UGS, S.L. y confirma la sentencia de la Audiencia Nacional, de 15 de abril de 2013, que anuló la resolución de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, de 23 de noviembre de 2009, por la que se acuerda no someter a evaluación de impacto ambiental el proyecto de conexión del sistema gasista con el almacenamiento subterráneo Castor, Tarragona-Castellón. Y STS de 2 de febrero de 2016, TOL5.639.571, que nos sirve de comentario a esta comunicación. En los tribunales inferiores pueden citarse las siguientes sentencias: sentencias de la AN de 26 de febrero de 2015, TOL4.780.469; 3 de junio de 2014, TOL4.429.689 y 24 de junio de 2014, TOL4.468.430 relativas a la aprobación de Anteproyecto y Estudio de Impacto Ambiental de la EDAR Este de Gijón. En dichas sentencias se afirma: “El indudable contenido técnico del citado estudio de impacto ambiental, conduce a tomar en consideración la doctrina jurisprudencial elaborada sobre el control de la discrecionalidad impropia o técnica de las

importancia en el ámbito del derecho donde se cuentan por centenas las sentencias que vienen aplicando esta distinción y los desarrollos que se han ido produciendo.

2.2 La distinción entre los aledaños y el núcleo material de la decisión. El rigor en la motivación.

Son dos las sentencias del TS detectadas que han recibido la doctrina judicial de los aledaños. La primera es la STS de 10 de junio de 2015, ponente R. FERNÁNDEZ VALVERDE, y la segunda, la STS de 2 de febrero de 2016, cuyo ponente fue el magistrado D. J.J.SUAY RINCON. Tomo como referencia para esta comunicación esta segunda sentencia. El TS extiende la jurisprudencia en materia de selección de personal, transcribiendo íntegramente la extensa formulación en la que esa doctrina se ha ido plasmando, ya que sus desarrollos y aperturas a nuevos aspectos han sido varios. Por razones de espacio solo hacemos un resumen:

El TS, tras señalar la inicial legitimidad de la doctrina de la discrecionalidad técnica en la jurisprudencia del TC (STC 39/1983, de 16 de mayo, que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional), y mencionar la jurisprudencia de la Sala que, en vista de esa sentencia, intentó reforzar el control de la discrecionalidad técnica con los conocidos parámetros de competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y el juego de los principios generales del derecho, esto es como si se tratara de una auténtica discrecionalidad (STS de 5 de octubre de 1989), comienza la nueva doctrina. Sobre la base del art. 103 CE, que dispone la normatividad de los principios de mérito y capacidad, inicia su control con unas afirmaciones un tanto solemnes, toda una declaración de intenciones: “perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, (la jurisprudencia posterior) completando y aclarando esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el "núcleo material de la decisión" y sus "aledaños".

Administraciones Públicas, objeto de especial desarrollo en relación con la actividad de los tribunales u órganos de calificación o valoración en procesos selectivos de diversa índole de las Administraciones públicas”.

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualmente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico. Como se ve, unos pasos perfectamente adecuados al control de las decisiones de los tribunales calificadoros de los ejercicios de los aspirantes al ingreso en la función pública.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad. Unas pautas no menos ajustadas a las pruebas selectivas. La doctrina se completa con el mayor rigor de la motivación:

“Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico (y establece la obligación de motivar en aras de cumplir “el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Ya en este terreno el TS completa la necesidad de motivar señalando los aspectos de que consta, “la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada. Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás”.

3. LA EXTENSIÓN DE LA DOCTRINA A LAS EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL

“Recientemente, -afirma el TS en la sentencia de 2 de febrero de 2016- acabamos de resaltar la proyección de esta doctrina también en el caso de las evaluaciones de impacto ambiental. En nuestra Sentencia de 10 de junio de 2015 RC 2781/2013, tras reproducir el sentido de la jurisprudencia que acabamos de transcribir señalábamos: Pues bien, la anterior doctrina jurisprudencial resulta plenamente aplicable al control judicial sobre los juicios técnicos que emitan los órganos ambientales en los Estudios de Impacto Ambiental que los mismos elaboren. No existe, en consecuencia, extralimitación alguna jurisdiccional, ni vulneración del artículo 71.2 de la LRJCA, por cuanto la actuación de la Sala de instancia ha quedado situada dentro del ámbito de actuación establecido para la Jurisdicción Contencioso administrativa, al tratarse de una "actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo". Sin duda, los denominados "Criterios de selección previstos en el apartado 2 del artículo 3" , que se contienen en el Anexo III del TRLEIA de 2008, y que giran en torno a las "Características de los proyectos" , a la "Ubicación de los proyectos" y a las "Características del potencial impacto", están integrados por un conjunto de conceptos que, si bien técnicos, nos son perfectamente asequibles desde la perspectiva del control jurisdiccional de su legalidad, y que se extiende a la posibilidad de controlar (1) la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración -como son los relativos a la competencia del órgano, al procedimiento seguido, a los hechos determinantes, a la adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho-; control (2) extensivo al mantenimiento del principio de igualdad de todos los intervinientes en los procedimientos de concurrencia competitiva, a la (3) necesidad de motivación, y, en relación con esta, como señala la jurisprudencia expuesta, a " (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia".

Tras esta declaración y ante las alegaciones de la Abogacía del Estado, que reprochaba a la sentencia impugnada un exceso en el ejercicio de sus potestades de control en el ejercicio de la discrecionalidad técnica por cuanto la sentencia no solo exige que se motive la elección de

los distintos apartados del baremo y la puntuación asignada a cada uno de ellos, sino que directamente se muestra en desacuerdo con algunas de las puntuaciones y lleva la discrepancia hasta justificar la anulación de la declaración de impacto ambiental.

Pues bien, ante dicho argumento, el TS hace una importante declaración doctrinal, en línea con las ideas que, con otro texto, se expresan en la sentencia de 2015. Afirma el TS:

“Para empezar, hemos de indicar ante todo que la discrecionalidad técnica no constituye expresión de una auténtica discrecionalidad administrativa, esto es, no es manifestación de la verdadera discrecionalidad o, si se prefiere, de una "discrecionalidad fuerte". Se trata de una suerte de discrecionalidad impropia, en la que la Administración se sirve del empleo de conceptos jurídicos indeterminados y que más exactamente habría que adscribir al ambiente (sic; debe decir ámbito) de las potestades regladas. Por eso, cabe su fiscalización plena en sede jurisdiccional. La propia sentencia impugnada se hace eco en otro de sus pasajes de la evolución experimentada en este campo con cita de nuestra jurisprudencia”.

Tal declaración va mucho más allá de lo que la jurisprudencia que aplica ha establecido.

1. Ciertamente dicha doctrina ha supuesto un avance importante, pero nunca había llegado a conclusión tan contundente, tal vez por la enorme fuerza de inercia que tiene una determinada visión de lo que debe entenderse por discrecionalidad técnica cuando se refiere a la materia de oposiciones y concursos para acceder a la función pública. Visión que históricamente ha venido equiparando de facto la discrecionalidad técnica con la discrecionalidad. Indudablemente en este punto la aclaración formulada por el TS es muy pertinente. Con ella el modelo queda notablemente mejorado con la nueva aplicación, y es de esperar que esa mejora sea asumida por el propio modelo sin reticencia alguna. Sin duda, esta declaración se sitúa en el mismo ámbito en el que otros sectores o actividades de la Administración manejan saberes técnicos (expropiaciones, declaraciones de ruina, etc.), y no necesitan acudir a restricciones en el enjuiciamiento pues el proceso ha facilitado las pruebas pertinentes (en particular las periciales) y con ellas el conocimiento del que los jueces carecen. Es lo que ha ocurrido en este caso: se han emitido dictámenes periciales que el juez ha apreciado bajo las reglas de la sana crítica y, sin sustituir para

nada a la Administración, ha anulado la decisión evaluadora. Así pues, el control de los aspectos técnicos debe ser un control pleno⁶.

2. La sentencia distingue con claridad, tal vez como nunca antes se haya hecho en la jurisprudencia, entre discrecionalidad y discrecionalidad técnica como concepto distinto del anterior, y al que, para asegurar mayor claridad, le asigna una denominación específica de “discrecionalidad impropia”; expresión esta que ya venía siendo utilizada por el TS en anteriores sentencias, en particular las relativas a las ordenanzas municipales de instalaciones de telefonía móvil, una materia con claras connotaciones ambientales⁷.

Surge la pregunta: ¿y por qué se separa del modelo confesado para enjuiciar la discrecionalidad técnica en punto tan importante como el alcance del control judicial? Pues en la doctrina del modelo el control no es pleno. Y aquí sí lo es. Además, se apoya en una equiparación entre la discrecionalidad técnica y los conceptos jurídicos indeterminados que dan lugar a una solución única sin perjuicio del margen de apreciación. Y la doctrina que utiliza como modelo no acude a esa equiparación. No emplea la misma vara de medir a pesar que el art. 103 de la CE emplea inequívocos conceptos indeterminados como el mérito y la capacidad.

La respuesta me parece que se encuentra en las adherencias de discrecionalidad mal entendida que todavía lucen apegadas al enjuiciamiento de las pruebas selectivas; en la peculiaridad que se reconoce a los tribunales calificadoros por su especialidad técnica y su imparcialidad.

⁶ Cfr. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 29 ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2018, págs. 370-373; A. GALLEGU ANABITARTE Y A. MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 89-90.

⁷ La primera en utilizarlo es la sentencia de 18 de junio de 2001, TOL4.916.595 en la que puede leerse: “Los ejemplos propuestos por la parte recurrente de preceptos que considera que tienen un contenido discrecional responden a supuestos de discrecionalidad impropia. Se trata de supuestos de discrecionalidad técnica (caso de los artículos 5 y 6, relativos al contenido y aprobación del plan técnico) o de conceptos jurídicos indeterminados (artículos 2.4 y 4, sobre "impacto desfavorable" o "niveles admisibles de impacto"), perfectamente susceptibles de control jurisdiccional”. Más recientemente, la sentencia de 25 de junio de 2019, recurso nº 2571/2016.

Llama la atención que, pese a la disparidad de materias y procedimientos, -poco tienen que ver las evaluaciones de impacto con la función pública- se haya aplicado una jurisprudencia exclusivamente creada para estos últimos y cuyas características no casan bien con las de las evaluaciones de impacto ambiental. Basta una comparativa entre los actos de selección y calificación de las pruebas selectivas en régimen de concurrencia, los documentos que lo forman, y los sujetos que lo gestionan para apercibirnos de las enormes diferencias que los separan. En las pruebas selectivas dominan las bases, los actos del tribunal calificador gestionando y calificando los diversos ejercicios, prácticos y teóricos; junto con los aspirantes, a veces numerosísimos. En la EIA⁸ no hay “bases”, ni ejercicios”, ni “aspirantes”, ni “tribunal calificador”. Hay documentos técnicos necesarios como el Estudio de Impacto Ambiental, información pública, informes de administraciones afectadas, y Declaración de Impacto Ambiental por el órgano competente como acto determinante de la decisión que finalmente se adopte sobre la autorización del proyecto. No hay tampoco concurrencia entre aspirantes. Ni se aprecia inmediatamente la distinción entre “los aledaños” y del “núcleo material de la decisión técnica”. Se precisa un esfuerzo de imaginación para hacer algún tipo de homologación entre ambos procedimientos. Y, sin embargo, desde la perspectiva del control judicial, es posible hacerlo, forzado tal vez por el resultado extensivo de la nueva doctrina jurisprudencial. Esta contiene un germen potencial de calidad que pugna por fructificar también en otros ámbitos. En ese despliegue los aledaños serán otros, sí, pero a la postre pueden amoldarse a otros procedimientos. No constituiría una empresa demasiado difícil encontrar en la EIA unas “actividades preparatorias”, unos “criterios de calificación”: para la evaluación del proyecto, para la determinación de condiciones de viabilidad, para las medidas correctoras. No hay tribunal calificador, decíamos, pero sí actividad material de calificación sobre los aspectos técnicos del impacto ambiental; no habrá aspirantes en concurrencia, pero sí alternativas que “concurren entre sí” en la elección de la opción más adecuada; y una estimación cualitativa: una puntuación que se otorga a cada una de esas alternativas. Todo ello exteriorizado en una motivación que no omite ninguno de los tres aspectos afirmados por el TS: existencia de criterios, aplicación de los criterios y razones de la concreta puntuación o estimación adoptada.

⁸ Sobre el procedimiento de la EIA, ver, J.F. ALENZA GARCÍA, “El procedimiento de evaluación de impacto ambiental”, en Régimen Jurídico de la evaluación ambiental. Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre de evaluación ambiental (Á. Ruiz de Apodaca, director), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), páginas 299-396. Esta ley ha sido modificada por la ley 9/2018, comentada por B. LOZANO CUTANDA en Actualidad Jurídica Ambiental, n. 86, Sección “Comentarios de legislación”, 9 de enero de 2019, con el título: [“Análisis de las modificaciones de la ley de evaluación ambiental”](#).

Y esto es justamente en lo que se adentra la STS de 2 de febrero de 2016. No es cosa de reproducir sus amplios fundamentos, pero la sentencia hace lo que es normal hacer en los jueces ante cuestiones técnicas que impregnan la actuación impugnada: valorar el material probatorio, sobre todo los dictámenes periciales. De la mano de esos dictámenes el juzgador conoce y es capaz, no de expresar su propio criterio; pero sí de valorar jurídicamente, con las reglas de la sana crítica, el aspecto técnico del proyecto o estudio de impacto tenidos en cuenta o aprobados por la Administración. Y reprochar a la declaración, como así se hace en esta sentencia, que “no justifica en modo alguno la elección del método utilizado para contrastar la incidencia medioambiental de cada una de las alternativas sopesadas y, por ende, su solvencia técnica a tal efecto, aunque se hace referencia de forma indiscriminada a un largo listado bibliográfico, que se afirma ha sido consultado, sin mayor especificación”. O que “el estudio de impacto ambiental se limita a aplicar una escala de puntuaciones comprendidas entre +6 y -10 a diferentes variables que se toman en consideración en relación con cada una de las alternativas de emplazamiento (clima, geología, edafología, hidrología, calidad del agua, calidad del aire, residuos, botánica, micología, zoología, paisaje, etnografía, arqueología, geografía, sonoridad y olores), sin explicar el significado de dicha escala, los criterios a considerar en su aplicación o cuando se ha de asignar una u otra puntuación a cada alternativa en relación con cada variable empleada. Simplemente se expone la franja de puntuación que se corresponde con los diferentes conceptos de impactos negativos ambientales que en teoría pueden producir las acciones de un proyecto, concretamente de impacto ambiental compatible (+6 a -2), impacto ambiental moderado (-3 a -5), impacto ambiental severo (-6 a -9), e impacto ambiental crítico (-10), cuya definición se establece en el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que aprueba el Reglamento para la Evaluación de Impacto Ambiental”. Es muy aconsejable la lectura detenida de la sentencia pues revela la profundidad del examen jurisdiccional del supuesto, que señala las incongruencias y faltas de justificación de las puntuaciones otorgadas a las diversas alternativas por las afecciones producidas a distintas variables: hidrología, botánica, zoología, paisaje, sonoridad, olores, etc. Ciertamente la sala juzgadora no es especialista en estas materias, pero de la mano de los dictámenes periciales y de las reglas de la sana crítica es perfectamente capaz de razonar sobre los aspectos técnicos del Estudio de Impacto Ambiental, anotando sus deficiencias, incongruencias, defectos de método, etc.

“En suma, -concluye la sentencia-: Indudablemente, las características de la obra, su ubicación y la naturaleza de la actividad que se proyecta, han de incidir en la ponderación de los diferentes criterios, a considerar para evaluar los efectos negativos ambientales atribuibles al proyecto, si se pretende una evaluación apropiada de tales efectos, y deben condicionar la razonable justificación de la solución adoptada entre las diferentes alternativas.

c) Pues bien, solo después de efectuado este cúmulo de consideraciones, la Sala de instancia formula definitivamente su conclusión de que la declaración de impacto ambiental practicada en el caso carece de motivación suficiente, no reúne la razonabilidad exigible y no responde a un legítimo ejercicio de la discrecionalidad técnica, por lo que no puede quedar aquella inmune al control judicial.

Conclusión de indudable alcance, expresiva desde luego de la intensidad del control judicial en el ejercicio de las potestades administrativas, aunque sólidamente asentada sobre la base de unas razones de las que la resolución impugnada da cuenta suficiente, y que a su vez se hacen descansar en todo momento sobre el material probatorio obrante en los autos.

Así las cosas, la indicada conclusión se ajusta a los cánones que nuestra jurisprudencia ha venido a establecer en el ámbito de la discrecionalidad técnica que alcanza a los supuestos que nos ocupan (evaluaciones de impacto ambiental) y cuyos límites han sido observados”.

3. Lo más paradójico y curioso de la sentencia es que la aplicación de los criterios jurisprudenciales en materia de control de pruebas selectivas de personal empleado público a las evaluaciones de impacto ambiental, se hace de una manera mucho más intensa que el propio modelo auspicia y lo aplica en su materia original. En la extensión no se habla de que al ser un juicio técnico el de las evaluaciones de impacto ambiental este sería irrevisable en el ámbito del núcleo material. El TS confirma la sentencia al estimar que ha actuado en nombre del Derecho y sin salirse de su función jurisdiccional. Despacha con firmeza la tradicional objeción de que un órgano jurisdiccional carece de los conocimientos necesarios para enjuiciar una decisión en sus aspectos técnicos. La sentencia ha entrado al fondo con la ayuda de informes periciales. Y lo hace asimilando la discrecionalidad técnica los conceptos jurídicos indeterminados, lo que alguna doctrina ha señalado como factor diferencial de la discrecionalidad administrativa y que, por ello, no estaría bien empleado el vocablo de discrecionalidad para referirla a las decisiones administrativas basadas en condicionantes técnicos o saberes especializados. En definitiva, examina el juicio técnico de la evaluación de impacto ambiental como si se tratara de una decisión más de la Administración, que es reglada de principio a fin. Aquí no se habla de errores manifiestos de apreciación. Se juzga sencillamente con el instrumental jurídico adecuado: el material probatorio obrante en autos que el juzgador ha estudiado a fondo, lo que comporta un esfuerzo adicional.

4. CONCLUSIONES

La extensión de los efectos de la sentencia de las pruebas selectivas, a las evaluaciones de impacto ambiental, han mejorado sin duda el modelo utilizado. La doctrina ha salido enriquecida. El “discípulo” ha superado al “maestro”. Cabe pensar, y desear, que este “viaje de ida” de la doctrina judicial sea también “de vuelta”, y que la jurisprudencia sobre el control de las evaluaciones de impacto ambiental se consolide y se extienda a otros sectores de la discrecionalidad técnica de la Administración, especialmente aquel del que ha tomado los criterios de enjuiciamiento.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J. F. El procedimiento de evaluación de impacto ambiental. En: RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Á. (Dir.). *Régimen Jurídico de la evaluación ambiental. Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre de evaluación ambiental*. Cizur menor (Navarra): Thomson Ruters-Aranzadi, 2014, pp. 299-396.
- COSCULLUELA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo*. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2018, pp. 370-373.
- GALLEGO ANABITARTE; A; MENÉNDEZ REXACH, A. *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2001, pp. 89-90.
- FERNANDEZ RODRÍGUEZ, T. R. La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece. *RAP*, n. 196, 2015, pp. 211-227.
- IGARTUA SALAVERRIA, J. Control judicial de la discrecionalidad técnica: error manifiesto, intermediación, sana crítica. *RAP*, n. 204, 2017, pp. 11-39.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica (Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7.ª, de 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013). *RAP*, n. 197, 2015, pp. 209-222.

VIII CONGRESO NACIONAL DERECHO AMBIENTAL

Véase [este enlace](#) para más información y el programa completo del congreso.

José Francisco ALENZA GARCÍA

Carla AMADO GOMES

José Miguel BELTRÁN CASTELLANOS

Eva BLASCO HEDO

Noemí BLÁZQUEZ ALONSO

Belén BURGOS GARRIDO

Nestor A. CAFFERATTA

Lucía CASADO CASADO

Jesús CONDE ANTEQUERA

Francisco DELGADO PIQUERAS

María Pilar DOPAZO FRAGUÍO

Jaime DORESTE HERNÁNDEZ

Carlos Javier DURÁ ALEMAÑ, et al.

Susana GALERA RODRIGO

Eva GAMERO RUIZ

Fernando GARCÍA RUBIO

Agustín María GARCÍA URETA

Ana Georgina GUERRERO RON

Blanca LOZANO CUTANDA

Isabel HERNÁNDEZ SAN JUAN

Aldo MILANO SÁNCHEZ

Juan Claudio MOREL

María PASCUAL NÚÑEZ

Elisa PÉREZ DE LOS COBOS

HERNÁNDEZ

Juan José PERNAS GARCÍA

Antoni PIGRAU SOLÉ

Joan PONS SOLÉ

Laura PRESICCE

Ángel RUIZ DE APODACA ESPINOSA

Javier RODRÍGUEZ MORAL

Blanca RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO

Aritz ROMEO RUIZ

Eduardo SALAZAR ORTUÑO

René Javier SANTAMARÍA ARINAS

Francisco Javier SANZ LARRUGA

Iñigo SANZ RUBIALES

Pablo SERRA PALAO

Marta TORRE-SCHAUB

Sebastián Félix UTRERA CARO

Aitana de la VARGA PASTOR

Ricardo de VICENTE DOMINGO

Actualidad Jurídica Ambiental

Núm. Especial 102/2,
Dedicado al Congreso Homenaje a Ramón Martín Mateo
“VIII Congreso Nacional Derecho Ambiental
(Vulnerabilidad Ambiental)”

Junio 2020

“Actualidad Jurídica Ambiental”
(www.actualidadjuridicaambiental.com)
es una publicación on-line innovadora y gratuita, de periodicidad continuada, que se caracteriza por su inmediatez y que aspira a llegar al mayor número posible de técnicos de la administración, investigadores, profesores, estudiantes, abogados, otros profesionales del mundo

jurídico y demás interesados en la protección ambiental. Conscientes del papel fundamental que en la actualidad desempeña el Derecho Ambiental, el *CIEDA-CIEMAT* considera *“AJA”* un instrumento imprescindible para la divulgación del conocimiento de esta rama del ordenamiento jurídico, materia dinámica, compleja y no suficientemente conocida.