Fundación Democracia y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local

número 16

Febrero de 2008

QDL

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Cuadernos de Derecho Local

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

CONSEJO CIENTÍFICO

Manuel Aragón Reyes
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Javier Barnés Vázquez
Miguel Beltrán de Felipe
Eduardo Calvo Rojas
Teresa Carballeira Rivera
José Luis Carro-Fernández Valmayor
Carmen Chinchilla Marín
Diego Córdoba Castroverde
Javier Delgado Barrio
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor
Rafael Fernández Montalvo
Tomàs Font Llovet
Eduardo García de Enterría
Pablo García Manzano
Rafael Gómez Ferrer
Jesús Leguina Villa
Joan Mauri Majós
Josep Mir Bagó
María Jesús Montoro Chiner
Alejandro Nieto García
Luis Ortega Álvarez
Luciano Parejo Alfonso
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Francisco Rubio Llorente
Joaquín Tornos Mas
Francisco Velasco Caballero
Juan Antonio Xiol Ríos

DIRECTORES

Manuel Medina Guerrero
Domènec Sibina Tomàs

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Ferran Torres Cobas

EDICIÓN

© Fundación Privada Democracia y Gobierno Local

PRODUCCIÓN Y ASESORAMIENTO LINGÜÍSTICO

Francesc Gil Lluch ☎ 932 095 705

PREIMPRESIÓN Y MAQUETACIÓN

Sisdigraf, S.L. ☎ 933 052 450

Depósito legal: B-4681-2002
ISSN: 1696-0955

SUMARIO QDL

PRESENTACIÓN 5

ESTUDIOS 7

Tomás Quintana López
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de León

Derecho de los vecinos a la prestación de los servicios públicos 7

Leonardo Álvarez Álvarez
Ángel Ignacio Villaverde Menéndez
Universidad de Oviedo

El sistema electoral municpal 14

Carmen Chinchilla Marín
Catedrática de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alcalá

Silencio administrativo: delimitación jurisprudencial de su ámbito de aplicación (comentario a la sentencia del tribunal supremo, de 28 de febrero de 2007) 27

Ponencias del Curso sobre medio ambiente organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, el Instituto Nacional de Administración Pública y la Diputación de Alicante, del 14 al 16 de noviembre de 2007

Jesús María Chamorro González
Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

1. Infraestructuras públicas y medio ambiente 38

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

2. Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006. Valoración general 49

Jesús Jordano Fraga
Profesor titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Sevilla

3. Un desafío para los ordenamientos en el siglo xxi: el desarrollo sostenible 61

Tomás Quintana López
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de León

4. Actividades extractivas y medio ambiente 75

Alicia Esther Ortuño Rodríguez
Magistrada especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

5. La responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente 83

Luis Ignacio Ortega Álvarez
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Castilla-La Mancha

6. Observatorio politicas ambientales 2007: los nuevos estatutos de autonomía 102

Pedro Luis Roás Martín
Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla)

7. Posibilidades de reacción local frente a la problemática medioambiental: limitaciones competenciales y su incidencia en la autonomía local 114

Felipe Fresneda Plaza
Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid)

José Antonio Razquin Lizarraga
Director del Servicio de Asesoría Jurídica del Gobierno de Navarra

Domènec Sibina Tomàs

8. Actividades industriales 135

9. Los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente 154

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA 181

A) Jurisdicción constitucional 182
B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 192
C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 198
D) Jurisdicción contencioso-administrativa 201
E) Jurisdicción civil 215
F) Jurisdicción penal 220

PRESENTACIÓN

QDL

Este QDL, 16 debe encabezar su presentación, lamentablemente, con la triste noticia del fallecimiento el mes de enero pasado de Don José María Esquerda Roset, secretario de redacción de esta revista y de la Diputación de Barcelona. Quienes tuvimos el placer de compartir el camino profesional y de viajar por la vida a su lado sólo podemos decirle gracias por todo lo que nos enseñó y por haber impregnado todos los proyectos que impulsó de su cortesía y saber estar.

La sección de doctrina de este número del QDL se inicia con el trabajo de Tomás Quintana López, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León, sobre "Derecho de los vecinos a la prestación de los servicios públicos". El núcleo del artículo es el análisis de los mecanismos jurídicos mediante los cuales los ciudadanos podemos exigir a los municipios la prestación efectiva de los servicios (tanto respecto de servicios ya en funcionamiento, como en relación con el derecho al establecimiento del servicio). Examina doctrinalmente y pondera las posiciones jurisprudenciales que han dado lugar a un número significativo de sentencias que ordenan que se lleven a cabo concretas prestaciones a favor de los vecinos; el resarcimiento de los daños causados como consecuencia de la falta de prestación o deficiente funcionamiento de los servicios públicos y el establecimiento de concretos servicios públicos municipales. Leonardo Álvarez Álvarez y Ángel Ignacio Villaverde Menéndez publican el trabajo "El sistema electoral municipal". En este trabajo ponen de relieve y examinan cuáles son los elementos definitorios del sistema electoral municipal: derecho al sufragio activo y pasivo, circunscripción, fórmula electoral, barrera legal y Administración electoral. También analizan cómo se produce la elección de los alcaldes de los ayuntamientos y cuáles son las relaciones entre estos dos órganos de gobierno municipal.

Carmen Chinchilla Marín, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá, publica el trabajo "Silencio administrativo: delimitación jurisprudencial de su ámbito de aplicación (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007)". La sentencia que es objeto de comentario hace referencia a una tipología de conflicto muy generalizado ante nuestros tribunales. En síntesis, los contratistas, una vez han cobrado de las administraciones públicas el principal de la deuda, presentan un escrito reclamando los intereses de demora que corresponden al crédito principal. Transcurridos tres meses desde la presentación de su solicitud de pago de intereses, y considerando que la misma ha sido estimada por silencio administrativo, solicitan la ejecución del acto firme a los efectos de cumplir con el requisito previsto en el artículo 29.2 de la LJCA (solicitud de ejecución previa a la interposición de un recurso por inactividad, en la modalidad de inejecución de actos firmes). Transcurrido un mes, sin que la Administración realice el pago, interponen un recurso contencioso-administrativo ejerciendo la acción de inactividad por inejecución de actos administrativos firmes (artículo 29.2 de la LJCA) y solicitando que se condene a la Administración al pago de los intereses reclamados. La cuestión se venía planteando desde hace tiempo en los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo y la Audiencia Nacional, en la sentencia que es objeto de casación por la STS de 28 de febrero de 2007, condenó al pago de los intereses reclamados y avaló el camino jurídico explicado para obtener el pago de intereses una vez satisfecho a los contratistas el crédito principal. El Tribunal Supremo en la sentencia objeto del trabajo rectifica la doctrina de la Audiencia Nacional y la de los tribunales superiores de justicia y la de numerosos juzgados que mantenían el mismo criterio. El Tribunal Supremo establece que no estamos ante un procedimiento administrativo iniciado a instancia de parte, sino ante un procedimiento iniciado de oficio y que el silencio administrativo no resulta aplicable a cualquier procedimiento administrativo, sino sólo a determinados procedimientos. La autora del trabajo critica la doctrina de la sentencia y razona las consecuencias que se pueden derivar de ella.

El QDL sigue con la publicación de las ponencias del curso sobre medio ambiente organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, el Instituto Nacional de Administración Pública y la Diputación de Alicante, del 14 al 16 de noviembre de 2007. La valoración conjunta de todas ellas confirma el valor de la

colaboración de los jueces, funcionarios especialistas en la materia de medio ambiente y profesores de universidad.

Jesús Chamorro González, magistrado, presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en el trabajo "Infraestructuras públicas y medio ambiente" se centra en el estudio de los mecanismos jurídicos que disciplinan la actividad administrativa en el ámbito de la promoción de infraestructuras públicas y de la tutela de los espacios protegidos, buscando vías y cauces de coordinación y conciliación de intereses, a priori distintos e incluso incompatibles, valorando también los distintos ámbitos competenciales en estas materias.

Fernando López Ramón, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, en "Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006. Valoración general", lleva a cabo una valoración general de las políticas ambientales desarrolladas en el territorio español desde 1978 hasta la actualidad.

Jesús Jordano Fraga, profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, publica "Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible". En este trabajo formula y precisa el concepto de desarrollo sostenible, su recepción en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del TJCE y finaliza con una breve valoración del Derecho Ambiental de la Unión Europea, en el que observa y pondera las consecuencias del deslizamiento del Derecho sustantivo al Derecho de procedimiento.

La tensión entre las actividades extractivas y el medio ambiente es el hilo argumental del trabajo que publica Tomás Quintana López, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León. Alicia Esther Ortuño Rodríguez, magistrada especialista de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el trabajo "La responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente", tras el análisis del concepto de medio ambiente y del medio ambiente en el Derecho positivo, examina los diferentes sistemas de responsabilidad y su relación con el medio ambiente: en la vía penal y derivada de los ilícitos penales; civil por daños medioambientales; la responsabilidad extracontractual y la derivada del Derecho Administrativo. Su análisis concluye con el estudio de la Directiva 2004/35/CE y su transposición al ordenamiento jurídico español, mediante la Ley 26/2007, de 30 de octubre. En opinión de la autora, la Ley conforma un régimen común, que no completo, que no ha agotado todas las posibilidades que permitía la norma comunitaria, a fin de obtener una norma integral e integradora de todos los detrimentos, deterioros y menoscabos que pueden derivarse de las actividades contaminantes. A su vez considera que ha dejado en situación de ventaja al agente contaminante cuando se trata de un ente, órgano u organismo público.

Luis Ortega, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, en el trabajo que publica, realiza el análisis del medio ambiente en los nuevos estatutos de autonomía como derecho, deber, objetivo o principio rector y como título competencial. Pedro Luis Roás Martín, magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), publica el trabajo "Posibilidades de reacción local frente a la problemática medioambiental: limitaciones competenciales y su incidencia en la autonomía local", en el que analiza la cuestión medioambiental desde la perspectiva que ofrece la actividad de los entes locales. En concreto, en el ámbito de las actividades clasificadas; la protección del ambiente atmosférico; las técnicas de evaluación de los riesgos medioambientales y la democracia ambiental; los envases y residuos, las telecomunicaciones y la responsabilidad medioambiental.

Para finalizar, Felipe Fresneda Plaza, magistrado especialista de lo contencioso-administrativo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en Valladolid, realiza un análisis general de las actividades industriales desde la perspectiva medioambiental, y José Antonio Razquin Lizarraga analiza los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Domènec Sibina Tomàs
Co-director del QDL y director de publicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local

ESTUDIOS
QDL

Derecho de los vecinos a la prestación de los servicios públicos*

Tomás Quintana López
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León

1. Presentación.
2. La noción de servicio público en el marco de las entidades locales.
3. Los mecanismos jurídicos mediante los que los ciudadanos podemos exigir a los municipios la prestación efectiva de los servicios.
3.1. Prestación de servicios ya en funcionamiento. 3.2. El derecho al establecimiento del servicio.
4. La posibilidad de impugnación de los presupuestos municipales.

1. El texto se corresponde básicamente con la conferencia impartida el 27 de junio de 2007 en Miraflores de la Sierra, en el marco del curso de verano organizado por la Universidad Autónoma de Madrid en colaboración con la Fundación Democracia y Gobierno Local, titulado "Gobiernos locales: alcaldes y concejales. Representación política y participación ciudadana en el nivel municipal de gobierno".

1. Presentación

La amable invitación que me ha hecho la Fundación Democracia y Gobierno Local para intervenir en el curso de verano que se está celebrando en este bello paraje de la sierra madrileña me ha permitido y, a la vez, obligado a volver sobre un tema al que hace unos veinte años dediqué alguna atención, fruto de la cual vio la luz un pequeño estudio publicado en la colección Cuadernos Civitas, de la editorial del mismo nombre. El estudio se tituló *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, rótulo que casi coincide con el derecho reconocido expresamente a los vecinos por el artículo 18.1.g) de la, entonces recién aprobada, Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL).

Pues bien, el paso de este ya dilatado período de tiempo y un somero repaso a la jurisprudencia de nuestros tribunales pone de manifiesto que el precepto en cuestión sirve de argumento para amparar las pretensiones de quienes, como vecinos, exigen que les sean proporcionadas las prestaciones correspondientes a determinados servicios públicos de competencia municipal e, incluso, la implantación del servicio ante la inexistencia del mismo.

2. La noción de servicio público en el marco de las entidades locales

No obstante, antes de entrar a conocer el alcance e interpretación jurisprudencial del citado precepto de la ley básica local, así como otras vías que pueden contribuir a hacer efectivo el pleno disfrute de las prestaciones inherentes a los servicios municipales, resulta conveniente aproximarnos a la noción de servicio público en el marco de las entidades locales.

Con este objeto y como consideración general no está de más reconocer que la delimitación conceptual del servicio público seguramente sea una de las tareas que presenta mayores dificultades para el estudioso del Derecho Administrativo. A ello contribuye que el reconocimiento de una actividad como de servicio público tiene mucho de contingente, pues no siempre tenemos los ciudadanos la misma percepción acerca de lo que son actividades o servicios indispensables y esenciales para que el conjunto de la comunidad pueda observar un adecuado modo de vida. Además, las formas que utilizan las administraciones públicas para realizar las prestaciones que integran los servicios públicos son muy diversas: unas veces utilizan su propia estructura jurídica pública; otras veces se sirven de formas de carácter jurídico privado; o, en fin, pueden servirse de particulares para que sean éstos quienes realicen las prestaciones correspondientes al servicio público. También son diversas las maneras mediante las que se puede llegar a atribuir a una determinada actividad la consideración formal de servicio público.

Con todo, por su amplitud, podemos concebir el servicio público como un conjunto de actividades prestacionales que realizan las administraciones públicas a favor de los ciudadanos de una forma regular y continua, con sus propios medios o a través de terceros, de manera que con esa actividad prestacional se contribuya de forma determinante a que exista la vida en comunidad.

En este amplio marco que ofrece la idea de servicio público, hay que destacar algunas particularidades que contribuyen a perfilar una noción específica del servicio público en la esfera local. En este sentido resulta oportuno destacar la consideración que sobre los servicios públicos locales contiene el artículo 85.1 de la LRBRL, al establecer que "son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales", lo cual, como acertadamente ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia (STS de 23 de mayo de 1997), manifiesta la clara voluntad del legislador de vincular la noción de servicio público local a los fines cuya consecución es el fundamento de la existencia de las entidades locales, fines para cuya satisfacción el ordenamiento les dota de las correspondientes competencias. De ahí que, cuando el artículo 25.1 de la LRBRL establece que el municipio puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, podamos deducir que tendrán la consideración de servicios públicos municipales cuantas actividades organicen los municipios para contribuir a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en el ámbito de las competencias que les sean atribuidas.

En definitiva, nos decantamos por una noción de servicio público municipal que, partiendo de la idea general de servicio público que hemos enunciado, enfatiza la vinculación de los servicios públicos con los fines de las entidades locales y con los ámbitos competenciales que, de acuerdo con el sistema de atribución competencial dispuesto por la LRBRL, les sean atribuidos por los legisladores estatal y autonómicos.

La satisfacción de las necesidades de la comunidad vecinal o, dicho de otra forma, el ejercicio de muchas de las competencias que ostentan los municipios habilita e, incluso, exige a estos entes locales la creación de servicios públicos y, una vez establecidos, la realización de las prestaciones inherentes a los mismos.

De todos los servicios públicos de prestación municipal, tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico ha considerado necesario garantizar la prestación de aquellos que se consideren en cada momento que contribuyen a asegurar un adecuado nivel de existencia digna, de manera que las sucesivas leyes de régimen local dictadas en España han venido estableciendo que determinados servicios públicos sean de inexcusable prestación. Se trata de los llamados "servicios mínimos municipales".

Esta categoría de servicios municipales también está contemplada en la vigente LRBRL, cuyo artículo 26.1, como es conocido, establece distintos listados de servicios de prestación municipal obligatoria en función de la población del municipio, criterio que, en apariencia excesivamente simplista, no oculta la función garantista que ha tenido y sigue desempeñando la figura de los servicios mínimos para el conjunto de la población, sobre todo para esa parte de la población española que reside en los miles de pequeños municipios existentes en España, de los cuales pasan de siete mil los que tienen menos de cinco mil habitantes; función garantista que también alcanza a las miles de urbanizaciones y viviendas unifamiliares diseminadas que han proliferado en los últimos años a lo largo y ancho de la geografía española.

3. Los mecanismos jurídicos mediante los que los ciudadanos podemos exigir a los municipios la prestación efectiva de los servicios

Siendo esto así, cobran especial importancia los mecanismos jurídicos mediante los que los ciudadanos podemos exigir a los municipios la prestación efectiva de los servicios, al menos de aquéllos considerados como mínimos, o, incluso, si aun no estuvieran creados, su establecimiento; doble situación, la del servicio ya existente y, por tanto, ya en funcionamiento, de la del servicio que, aun siendo de prestación obligatoria, aún no ha sido establecido por el municipio, pese a estar obligado a ello, frente a la que tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido reconociendo a los ciudadanos dos posiciones jurídicas diferentes en función de que éstos pretendan simplemente acceder a las prestaciones inherentes a un servicio público ya existente y en funcionamiento, o que su pretensión sea la creación *ex novo* de un servicio público todavía inexistente. Reparemos en ello con algún detalle.

3.1. Prestación de servicios ya en funcionamiento

Una vez establecido el servicio municipal, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido reconociendo al vecino el derecho a acceder en condiciones de igualdad con otros vecinos a las prestaciones correspondientes a estos servicios, incluso, hasta el punto de poder exigirlas judicialmente con éxito. La exigencia judicial de las prestaciones ha de partir de la existencia de un acto administrativo, expreso o presunto, provocado por la inicial solicitud del particular dirigida a la Administración municipal en cuanto responsable de la prestación del servicio público, acto administrativo denegatorio, expreso o presunto, que el órgano jurisdiccional tendría que confrontar con las normas reguladoras del servicio y, particularmente, con el principio de igualdad y, en su caso, revocarlo, con expreso reconocimiento del derecho del vecino a las prestaciones correspondientes al servicio público. Así lo ha venido admitiendo la jurisprudencia desde hace tiempo, incluso con anterioridad a la aprobación de la LRBRL, en la que encontramos pronunciamientos como la STS de 22 de diciembre de 1984, en la cual se afirma que "establecido el servicio la situación jurídica del eventual usuario se consolida adquiriendo el derecho a la prestación de acuerdo con las normas propias del mismo y siempre respetando el principio de igualdad en el tratamiento".

Con todo, más allá de lo que ha venido siendo la tradicional posición doctrinal y la línea jurisprudencial, de la que es un claro exponente la sentencia citada, la posición del eventual usuario de las prestaciones inherentes a un servicio público ya en funcionamiento se ha visto progresivamente reforzada a través de distintas previsiones legales que están incidiendo positivamente en la situación del vecino como titular de un derecho a percibir las prestaciones correspondientes a los servicios municipales ya establecidos y en funcionamiento.

La primera previsión legal a considerar es la que contempla el artículo 18.1.g) de la LRBRL, que, como se ha dicho, reconoce a los vecinos el derecho a la prestación de los servicios públicos ya existentes o establecidos que sean expresión de las competencias municipales propias que deban ser ejercidas con carácter obligatorio. Este derecho alcanza a todas las personas inscritas en el Padrón Municipal o, lo que es igual, a toda persona que viva en España y que, por ello, está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente. Pues bien, aunque el derecho que el artículo 18.1.g) de la LRBRL reconoce a los vecinos no constituya en puridad una auténtica novedad en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, no cabe duda de que está contribuyendo a reforzar el tradicional derecho del eventual usuario a las prestaciones de los servicios municipales ya existentes, como lo prueba la repercusión jurisprudencial que está teniendo este precepto en los últimos años.

En este sentido, son destacables algunos interesantes pronunciamientos de nuestros tribunales, con lo que se está poniendo a prueba la operatividad del reconocido derecho de los vecinos a las prestaciones de los servicios públicos municipales obligatorios de competencia municipal ya establecidos, en el entendido de que no siempre la línea divisoria entre el servicio ya existente y el de prestación obligatoria aún no establecido es demasiado nítida. Veamos algunos ejemplos:

–La temprana STS de 9 de mayo de 1986, en la que, con base en el artículo 18.1.g) de la LRBRL, realizando una interpretación analógica de dicho precepto, el órgano judicial reconoce que goza de suficiente cobertura legal la solicitud realizada por una coordinadora de minusválidos, dirigida al ayuntamiento, para que suprima una serie de barreras arquitectónicas existentes en el municipio.

–La posterior STS de 25 de abril de 1989, por la que el alto tribunal resuelve un pleito promovido por un vecino ante la negativa del ayuntamiento a corregir las deficiencias del sistema de evacuación de aguas residuales del municipio, las cuales ocasionaban al recurrente y su familia continuas molestias, ante lo cual el órgano judicial resolutorio, con base en los artículos 26.1.a) y 18.1.g) de la LRBRL, reconoce que, correlativo al derecho del vecino a recibir las prestaciones correspondientes al servicio público de alcantarillado, el municipio tiene la obligación de adoptar las medidas adecuadas para poner fin a la situación que dio origen al pleito, lo que implica la obligación municipal de incluir en sus presupuestos la partida que se requiera para hacer frente a las obras necesarias para poner fin a la situación denunciada.

La STS de 3 de octubre de 1994, la cual, ante la reclamación de indemnización que efectúa una comunidad de propietarios de viviendas por los daños causados en un edificio por la rotura de un colector municipal y la solicitud de que fuera solventada la causa productora de los daños, se sirvió del artículo 18.1.g) de la LRBRL para declarar la obligación municipal, correlativa al derecho de los vecinos, de mejorar la prestación del servicio de competencia municipal.

–Otra sentencia del Tribunal Supremo, ésta de 21 de noviembre de 1996, llega a afirmar que el artículo 18.1.g) de la LRBRL reconoce al recurrente un auténtico derecho subjetivo a que se le preste el servicio de abastecimiento de agua que tenía solicitado, en cuanto que se trata de un servicio obligatorio.

Tampoco faltan en la llamada jurisprudencia menor pronunciamientos en la línea señalada, como acreditan las siguientes sentencias de distintas salas de lo contencioso-administrativo de diferentes tribunales superiores de justicia:

–La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 26 de diciembre de 1996, que reconoce el derecho de un vecino a que se le proporcione el enganche a la red municipal de agua para hacer uso del servicio público de abastecimiento de agua en una vivienda unifamiliar ubicada, por cierto, en suelo no urbanizable.

–Y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de noviembre de 2005, mediante la que estima el recurso interpuesto y reconoce el derecho del demandante, que actúa en nombre de una serie de propietarios de viviendas, a recibir la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable.

Por otro lado, recientemente, algunos tribunales superiores de justicia están generando una doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial de las administraciones municipales por los daños causados por la deficiente prestación de determinados servicios públicos municipales sirviéndose también, para reforzar el derecho al resarcimiento por la lesión patrimonial ocasionada, del derecho de los vecinos a la prestación de los servicios públicos municipales de prestación obligatoria. Esta línea jurisprudencial está teniendo una amplia difusión, como lo ponen de manifiesto las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2003, de 24 de septiembre de 2004 y de 3 de junio de 2005; del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 26 de febrero de 2003; y del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 9 de diciembre de 2005. En todas ellas se relaciona el derecho de los vecinos a la prestación de los servicios públicos municipales obligatorios que contempla el artículo 18.1.g) de la LRBRL con el deber de la Administración –en este caso municipal– de resarcir los daños causados como consecuencia de la falta de prestación o deficiente funcionamiento de los servicios públicos.

Un segundo paso, muy importante a nuestro juicio, para garantizar el derecho a la efectiva prestación de los servicios municipales existentes o en funcionamiento, lo ha dado el legislador con la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA); en particular, con la novedosa impugnabilidad de la inactividad de la Administración que permite el artículo 29.1 de esta Ley al disponer que: "Cuando la Administración, en virtud de una disposición que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuer-

do con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración."

Pues bien, a nuestro juicio, la existencia y funcionamiento de un servicio público local, sea o no de los que tiene la consideración de servicio mínimo, habilita al eventual usuario a iniciar legítimamente un proceso contencioso-administrativo de impugnación de la inactividad administrativa con objeto de obtener una sentencia que condene a la Administración a prestar el servicio solicitado. Consideramos que la situación en que se encuentra el eventual usuario de un servicio público municipal ya en funcionamiento, al que no se le proporcionan las prestaciones correspondientes al mismo, cumple las cuatro exigencias que requiere el artículo 29.1 de la LJCA para hacer uso con éxito del recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la Administración.

En caso de que una vez reclamada la prestación la Administración no dé cumplimiento a lo solicitado o no llegue a un acuerdo con el solicitante, para lo que dispone de un plazo de tres meses, éste, el eventual usuario o solicitante, puede iniciar el proceso contencioso-administrativo por inactividad de la Administración con la pretensión de que ésta sea condenada a satisfacer las prestaciones correspondientes al servicio, procedimiento jurisdiccional que contiene algunas importantes especialidades que pueden ser de interés cuando el objeto del proceso contencioso sea la pretensión de condena a la Administración a que efectúe las prestaciones inherentes a un servicio público ya en funcionamiento, como, señaladamente, son las que contiene el artículo 71.1.c) de la LJCA, en cuanto a la fijación por la sentencia de un plazo para que se cumpla el fallo; o el artículo 108 de la LJCA, en el que se habilita al órgano judicial a adoptar algunas medidas ante el incumplimiento del fallo por parte de la Administración; o, en fin, las que establece el artículo 136 de la LJCA en relación con la adopción de medidas cautelares en procesos judiciales de impugnación de la inactividad de la Administración, medidas cautelares que en este caso pueden solicitarse y adoptarse antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad, teniendo en cuenta, además, que tratándose de un conflicto suscitado por la inactividad de la Administración, la medida cautelar, evidentemente de carácter positivo, "se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en el artículo 29 o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el órgano judicial ponderará de forma circunstanciada" (artículo 136.1 de la LJCA).

Tampoco está siendo ajena a los tribunales la aplicación del recurso jurisdiccional frente a la inactividad de la Administración en el tema que nos ocupa; de momento de forma limitada, aunque no faltan ejemplos, como el que proporciona la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2004, dictada en un conflicto suscitado por la solicitud realizada por un ciudadano para que le fuera prestado el servicio de suministro de agua potable de uso doméstico en una finca, en la cual, después de reconocer el derecho de los vecinos del término municipal a obtener el suministro domiciliario de agua potable para el consumo humano, se afirma textualmente que "no resultaría descaminado ejercitar la pretensión a que el procedimiento principal se contrae por la vía apuntada en el artículo 29.1 de la Ley de la jurisdicción, con la secuela que respecto a la adopción de la medida cautelar solicitada supone el artículo 136 de la misma, al limitar excepcionalmente la posibilidad de denegar su adopción a los supuestos concretos que especifica su primer apartado"; o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de 16 de junio de 2003, resolutoria de un pleito promovido con objeto de que se ordenara al ayuntamiento que cumpliera e hiciera cumplir la normativa legal vigente sobre control de ruidos, accediendo a la pretensión solicitada e, incluso, llegando a imponer a la Administración municipal el plazo de un mes para que adoptara una serie de medidas dirigidas a garantizar la aplicación de las disposiciones legales de control de ruidos, lo que constituye, según expresa el propio tribunal, una condena a la Administración a que actúe positivamente frente a la inactividad administrativa precedente.

3.2. El derecho al establecimiento del servicio

Además del derecho a las prestaciones de los servicios ya en funcionamiento, recordemos que el artículo 18.1.g) de la LRBRL reconoce también el derecho de los vecinos al establecimiento de los servicios de prestación obligatoria municipal.

Pues bien, a nuestro juicio, el citado precepto legitima al vecino para exigir judicialmente el establecimiento e implantación *ex novo* de aquellos servicios públicos que se corresponden con las competencias municipales de ejercicio obligatorio, tradicionalmente conocidos como servicios mínimos, legitimación que se otorga al vecino mediante el reconocimiento de una acción popular o, más precisamente, de una acción vecinal. Es decir, la acción que atribuye al vecino el artículo 18.1.g) de la LRBRL, para exigir al ayuntamiento el establecimiento *ex novo* de un determinado servicio público de prestación obligatoria, no responde a la titularidad de un derecho subjetivo por parte del vecino, ni siquiera de un interés legitimador, entendiendo por éste la eventual obtención de un beneficio propio e individualizado con la sentencia que declare el derecho del vecino a que el servi-

cio público sea establecido, pues una cosa es el derecho del vecino a que el servicio sea puesto en funcionamiento y otra diferente es que ese vecino, por el simple hecho de serlo, tenga derecho a las prestaciones correspondientes al servicio que se llegue a crear o establecer, pues esto dependerá de que el vecino cumpla las condiciones exigidas por las normas reguladoras del servicio, lo que es determinante en aquellos considerados *uti singuli,* pero no sólo en éstos.

Por tanto, el vecino que solicita o exige el establecimiento de un servicio público, tanto de los considerados *uti universi*, es decir, de los que contemplan como destinataria del servicio a la colectividad en general, como *uti singuli*, es decir, los que se crean para beneficiar a los ciudadanos que se encuentren específicamente en las circunstancias previstas en las normas reguladoras del servicio, está ejercitando una acción pública reconocida solamente al vecino en cuanto miembro de la comunidad vecinal, pues el beneficio que el solicitante puede esperar obtener con el establecimiento *ex novo* del servicio público no es un beneficio personal e individualizado, sino para toda la comunidad vecinal.

El ejercicio de esa acción por el vecino conducirá al inicio de un proceso contencioso-administrativo predominantemente de carácter objetivo, a partir del acto expreso o presunto denegatorio que el vecino recurrente ha de provocar mediante la previa solicitud de creación del servicio. La sentencia declarativa que ponga fin al proceso deberá anular el acto administrativo denegatorio de la solicitud de establecimiento del servicio y remitir la creación del mismo a la discrecionalidad administrativa, pero no en cuanto a la decisión de crear o no el servicio, sino al cómo y, en su caso, al cuándo, siempre dentro de la legalidad presupuestaria, teniendo en cuenta, en relación con esto último, que el Tribunal Supremo, en una importante sentencia, ya relativamente antigua, de 6 de marzo de 1978, afirmó que no cabe excusar a la Administración de adoptar ciertas medidas a causa de la inexistencia de créditos presupuestarios, pues la habilitación de éstos no es condición para la existencia del derecho, sino, por el contrario, la habilitación presupuestaria es una consecuencia de la propia existencia del mismo, de lo que se sigue, en el asunto que nos ocupa, que el reconocimiento judicial del derecho del vecino o de la comunidad vecinal al establecimiento de determinados servicios públicos puede condicionar legítimamente los ejercicios presupuestarios futuros hasta el pleno cumplimiento de la obligación legalmente impuesta y judicialmente declarada, consistente en el establecimiento de los servicios públicos de prestación municipal obligatoria.

Ciertamente, en la aplicación del artículo 18.1.g) de la LRBRL, en su vertiente de derecho de los vecinos al establecimiento de los servicios públicos municipales obligatorios, no se ha prodigado la jurisprudencia, al menos hasta el momento. No falta, sin embargo, algún interesante pronunciamiento, como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede en Burgos, de 12 de abril de 2005, resolutoria de un recurso interpuesto frente a la denegación presunta de la solicitud mediante la que se requería a un ayuntamiento para que iniciara las obras necesarias para dotar de suministro de agua potable y de alcantarillado a un pequeño núcleo sin población anejo al principal, ante cuya negativa, el órgano judicial, con base en los artículos 26.1.a) y 18.1.g) de la LRBRL, acuerda declarar la obligación del ayuntamiento de establecer en dicho núcleo los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado para el desagüe de las residuales, así como también la obligación que pesa sobre la corporación de incluir en su presupuesto la dotación necesaria para establecer sendos servicios municipales.

Así como hemos afirmado que la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa aprobada en 1998, al habilitar un cauce procesal frente a la inactividad de la Administración, ha favorecido la exigencia judicial de las prestaciones correspondientes a servicios públicos ya establecidos, este cauce no parece que esté pensado para facilitar la exigencia judicial del establecimiento *ex novo* de servicios públicos de prestación municipal obligatoria. En efecto, si el contenido del artículo 29.1 de la LJCA ofreciera alguna duda al intérprete, la exposición de motivos de la propia LJCA, aunque no impide, sí dificulta la utilización del proceso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la Administración para obtener a través de este cauce procesal precisos pronunciamientos judiciales que condenen a la Administración a crear o establecer *ex novo* servicios públicos, aunque se trate de aquellos de obligatoria prestación municipal; así cabe entender lo prescrito por el citado preámbulo cuando afirma que "este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el *quando* de una decisión o de una actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas".

Como contrapunto a las dudas que puede ofrecer la utilización de la vía procesal que habilita el artículo 29.1 de la LJCA para exigir judicialmente el establecimiento de servicios públicos municipales de prestación obligatoria, es oportuno advertir el rigor con que jurisprudencialmente se controla el ejercicio de la facultad de dispensar a los municipios de establecer servicios mínimos por parte de la Administración autonómica, a lo que habilita el artículo 26.2 de la LRBRL. En esa dirección se sitúa la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2007, mediante la que se anula un acuerdo adoptado en sede autonómica dispensando a un ayuntamiento capital de provincia de la prestación del servicio municipal de mercado, pues ante la alegada innecesariedad del servicio, al estar suficientemente cubierta la oferta de productos alimenticios en el municipio por parte de las empresas privadas, se afirma que sólo es causa de la dispensa que "resulte imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación de dichos servicios".

4. La posibilidad de impugnación de los presupuestos municipales

Para terminar, resulta de interés realizar una breve referencia a la posible impugnación de los presupuestos municipales que el vigente Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, prevé, al igual que lo han venido haciendo, con uno u otro alcance, las normas reguladoras de las haciendas locales precedentes. A nuestros efectos solamente es necesario reparar en que el artículo 169.1 del citado Texto refundido dispone que los interesados podrán examinar el presupuesto general, una vez que haya sido aprobado inicialmente, y presentar reclamaciones frente al mismo ante el Pleno de la corporación. Entre los interesados se cuentan, conforme prevé el artículo 170.1 del mismo texto legal, los habitantes del territorio de la respectiva entidad local, quienes resulten directamente afectados aunque no habiten en el territorio de ella y las entidades corporativas que actúen en defensa de los intereses que les son propios. Los así legitimados podrán, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 170.2.b) del citado Texto refundido, entablar reclamaciones, entre otros motivos, porque el presupuesto aprobado inicialmente omita el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo, motivo con base en el cual el reclamante puede exigir la incorporación al presupuesto municipal de la partida necesaria para que puedan ser realizadas las prestaciones correspondientes a servicios obligatorios ya en funcionamiento o, en su caso, el establecimiento de aquél o aquéllos que, conforme al artículo 26 de la LRBRL, son de prestación obligatoria. Las reclamaciones a que hemos hecho referencia pueden servir, pues, como vía para dotar de efectividad al derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos.

Ciertamente, no parece que esta reclamación administrativa y la subsiguiente impugnación judicial, ante la eventual desestimación, hayan sido de frecuente utilización, al menos si nos atenemos a la poca conflictividad judicial que ha generado la aplicación de los preceptos legales en que se regula, lo que, como indicio, puede servirnos para apoyar la anterior suposición. En todo caso, que no se utilice con frecuencia no desautoriza en absoluto la viabilidad del mecanismo jurídico para servir a los objetivos a que nos hemos referido. En este sentido, ha de ser considerada la STS de 11 de diciembre de 2002, en la que se declara no haber lugar a un recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de instancia que había estimado el recurso deducido frente a un acuerdo del Pleno de una diputación provincial, de aprobación del presupuesto, precisamente, entre otros motivos, porque en él aparecía una "exigua partida presupuestaria de cinco millones de pesetas consignada para protección civil", lo que, a juicio de la sala *a quo*, "no supone cumplir las obligaciones legales de consignación en presupuesto de una cantidad específica para la extinción de incendios", servicio que la propia sala considera de prestación obligatoria para la institución provincial en beneficio de los municipios de la provincia, según deduce de la disposición transitoria segunda de la LRBRL, conforme a la cual las provincias conservarán las competencias atribuidas por la legislación vigente en el momento de la entrada en vigor de dicha Ley hasta tanto no sea aprobada la legislación sectorial de acuerdo con el nuevo sistema de atribución competencial fijado por la LRBRL, lo cual remite a la aplicación transitoria de los artículos 242 y 254 del Texto articulado y refundido de la Ley de régimen local aprobado por el Decreto de 24 de junio de 1955, preceptos que dan soporte a la obligación de la Administración provincial de disponer de un servicio de extinción de incendios, para cuya financiación el presupuesto impugnado no contemplaba una partida económica suficiente.

A la vista de este pronunciamiento, no resulta difícil aventurar el éxito de las reclamaciones y, en su caso, impugnaciones jurisdiccionales frente al presupuesto municipal que no incorpore las partidas con las que atender a la prestación y, si llega el caso, al establecimiento de los servicios de prestación obligatoria municipal. ■

El sistema electoral municipal[1]

Leonardo Álvarez Álvarez
Ángel Ignacio Villaverde Menéndez
Universidad de Oviedo

1. El sufragio activo y pasivo. El cuerpo electoral municipal.
1.1. El derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. 1.2. El derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales.
2. La circunscripción, la fórmula electoral y la barrera legal. La Administración electoral.
2.1. La circunscripción, sistema de listas y clase de voto. 2.2. Fórmula electoral y barrera legal. 2.3. La Administración electoral: la Junta Electoral de Zona y las mesas electorales.
3. Constitución y elección de los órganos de gobierno municipales.
3.1. Constitución y disolución de la corporación municipal. 3.2. La elección y destitución del alcalde de la corporación municipal.
Bibliografía básica.

1. Una versión de este mismo trabajo será publicado en un libro colectivo de Derecho comparado municipal mexicano-español de próxima publicación.

En realidad, no hace demasiado tiempo que el estudio de las entidades municipales se ha convertido en detenido objeto de la ciencia del Derecho Constitucional. Seguramente a ello quizás haya contribuido el hecho de que la autonomía administrativa atribuida a los entes municipales no haya sido concebida en la Constitución española como una de las normas estructuradoras de la forma de Estado. Si bien es cierto que aquellas entidades participan en la función de creación de normas –a través de la aprobación de disposiciones de rango reglamentario–, tal función, una de las típicamente estatales,[2] no se proyecta efectivamente sobre los niveles superiores del ordenamiento español, no teniendo la consideración de principio estructural, naturaleza que recae en las normas recogidas en los enunciados de los artículos 1.1 y 2, y 93 de la CE.[3] Sin embargo, esta función normativa de las entidades municipales, no estructuradora de la creación normativa al más alto nivel en la Constitución, no debe alejar a la autonomía municipal propiamente de las funciones constitucionales.

En realidad, los órganos elegidos por los cuerpos electorales municipales –si bien limitados en su contenido e intensidad en buena medida por la relación de jerarquía a la que se ven sometidas sus normas por medio del sistema de fuentes previsto en la Constitución de 1978– ejercen en cierta medida la función constitucional, que ha venido a denominarse *función de gobierno*.[4] Sólo si esto es tenido en cuenta, el análisis, concretamente, del sistema electoral municipal adquiere una justificación constitucional autónoma, más allá de su concepción como una lejana materialización territorial del principio estructural del Estado democrático reconocido en el artículo 1.1 de la CE. Esa función de *relevancia constitucional* es lo que ha parecido tener en cuenta el legislador, que ha tratado de reforzar en los últimos tiempos la posición de los municipios,[5] cuyo mayor hito haya sido muy posiblemente el reconocimiento del conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional, equiparando a las entidades locales, desde la perspectiva garantista-competencial, a las comunidades autónomas y al Estado.[6]

El presente trabajo pretende poner de relieve cuáles son los elementos definitorios del sistema electoral municipal: sufragio, circunscripción, fórmula electoral, barrera legal y Administración electoral. Pero también, debido a la función de relevancia constitucional que se lleva a cabo en el ámbito municipal, se analizará también cómo se produce la elección –además lógicamente de la corporación municipal– de los alcaldes de los ayuntamientos y cuáles son las relaciones entre estos dos órganos de gobierno municipal.

1. El sufragio activo y pasivo. El cuerpo electoral municipal

1.1. El derecho de sufragio activo en las elecciones municipales

El *sufragio* es, tal como se ha puesto de manifiesto, el primero de los pilares conformadores del sistema electoral municipal. Su configuración no difiere basilarmente de la que con carácter general predetermina los sistemas electorales del resto de entidades representativas cuya elección regula la LOREG.[7] Únicamente un rasgo distintivo evidencia un elemento diferencial. Este elemento se vincula a la titularidad *iusfundamental* y también al ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 23.1 y 2 de la CE, diferentes según se trate de españoles o extranjeros, a tenor de lo previsto en el artículo 13.2 de la CE. En lo que se refiere, en primer lugar, al *derecho de sufragio activo* en las elecciones municipales, su titularidad *iusfundamental* se vincula *con carácter general*, por la Constitución y por la LOREG, a un requisito de naturaleza positiva: la posesión de la *nacionalidad española* (artículo 13.1 de la CE

2. Véase H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Max Gehlen, Berlín, 1966, p. 262.

3. STC 214/1989, FJ 6. Véase sobre el contenido y función de la autonomía local F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, "Autonomía local y constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 70, 2004, p. 161 y ss.

4. Cfr. I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *La función de gobierno en la Constitución española de 1978*, Universidad de Oviedo, 2002, Oviedo, p. 101 y ss., y p. 114 y ss.

5. Ya habiendo sido objeto de atención en orden a su protección por el Tribunal Constitucional, que afirma que la configuración de la garantía de la autonomía local no debe ser dejada exclusivamente al legislador, STC 214/1989 (FJ 13). También de las provincias, como ha estudiado M. T. SALVADOR CRESPO, "La provincia en el Anteproyecto de Ley básica del gobierno y la administración local", *Revista General de Derecho Administrativo*, 13, 2006.

6. Véase al respecto G. RUIZ-RICO, "El conflicto en defensa de la autonomía local: análisis de la Ley orgánica 7/1999 de modificación de la LOTC", en L. López Guerra (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 609 y ss. Pero también deben reseñarse las recientes modificaciones vinculadas a la paridad entre sexos de cara a la conformación de las listas electorales (Ley orgánica 3/2007), también municipales, o la posibilidad de denegar a las agrupaciones de electores municipales la posibilidad de presentarse cuando tengan por objeto el menoscabo del principio democrático, en los términos diseñados por la Ley orgánica 6/2002, de partidos políticos. Véase en este sentido L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "Lealtad constitucional y partidos políticos", *Teoría y Realidad Constitucional,* 10-11, 2003, p. 445 y ss.

7. Véase con carácter general un análisis de los elementos comunes del sistema electoral español en J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, "La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 70, 2004, p. 127 y ss.

y 2 de la LOREG). La mayoría de edad, fijada en 18 años (artículo 2 de la LOREG), aparece tan sólo, de acuerdo con la dogmática de los derechos fundamentales plasmada en la Constitución –que concibe a la nacionalidad como la única restricción posible a la titularidad de los derechos–[8] como una condición de ejercicio a los mismos.[9] Sin embargo, el primero de estos dos requisitos, el que verdaderamente atañe a la titularidad del derecho de sufragio, el de la nacionalidad –que resulta de aplicación incondicionada en las elecciones al Parlamento español y los parlamentos autonómicos (como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1.2 de la CE)– resulta excepcionado en el artículo 13.2 de la CE para las elecciones locales, desarrollado posteriormente en la LOREG.[10]

De conformidad con estas normativas, en las elecciones municipales –además de los nacionales españoles– pueden ser titulares del derecho de sufragio activo los residentes extranjeros en España, siempre cuando exista *reciprocidad* –esto es, que los ciudadanos españoles residentes en sus estados de origen gocen igualmente del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales– y que dicha *reciprocidad se encuentre plasmada normativamente en un tratado internacional o en una ley* (artículo 13.2 de la CE), siempre y cuando, además, dichos sujetos hayan manifestado su voluntad expresa de ejercer el sufragio en dichas elecciones [artículo 176.1.b) de la LOREG].[11] Como se puede ver, la posibilidad de extender la titularidad *iusfundamental* del artículo 23.1 de la CE también a los extranjeros se condiciona a lo que determine, no la Constitución, sino una norma infraconstitucional, bien una ley o un tratado. Por ello, el derecho de sufragio activo del artículo 23 de la CE se caracteriza por ser uno de esos derechos que, si bien su titularidad corresponde originariamente a los españoles, puede ser extendida a los *extranjeros* de conformidad con lo que disponga el legislador.[12]

Teniendo esto en cuenta, en la medida en que un tratado o una ley hayan querido extender el derecho de sufragio activo también para los extranjeros –siempre en base al ya aludido elemento de la reciprocidad– se ha previsto la existencia de un censo de residentes extranjeros para el ejercicio del sufragio activo en las elecciones municipales,[13] sin perjuicio de su incorporación al padrón municipal (artículo 6.3 de la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social),[14] para lo cual resulta necesario –sólo para el caso de los ciudadanos extracomunitarios– gozar de permiso de residencia en España.[15] Pues bien, de acuerdo con

8. Véase B. Aláez Corral, "Los sujetos de los derechos fundamentales", en F. J. Bastida Freijedo; I. Villaverde Menéndez; P. Requejo Rodríguez; M. A. Presno Linera; B. Aláez Corral; I. Fernández Sarasola, *Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978,* Tecnos, Madrid, 2004, p. 90.

9. Véase, en concreto, sobre el estatus de la minoría de edad ante la perspectiva de la dogmática de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978, B. Aláez Corral, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

10. Efectivamente, el hecho de que sólo los nacionales españoles y no los extranjeros puedan votar en las elecciones a las Cortes Generales y a las comunidades autónomas encuentra su justificación constitucional en el artículo 1.2, que atribuye la soberanía al pueblo español. En la medida en que la soberanía del ordenamiento hace referencia a la potestad ilimitada de creación ilimitada de normas, parece claro que ésta se concentra en los principios estructurales de la Constitución, cuya función normativa consiste en regular el modo en que se lleva a cabo la creación de normas en los niveles superiores del ordenamiento (la Constitución y la ley). De acuerdo con ello, parece claro que sólo en la creación de estas normas que lleva a cabo el Parlamento español (para la aprobación de reformas constitucionales o de leyes) y los parlamentos autonómicos (sólo en el caso de la ley) pueden participar indirectamente los españoles –a través de su elección– que, de acuerdo con el artículo 1.2, ejercen la soberanía. La autonomía municipal no tiene la consideración de principio estructural en la medida en que las corporaciones municipales sólo tienen la potestad de aprobar normas de rango reglamentario, no siendo, por tanto, una manifestación de la soberanía del ordenamiento. Por ello los extranjeros sí pueden ejercer el derecho al voto en el ámbito municipal y no en el plano estatal o autonómico. Para que los extranjeros pudiesen en estos últimos ámbitos ejercer el derecho al voto resultaría necesaria lógicamente una previa reforma del artículo 1.2. Véase sobre esta relación entre soberanía y democracia F. Bastida Freijedo, "Elecciones y Estado democrático de derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 1991, p. 120 y ss., así como la monografía de B. Aláez Corral, *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 125 y ss.

11. Con carácter general, véase acerca de la titularidad del derecho al voto M. A. Presno Linera, *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003. También un análisis de este aspecto puede verse en la publicación del mismo autor, "La titularidad del derecho de participación política", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 104, 2002, p. 521 y ss.

12. Véase una clasificación de los derechos fundamentales en la CE dependiendo del elemento de la nacionalidad, requisito utilizado por el texto constitucional para determinar la titularidad de los derechos fundamentales, en B. Aláez Corral, "Los sujetos de los derechos fundamentales", *op. cit.*, p. 93.

13. Real decreto 202/1995 y la Orden ministerial de 23 de diciembre de 1998.

14. Desarrollada esta Ley orgánica por el Real decreto 2339/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de febrero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

15. Sobre ello véase la regulación normativa contenida en el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurran razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural. También véase lo previsto en los reales decretos 142/2001, por el que se establecen los requisitos para la regularización de extranjeros, y 239/2000, sobre el procedimiento para la regularización de

estos requisitos expuestos, en la situación actual gozan de la titularidad *iusfundamental* derecho de sufragio activo en las elecciones municipales en el ordenamiento español los *ciudadanos de la Unión Europea* –que no requieren gozar de permiso de residencia, como consecuencia de la libertad reconocida de circulación de personas y de mercancías en el territorio de la Unión–,[16] y, en lo relativo a los *ciudadanos extracomunitarios*, los que gocen de permiso de residencia procedentes de los estados de *Noruega, Argentina, Venezuela, Uruguay, Chile y Colombia*, con los que el Estado español ha firmado los correspondientes acuerdos que plasman normativamente el requisito de la reciprocidad para las elecciones municipales.[17]

Además de los requisitos positivos recientemente expuestos, se consagra un tercer requisito de naturaleza negativa, necesario, no para gozar de la titularidad del derecho de sufragio activo sino para el *ejercicio* del mismo, predicable indistintamente de españoles y extranjeros. Tal requisito es *no estar privado del mismo mediante sentencia judicial firme* que expresamente se pronuncie sobre la pérdida de tal derecho en los casos tipificados en la ley. Estos supuestos son, en primer lugar, los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento –si bien tal previsión ha sido derogada implícitamente por los artículos 39 y 44 del Código Penal, al no prever penas principales o accesorias de tal contenido–. En segundo lugar, quedan también privados del ejercicio del derecho de sufragio activo los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma establezca expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio. Y en tercer lugar, no pueden ejercer el derecho de sufragio activo los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, cuando en la autorización el juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio (artículo 3.2 de la LOREG).[18]

Los sujetos que cumplan estos requisitos señalados tanto de carácter positivo como negativo pueden ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales, siempre y cuando, además, cumplan otros de carácter administrativo, como encontrarse *de facto* inscrito en el censo electoral y votar en la mesa y en la sección correspondiente (artículo 86.2 de la LOREG).[19] Pues bien, estos sujetos que gozan de la titularidad y del ejercicio del derecho de sufragio activo son los que conforman el cuerpo electoral municipal, como órgano del Estado, que desempeña la función de elegir los miembros de la corporación.

1.2. El derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales

En lo que se refiere en concreto al *derecho de sufragio pasivo* (artículo 23.2 de la CE), el presupuesto fundamental para poder resultar elegible en las elecciones municipales es ser, al mismo tiempo, titular del derecho de sufragio activo (artículo 6.1 de la LOREG).[20] De acuerdo con esta regla genérica –que posee alguna excepción– no pueden presentarse

extranjeros. Un análisis doctrinal de estos aspectos véase en M. A. PRESNO LINERA, "Permisos de estancia y residencia", en *Ciudadanía e inmigración*, número monográfico de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2003, p. 101 y ss.

16. La posibilidad de que los nacionales de los estados de la Unión Europea puedan votar en las elecciones municipales del Estado español se encuentra apoyado en el artículo 19.1 del Tratado de la Comunidad Europea –modificado por el Tratado de Maastricht (en adelante TUE)–, que es el que plasma normativamente el requisito de la reciprocidad para las elecciones municipales para todos los ciudadanos de la Unión. Véase un análisis sobre ello en J. A. ALONSO DE ANTONIO, "El derecho de sufragio de los ciudadanos europeos en las elecciones municipales en el Estado de residencia: El caso de España", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 18, 1994, p. 199 y ss. También a ese respecto X. IRIONDO ARANA, "El derecho de sufragio en las elecciones municipales de los ciudadanos de la Unión Europea: Directiva y excepciones", *Revista Vasca de Administración Pública*, 44, 1996, p. 319 y ss.; V. AGUADO CUDOLÀ, "La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales", *Cuadernos de Derecho Local,* 1, 2003, p. 58 y ss.

17. Recientemente, el 17 de agosto de 2006, se presentó ante el Congreso de los Diputados una proposición no de ley para instar al Gobierno a tomar las medidas necesarias para poder reconocer también el derecho al sufragio activo en las elecciones municipales a los ciudadanos pertenecientes a otros estados mayoritariamente presentes en España, como los de Marruecos y de Ecuador.

18. Pues bien, en estos casos, si la incapacidad fuera apreciada, el juez lo comunicará al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente. En ese sentido, el artículo 37 de la LOREG prevé que los responsables del citado organismo, así como los del Registro de Penados y Rebeldes comuniquen mensualmente a la Oficina del Censo Electoral cualquier circunstancia que pueda afectar a la inscripción en el censo.

19. Como se verá más adelante, no en todos los municipios existe un cuerpo electoral con la función de elegir a los miembros de la corporación municipal. La excepción es el concejo abierto (artículo 140 de la CE), en el que no se produce propiamente una elección de concejales, sino que son los mismos vecinos los que conforman una asamblea vecinal que será la encargada de elegir directamente al alcalde. Sin perjuicio de que posteriormente se hablará sobre ello, véase por el momento L. COSCULLUELA MONTANER, "El concejo abierto", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 234, 1987, p. 199 y ss.

20. En el caso concreto de la posibilidad de que los extranjeros pudieran ser elegibles en las elecciones municipales, esta previsión normativa no se encontraba en la redacción original de la LOREG, sino que fue reconocida posteriormente, después de la pre-

como candidatos a las elecciones quienes no tengan al mismo tiempo la posibilidad de poder votar en dichas elecciones. Con todo, esta identidad genérica no basta para poder ser titular del derecho de sufragio pasivo, que se halla sometido a requisitos negativos adicionales a los previstos para los titulares del derecho de sufragio activo. Estos requisitos son no incurrir en los supuestos de inelegibilidad previstos en la Ley (artículo 6.1 de la LOREG), no estar condenado por sentencia judicial firme a una pena privativa de libertad –la imposibilidad de ejercer el derecho al voto se restringe durante el tiempo que dure la pena [artículo 6.2.a) de la LOREG]–, no hallarse condenado por sentencia judicial, incluso no siendo firme, por delitos de rebelión, terrorismo, o contra las instituciones del Estado, cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo [artículo 6.2.b) de la LOREG] y no haber sido privado de su derecho de sufragio pasivo en sus estados de origen [artículo 177.1.c) de la LOREG].[21]

Los titulares del derecho de sufragio pasivo pueden presentar sus candidaturas a las elecciones municipales ante la Junta Electoral de Zona (artículo 187 de la LOREG), bien bajo la forma de partidos políticos –en la modalidad de federación o de coalición– y en la forma de agrupaciones de electores (artículo 44.1 de la LOREG), estando sometida esta última modalidad de candidaturas a una exigencia no requerida para las que se presenten como partido: el aval de un número de firmas de los electores inscritos en el censo electoral.[22] Tal número difiere dependiendo de la población de los diversos municipios a cuya corporación se realiza la elección. En los municipios de menos de 5.000 habitantes no menos del 1 por 100 de los inscritos siempre que el número de firmantes sea más del doble que el de concejales a elegir. En los comprendidos entre 5.001 y 10.000 habitantes al menos 100 firmas. En los comprendidos entre 10.001 y 50.000 habitantes al menos 500 firmas. En los comprendidos entre 50.001 y 150.000 habitantes al menos 1.500 firmas. En los comprendidos entre 150.001 y 300.000 habitantes al menos 3.000 firmas. En los comprendidos entre 300.001 y 1.000.000 de habitantes al menos 5.000 firmas. En los demás casos al menos 8.000 firmas (artículo 187.3 de la LOREG). Pues bien, de acuerdo con estos requisitos expuestos, las candidaturas presentadas son proclamadas por la Junta Electora del Zona y publicadas en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, en el de la comunidad autónoma en la que se integren, en el caso del comunidades uniprovinciales.[23]

2. La circunscripción, la fórmula electoral y la barrera legal. La Administración electoral

2.1. La circunscripción, sistema de listas y clase de voto

El ámbito que opera como circunscripción en las elecciones municipales –y sobre el que ejerce su función el cuerpo electoral– en el Estado español es de carácter *territorial*, asignándose, en concreto, los puestos a cubrir en la corporación municipal a cada uno de los municipios (artículo 179.1 de la LOREG), que actualmente suman en España 8.110.[24] Como se puede apreciar, en la medida en que la circunscripción en cada elección es la totalidad del territorio municipal, ha de caracterizarse como *única*, frente al prototipo de circunscripción múltiple existente en las elecciones al Congreso de los Diputados y al

via reforma del artículo 13.2 de la CE, que en un principio no permitía más que el derecho de sufragio pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales. Esta reforma fue instada por el Tribunal Constitucional, que, en su Declaración 1/1992, de 1 de julio, enjuició antes de su entrada en vigor –de acuerdo con lo previsto en los artículos 95.1 y 2 de la CE y 78 y 79 de la LOTC– la adecuación del TUE a la Constitución española. El tratado autorizaba a los nacionales de cualquier Estado miembro la posibilidad de ser elegibles en las elecciones municipales de todos los estados de la Unión. En general, sobre el estatus de los extranjeros en lo que se refiere al derecho del sufragio pasivo a las resultas del citado TUE puede consultarse el trabajo de A. RALLO COMBARTE, "El Tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros en España", *Revista de Derecho Político,* 36, 1992, p. 89 y ss. En el mismo sentido véase E. ARNALDO ALCUBILLA, "El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, p. 82 y ss.

21. A tal efecto, y para la adecuada acreditación de la satisfacción de estos requisitos, la Junta Electoral de Zona podrá exigir la presentación de un certificado de la autoridad administrativa que corresponda del Estado miembro de origen en el que se acredite que no se halla privado del sufragio pasivo en dicho Estado (artículo 187.bis.2). Acreditado el extranjero como elegible, el Estado español comunicará a otros estados la información relativa a sus respectivos nacionales incluidos como candidatos (artículo 187.bis.3).

22. Ante la imposibilidad de recoger aquí el funcionamiento de la Administración electoral, véase su organización y su función garantista en M. A. PRESNO LINERA, "Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo", *Revista de Derecho Político*, 52, 2001, p. 137 y ss. También aquí se recoge un análisis detallado y sistemático de las infracciones electorales.

23. Véase al respecto la disposición adicional primera de la Ley 5/2002, reguladora de los boletines oficiales de las provincias.

24. En general, sobre la configuración práctica de los diferentes elementos del sistema electoral municipal aparece de necesaria consulta el trabajo de M. A. PRESNO LINERA, *Elecciones municipales y gobierno local (Doctrina constitucional y de la Junta Electoral Central),* Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004**.** También puede consultarse B. PENDÁS DÍAZ, "El sistema electoral en las elecciones locales", en VVAA, *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 561 y ss.

Senado, que, salvo excepciones, se corresponde con la provincia (artículo 68.2 de la CE). Además de *territorial* y *única*, la circunscripción municipal es de naturaleza *plurinominal*, al resultar elegidos en cada una de ellas diversos puestos, denominados *concejales* (artículo 179 de la LOREG), salvo en el caso de los municipios que funcionan bajo el régimen de concejo abierto.[25] En este régimen, en el que se prevé la presencia de una asamblea vecinal de la que forman parte todos los electores (artículo 29.3 de la LRBRL), existe una circunscripción de carácter *uninominal* al elegirse en ella un solo puesto –el alcalde.[26]

Dejando esta excepción a un lado, el número de concejales a elegir por cada uno de los cuerpos electorales municipales varía en proporción a los sujetos residentes en cada municipio. Los municipios que posean hasta 250 residentes eligen cinco concejales; de 251 residentes hasta los 1.000, siete concejales; de 1.001 residentes hasta 2.000, nueve concejales; de 2.001 residentes hasta 5.000, once concejales; de 5.001 residentes hasta 10.000, trece concejales; de 10.001 residentes hasta los 20.000, diecisiete concejales; de 20.001 residentes hasta 50.000, veintiún concejales, y de 50.001 residentes hasta 100.000, veinticinco concejales. De 100.001 en adelante, se elige un concejal más por cada 100.000 residentes o fracción, añadiéndose uno más cuando el resultado sea un número par (artículo 179.1 de la LOREG).[27]

Los concejales a elegir en cada circunscripción por el cuerpo electoral municipal se lleva a cabo, con carácter general, a partir de un *sistema de listas cerradas y bloqueadas* presentadas por las diferentes candidaturas, con la excepción de los municipios que funcionan en régimen de concejo abierto y aquellos que tengan una población de entre 100 y 250 residentes, en los que se da un *sistema de lista abierta* (artículo 184 de la LOREG).[28] En cada lista ha de figurar como mínimo un número de candidatos a concejales –de *composición paritaria entre hombres y mujeres*, salvo en el supuesto de los municipios que cuenten con menos de 3.000 habitantes (artículos 44.bis y 187.2 de la LOREG)–,[29] idéntico al que debe elegirse en cada circunscripción, pudiendo incluirse un número de suplentes que no puede ser superior a diez (artículo 46.3 de la LOREG).[30]

El voto en las elecciones municipales no es limitado al votar el elector tantos candidatos como puestos hay a cubrir en la circunscripción. Esta regla genérica tiene una excepción prevista en la ley: los municipios que poseen entre 100 y 250 habitantes. En este tipo de municipios se vota un número inferior de candidatos (4) que puestos hay a cubrir en la circunscripción (5) (artículo 184.2 de la LOREG).[31] El sistema de voto a las elecciones municipales se inspira en los principios de sufragio universal igual, libre, directo y secreto, al igual que en todo tipo de elecciones (artículo 140 de la CE).[32] Además de la regulación genérica del voto por correo (artículos 72 a 75), la LOREG realiza una previsión específica en lo que se refiere a la votación de los españoles

25. Estos municipios son, en primer lugar, los que posean menos de 100 habitantes y los que tradicionalmente cuenten con este singular régimen de gobierno y administración; y, en segundo lugar, aquellos otros cuya localización geográfica, la mejor gestión de los intereses municipales u otras circunstancias lo hagan aconsejable (artículo 140.1 de la CE y artículo 29 de la LRBRL).

26. Véase sobre este aspecto G. MÁRQUEZ CRUZ, "Veinte años de democracia local en España: elecciones, producción de gobierno, moción de censura, y élite política (1979-1999)", *Revista de Estudios Políticos*, 108, 1999, p. 294, así como también L. COSCULLUELA MONTANER, *El concejo abierto*, *op. cit.*, p. 199 y ss.

27. Con la finalidad de poner de relieve diferentes datos estadísticos municipios de menos de 101 residentes existen en España 973 municipios; de 101 a 500 residentes 2.855 municipios; de 501 a 1.000 residentes 1.065 municipios; de 1.001 a 2.000 residentes 943 municipios; de 2.001 a 3.000 residentes 531 municipios; de 3.001 a 5.000 residentes 485 municipios, de 5.001 a 10.000 547 municipios; de 10.001 a 20.000 residentes 348 municipios; de 20.001 a 30.000 residentes 137 municipios; de 30.001 a 50.000 residentes 91 municipios; de 50.001 a 100.000 residentes 76 municipios; de 100.001 a 500.000 residentes 53 municipios; más de 500.000 residentes 6 municipios. Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

28. Véase G. MÁRQUEZ CRUZ, "Veinte años de democracia local en España: elecciones, producción de gobierno, moción de censura, y élite política (1979-1999)", *op. cit.*, p. 294; así como A. ARNALDO ALCUIBILLA, "El régimen electoral de las entidades locales menores", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 103, 1999, p. 383 y ss.

29. En este ámbito, debe reseñarse una de las últimas reformas realizadas en el régimen electoral conforme a la cual, con la finalidad de lograr una igualdad efectiva de mujeres y hombres, las listas electorales deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico [artículo 44.bis de la LOREG, redactado según la Ley orgánica 3/2007].

30. Cuando quedasen posibles candidatos o suplentes a nombrar, las vacantes serán cubiertas por cualquier ciudadano mayor de edad que no esté incurso en causa de inelegibilidad. Estos suplentes serán designados por el partido, coalición, federación o agrupación de electores cuyos concejales hubiesen de ser sustituidos y se comunicará a la Junta Electoral correspondiente, a efectos de la expedición de la oportuna credencial. En este caso, no podrán ser designadas aquellas personas que habiendo sido candidatos o suplentes en aquella lista, hubieran renunciado al cargo anteriormente (artículo 182.2 de la LOREG).

31. Véase acerca de esta excepción que constituye el voto limitado en este tipo de municipios J. BOTELLA, "La galaxia local en el sistema político español", *Revista de Estudios Políticos*, 76, 1992, p. 148 y 149.

32. En general, acerca de los principios inspiradores del derecho al voto, así como la concepción del mismo en la Constitución española al amparo del derecho fundamental del artículo 23, puede verse M. A. PRESNO LINERA, *El derecho al voto*, Tecnos, Madrid, 2003.

residentes ausentes que vivan en el extranjero. El Gobierno comunicará a la Oficina del Censo Electoral la relación de estados extranjeros cuyos nacionales, residentes en España, deban ser inscritos en el Censo.[33]

Las elecciones municipales se convocan mediante un real decreto acordado en Consejo de Ministros a propuesta de los ministerios del Interior y de Administración Territorial (artículo 185 de la LOREG), celebrándose aquéllas el cuarto domingo del mes de mayo de cada cuatro años, coincidiendo con las elecciones autonómicas de las comunidades autónomas cuyos presidentes de Consejo de Gobierno no tengan expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico la facultad de disolución anticipada (artículo 43.2 de la LOREG). Con todo, la regulación normativa permite que, en supuestos excepcionales, las elecciones municipales se celebren en un momento posterior. Esto sucede en dos supuestos: cuando no se hayan presentado candidaturas en alguna circunscripción municipal –en cuyo caso se celebran elecciones seis meses después (artículo 181.1 de la LOREG)–[34] o cuando el Consejo de Ministros haya disuelto las corporaciones a causa de una gestión *gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de sus obligaciones constitucionales*,[35] en cuyo caso, las elecciones se celebrarán tres meses después, salvo cuando faltase menos de un año para la expiración del mandato de la corporación municipal (artículo 183.1 de la LOREG).[36]

2.2. Fórmula electoral y barrera legal

La fórmula electoral que se utiliza en las elecciones municipales es, con carácter general, de naturaleza proporcional, asignándose por tanto los puestos a cubrir en cada circunscripción en proporción al volumen de votos obtenidos en la misma. La excepción a esta regla general la constituyen los municipios que funcionan en régimen de concejo abierto (artículo 29.3 de la LRBRL) y aquellos otros que cuenten entre 100 y 250 residentes, en los que se aplica una fórmula electoral mayoritaria (artículo 184 de la LOREG). Al margen de estas concretas excepciones, la fórmula electoral proporcional utilizada es la D'Hont, empleada también para la elección del Congreso de los Diputados y de los parlamentos de las comunidades autónomas. De conformidad con la citada fórmula, se divide el número de votos obtenidos por cada candidatura entre 1, 2, 3, etc., hasta un número igual de escaños correspondientes a la circunscripción. Posteriormente, los escaños se atribuyen a las candidaturas que obtengan los cocientes mayores, atendiendo a un orden decreciente [artículo 167.1.c) de la LOREG].[37]

La barrera legal, conformada por el número mínimo de votos que ha tener una candidatura para poder entrar en el reparto de escaños es del 5% de los votos válidamente emitidos en cada circunscripción, contrariamente a la barrera existente en las elecciones al Congreso de los Diputados –3%– y a alguno de los parlamentos autonómicos.[38] Esta barre-

33. Como se dispone en el artículo 31.2 de la LOREG, "el Censo Electoral está compuesto por el censo de los electores residentes en España y por el censo de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero". Sin embargo, estos sujetos, para poder ejercer el derecho al voto, deben comunicarlo a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria (artículo 190 de la LOREG). Véase también el Real decreto 157/1996, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y se regulan los datos necesarios para la inscripción en el mismo. Modificado por el Real decreto 147/1999.

34. Véase en ese sentido el Real decreto recientemente publicado 1137/2007, de 31 de agosto, por el que se convocan elecciones locales parciales a aquellos municipios en los que no se hubiesen presentado candidaturas en las últimas elecciones locales de 27 de mayo de 2007. De todas formas, la LOREG prevé que si tampoco en esta ocasión se presentasen candidaturas, se constituirá una comisión gestora integrada por los ciudadanos que hubiesen sido designados para cubrir las vacantes (artículo 182.3).

35. "Se considerarán, en todo caso, decisiones gravemente dañosas para los intereses generales en los términos previstos en el apartado anterior, los acuerdos o actuaciones de los órganos de las corporaciones locales que den cobertura o apoyo, expreso o tácito, de forma reiterada y grave, al terrorismo o a quienes participen en su ejecución, lo enaltezcan o justifiquen, y los que menosprecien o humillen a las víctimas o a sus familiares" (artículo 65.2 de la LRBRL).

36. Mientras se constituye la nueva corporación o expira el mandato de la disuelta, la administración ordinaria de sus asuntos corresponderá a una comisión gestora designada por la diputación provincial o, en su caso, por el órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, cuyo número de miembros no excederá del número legal de miembros de la corporación. Ejercerá las funciones de alcalde o presidente aquel vocal que resulte elegido por mayoría de votos entre todos los miembros de la comisión (artículo 183.1, párrafo 2). Véase en lo que se refiere a esta concreta posibilidad de disolución de la corporación municipal, reformada por la Ley orgánica 1/2003, O. SALAZAR BENÍTEZ, "La disolución de las corporaciones locales como medio de defensa del estado: Un grave atentado contra la autonomía local", *Revista de Estudios de la Administración Local*, 290, 2002, p. 29 y ss.

37. Véase un estudio al respecto de la configuración, efectos y función de la fórmula electoral proporcional en G. CÁMARA VILLAR, "Sobre la proporcionalidad como criterio y límite constitucional del sistema electoral español", en J. Montabes Pereira (ed.), *El sistema electoral a debate: veinte años de rendimiento del sistema electoral español (1977-1997),* Centro de Investigaciones Sociológicas, Sevilla, 1998, p. 205 y ss.

38. En este sentido puede verse el trabajo de S. GARCÍA COUSO y E. ÁLVAREZ CONDE, "La barrera electoral", *Revista de Derecho Político*, 52, 2001, p. 177 y ss.

ra no existe lógicamente en aquellos municipios en los que se aplica una fórmula electoral mayoritaria. Puede afirmarse que, contrariamente a lo que sucede en otro tipo de elecciones, en las que, como consecuencia del pequeño tamaño de las circunscripciones, la cuantía de la barrera legal se halla *de facto* muy por encima de lo previsto legalmente,[39] en el caso de las elecciones municipales la fórmula electoral –salvo alguna excepción–, sí cumple adecuadamente su función.[40]

2.3. La Administración electoral: la Junta Electoral de Zona y las mesas electorales

La Administración electoral tiene como función garantizar la transparencia y la objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad. Forman parte de la misma la Junta Electoral Central, la Junta Electoral Provincial, la Junta Electoral de Zona y las mesas electorales (artículo 8 de la LOREG). Todas ellas, aunque con diferente intensidad, ejercen sus funciones en el caso de las elecciones municipales. Seguidamente se trata de explicar en qué términos.[41] Las candidaturas –muy en concreto, los partidos políticos, las coaliciones y las federaciones– que deseen concurrir a las elecciones municipales designarán ante las juntas electorales provinciales, antes del noveno día posterior a la convocatoria de las elecciones, un *representante general* en cada provincia y un *representante general* ante la Junta Electoral Central. Estos representantes generales designan ante la Junta Electoral Provincial correspondiente, siempre antes del undécimo día posterior a la convocatoria de elecciones, a los representantes de las candidaturas que el partido político, federación o coalición presente en cada municipio. Las juntas electorales provinciales, en el plazo de dos días, comunicarán a las juntas electorales de zona –que llevan el peso de las elecciones municipales y cuya sede se encuentra en las localidades cabeza de los partidos judiciales– los nombres de los representantes de las candidaturas comprendidas a su demarcación.[42] Los representantes, antes de presentar las candidaturas, habrán de personarse ante la Junta Electoral del Zona a fin de aceptar su designación (artículo 186.1-4 de la LOREG). Sin embargo, este procedimiento de nombramiento de representantes no es aplicable a las agrupaciones de electores que pretendan concurrir a las elecciones, cuyos promotores habrán de nombrar sus representantes directamente en el momento de la presentación de su candidatura ante la Junta Electoral de Zona (artículo 186.5 de la LOREG).

Presentadas las candidaturas ante la Junta Electoral de Zona mediante listas de candidatos con arreglo a las reglas anteriormente prefijadas,[43] entre el decimoquinto y el vigésimo día después de la convocatoria de elecciones, la citada Junta Electoral procederá a su a su *publicación* el vigésimo segundo día después de la convocatoria de elecciones municipales (artículos 45 y 47.1 de la LOREG).[44] La *proclamación de candida-*

39. Véase F. FERNÁNDEZ SEGADO, "La correlación entre el tamaño de las circunscripciones y las distorsiones de la proporcionalidad en la elección del Congreso. Un estudio empírico", *Revista de Estudios Políticos*, 79, 1993, p. 314 y ss.

40. Eso se verifica en algún estudio realizado no demasiado distante en el tiempo. En el caso de las circunscripciones que poseen una magnitud entre trece y diecisiete concejales, que abarcaban a los municipios entre 5.001 y 20.000 residentes, la aplicación del criterio de umbral efectivo presenta la siguiente peculiaridad: en la magnitud de trece concejales el umbral efectivo (5,4) es ligeramente superior al cinco por ciento de la barrera legal; mientras que en las de diecisiete concejales el umbral efectivo (4,2) es inferior a ella. Este umbral efectivo de votos por debajo de la barrera legal también se da en los municipios que poseen entre 20.001 y 50.000 residentes que eligen veintiún concejales, al igual que en los que tengan entre 50.001-100.000 residentes, que eligen veinticinco concejales y de 100.001 en adelante, que eligen veinticinco concejales a los que se suma un concejal más por cada 100.000 residentes o fracción, añadiéndose uno más cuando el resultado sea un número par. Véase G. MÁRQUEZ CRUZ, "Veinte años de democracia local en España: Elecciones, producción de gobierno, moción de censura, y élite política (1979-1999)", *op. cit.* p. 293 y 294.

41. Véase sobre la función de la Administración electoral en J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, "Una visión institucional del proceso electoral", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, 1993, p. 72 y ss., así como P. SANTOLAYA MACHETTI, "La Administración electoral", en E. Álvarez Conde (coord.), *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, INAP, Madrid, 1998, p. 655 y ss.

42. Las juntas electorales de zona estarán compuestas por tres vocales, jueces de primera instancia o instrucción, designados por la Sala de Gobierno del tribunal superior de justicia respectivo. Cuando no hubiere en el partido de que se trate el número suficiente de jueces, se designará a jueces de paz del mismo partido judicial. Estos tres vocales elegirán al presidente de la Junta Electoral de Zona.

Además de estos tres vocales, existirán otros dos vocales más designados por la Junta Electoral Provincial, entre licenciados en Derecho o en Ciencias Políticas y en Sociología, residentes en el partido judicial. La designación de estos vocales tendrá lugar una vez proclamadas las candidaturas. A este fin, los representantes de las candidaturas presentadas en el distrito electoral correspondiente propondrán conjuntamente las personas que hayan de desempeñar estos cargos. Cuando la propuesta no tenga lugar antes del comienzo de la campaña electoral, la Junta Electoral Provincial procede a su nombramiento. Como secretario de dicha Junta Electoral operará el secretario del juzgado de primera instancia correspondiente y, si hubiera varios, el del juzgado decano (artículo 11.1-3 de la LOREG).

43. Los partidos y federaciones que establezcan un pacto de coalición para concurrir conjuntamente a una elección deben comunicarlo a la Junta competente, en los diez días siguientes a la convocatoria (artículo 44.2 de la LOREG).

44. Los ciudadanos adjuntados en las candidaturas deberán aportar, además de los documentos necesarios para acreditar que reúnen los requisitos exigidos por la legislación española, una declaración formal en la que conste su nacionalidad, así como su domicilio en España, que no se encuentran privados del derecho de sufragio pasivo en el Estado miembro de origen y en su caso, la mención del

tos deberá realizarse por la Junta Electoral de Zona el vigésimo séptimo día posterior a la convocatoria electoral y al día siguiente la proclamación de las *candidaturas* (artículo 47.4 y 5 de la LOREG). A partir del momento de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada por la Junta Electoral de Zona disponen de un plazo de dos días para interponer un recurso contra los acuerdos de proclamación ante el juzgado de lo contencioso-administrativo. La resolución judicial, que habrá de dictarse en los dos días siguientes a la interposición del recurso, tiene carácter firme, pudiendo en el plazo de dos días interponer un recurso de amparo electoral ante el Tribunal Constitucional, debiendo éste sentenciar en un plazo de tres días (artículo 49.3 de la LOREG).[45]

En lo que se refiere a las mesas electorales, se integran por un presidente y dos vocales, cuya formación compete a los ayuntamientos, bajo la supervisión de las juntas electorales de zona. El presidente y los vocales de cada mesa, así como cada uno de los dos suplentes para cada uno de dichos puestos, son designados por sorteo público entre la totalidad de las personas censadas en la sección correspondiente, entre los días vigésimo quinto y vigésimo noveno posteriores a la convocatoria de las elecciones municipales (artículo 26 de la LOREG). Asimismo, el representante de cada candidatura puede nombrar, hasta tres días antes de las elecciones municipales, dos interventores por cada mesa electoral (artículo 78.1 de la LOREG). En lo que se refiere a sus funciones, el presidente de la mesa tiene dentro del local electoral autoridad exclusiva para conservar el orden, asegurar la libertad de los electores y mantener la observancia de la ley (artículo 91.1 de la LOREG). Además, auxiliado por los vocales, dirige el acto de la votación, realiza el escrutinio de la mesa electoral (artículo 95 de la LOREG) y es responsable de la entrega de la documentación definitiva del escrutinio en la sede del juzgado de primera instancia o de paz, dentro de cuya demarcación esté situada la mesa (artículo 101.1 de la LOREG).

3. Constitución y elección de los órganos de gobierno municipales

3.1. Constitución y disolución de la corporación municipal

Las corporaciones municipales son entidades democrático-representativas (STC 4/1981, FJ 10) que se integran por los concejales elegidos por los cuerpos electorales municipales. Las corporaciones –integradas por concejales que han organizarse en grupos políticos,[46] siendo responsables civil, penal y disciplinariamente por los actos competidos en el ejercicio de su cargo (artículos 73.3 y 78.1.2 de la LRBRL, respectivamente)–[47] desempeñan su mandato durante un plazo de cuatro años contados desde el día de su elección, convocada, tal como se ha visto con anterioridad, por un real decreto del Consejo de Ministros.[48] Debe dejarse constancia aquí, al menos, de que estas elecciones no sirven únicamente para la constitución de las corporaciones, como órganos representativos de los municipios. Las mismas se utilizan también para la provisión de otros órganos de gobierno de las entidades inframunicipales, de las que al menos quiere dejarse constancia aquí, como caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos y otros análogos, cuya regulación se ha reconocido a las comunidades autónomas (artículo 45.1 y 2 de

último domicilio en el Estado miembro de origen. En los supuestos que la Junta Electoral lo determine se podrá exigir la presentación de un certificado de la autoridad administrativa que corresponda del Estado miembro de origen en el que se acredite que no se halla privado del sufragio pasivo en dicho Estado. Efectuada la proclamación de candidaturas, la Junta Electoral Central trasladará a los otros estados, a través del ministerio competente, la información relativa a sus respectivos nacionales incluidos como candidatos [artículo 187.bis de la LOREG].

45. Sobre la función de este recurso, véanse las STC 78/1987 (FJ 3) y 24/1990 (FJ 3).

46. Los que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos, integrándose en el grupo mixto (artículo 73.3 de la LOREG). En este último sentido, véase M. CARLÓN RUIZ y M. ALONSO MAS, "El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos", *Revista de Administración Pública*, 168, 2005, p. 95 y ss.

47. Como se puede ver, los concejales no disfrutan de las prerrogativas de la inviolabilidad, la inmunidad ni el fuero jurisdiccional de las que gozan los diputados y senadores del Parlamento español así como los diputados que conforman los parlamentos autonómicos, si bien en este caso moduladas conforme a lo establecido en sus respectivos estatutos de autonomía. Véase el estudio monográfico de E. PÉREZ BELDA, *Los representantes locales en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, así como el de P. BENSUSAN MARTÍN, *El concejal en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada. Más en particular, en lo que se refiere concretamente al estatuto de los concejales en el ámbito iuspenalista, E. MESTRE DELGADO, "La responsabilidad penal de alcaldes y concejales", en A. Muñoz Machado (coord.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, Civitas, Madrid, 2003, p. 873 y ss.

48. Recuérdese que el primer supuesto se produce cuando no se hayan presentado candidaturas en alguna circunscripción municipal (artículo 181.1 de la LOREG). El segundo supuesto es aquél en el que el Consejo de Ministros haya disuelto las corporaciones locales a causa de una gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de sus obligaciones constitucionales (artículo 183 de la LOREG).

la LRBRL).[49] La regla general del ejercicio del mandato de la corporación durante un plazo de cuatro años posee dos excepciones ya señaladas, en las que se permite la celebración de elecciones municipales –generalmente coincidentes con las elecciones de las comunidades autónomas, como se ha visto– en un momento posterior, dependiendo de diferentes supuestos: tres o seis meses después. Pues bien, en estos casos, el mandato de la corporación municipal no se extiende por cuatro años, sino sólo por el tiempo que faltase hasta su cumplimiento después de que fuera elegida.

En todos los casos, la constitución de la corporación municipal se llevará a cabo en sesión pública el vigésimo día posterior a la celebración de las elecciones, salvo en el caso que se hubiera presentado un recurso contencioso-administrativo contra la proclamación de concejales, en cuyo caso la corporación podrá constituirse cuarenta días después de celebrada la elección (artículo 195 de la LOREG).[50] Una vez finalizado el mandato de la corporación municipal, ésta seguirá *en funciones* en tanto se produzca la toma de posición de los nuevos concejales. Mientras tanto, el citado órgano municipal sólo podrá tomar las decisiones indispensables para la administración ordinaria del municipio, sin que en ningún caso puedan adoptarse acuerdos para los que la LRBRL requiera una mayoría cualificada.[51]

La corporación municipal queda disuelta, además de por el transcurso del plazo genérico de cuatro años que dura su mandato ordinario, por la disolución anticipada que puede llevar a cabo el Consejo de Ministros mediante un real decreto, bien a iniciativa propia con el conocimiento del Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma correspondiente o a solicitud de éste y, en todo caso, previo acuerdo favorable del Senado en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de sus obligaciones constitucionales (artículo 65.2 de la LRBRL). En ese supuesto, se celebrarán elecciones parciales a la corporación disuelta, salvo que el plazo que restase para la convocatoria ordinaria de elecciones fuese inferior a un año (artículo 183.1 de la LOREG). Mientras se constituye la nueva corporación o expira el mandato de la disuelta, la administración ordinaria de sus asuntos corresponderá a una comisión gestora designada por la diputación provincial o, en su caso, por el órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, cuyo número de miembros no excederá del número legal de miembros de la corporación. Ejercerá las funciones de alcalde o presidente aquel vocal que resulte elegido por mayoría de votos entre todos los miembros de la comisión.

3.2. La elección y destitución del alcalde de la corporación municipal

Durante la misma sesión de constitución de la corporación se procede a la elección de alcalde, de acuerdo con un procedimiento en el que pueden operar como candidatos todos los concejales que encabecen las listas electorales presentadas en las

49. La citada disposición dispone que habrán de respetarse las siguientes reglas: (1) La entidad habrá de contar con un órgano unipersonal ejecutivo de elección directa y un órgano colegiado de control, cuyo número de miembros no podrá ser inferior a dos ni superior al tercio del número de concejales que integren el respectivo ayuntamiento. (2) La designación de los miembros del órgano colegiado se hará de conformidad con los resultados de las elecciones para el ayuntamiento en la sección o secciones constitutivas de la circunscripción para la elección del órgano unipersonal. En lo que se refiere, en concreto, a la regulación autonómica, pueden verse dos ejemplos en el caso de las comunidades autónomas de Galicia y del Principado de Asturias. Véase respectivamente C. CASTRO BERMEJO, "Marco jurídico de la parroquia rural en Galicia", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 276, 1998, p. 179 y ss., e I. ARIAS DÍAZ, "La parroquia rural en el Principado de Asturias", *Revista Jurídica de Asturias*, 25, 2001, p. 51 y ss. Deben quedar al margen el tratamiento de otras entidades territoriales, como las comarcas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades, reguladas en los artículos 43 y 44 de la LRBRL, por exceder del ámbito estrictamente municipal, integrándose por diferentes municipios. Además, en estos casos, la provisión del consejo comarcal o de la mancomunidad no se lleva a cabo con arreglo a las elecciones realizadas a las corporaciones de los municipios. Es interesante ver la doctrina emanada por Tribunal Constitucional sobre estas entidades en la STC 214/1989, FJ 14.a).

50. Primeramente se constituye una mesa de edad integrada por los elegidos de mayor y menor edad, presentes en el acto, actuando como secretario el que lo sea de la corporación. La mesa, posteriormente, comprueba las credenciales presentadas, o acreditaciones de la personalidad de los electos con base a las certificaciones que al ayuntamiento hubiera remitido la Junta Electoral de Zona. Realizada la operación anterior, la mesa declarará constituida la corporación si concurren la mayoría absoluta de los concejales electos. En caso contrario, se celebrará sesión dos días después, quedando constituida la corporación cualquiera que fuere el número de concejales presentes (artículo 195 de la LOREG). Véase al respecto F. J. GARCÍA GIL, "El Pleno municipal", DAAP, Pamplona, 2005, así como D. LOPERENA ROTA, "El Pleno municipal", *Documentación Administrativa,* 228, 1991, p. 81 y ss.

51. Ante la imposibilidad de reseñar aquí tanto el sistema de fuentes como las competencias municipales es necesario remitirse a los diferentes trabajos: J. GARCÍA FERNÁNDEZ, "Derecho constitucional y entidades locales. Sistema de fuentes y autonomía como fundamentos constitucionales básicos del derecho local", *Parlamento y Constitución*, 6, 2002, p. 205 y ss.; V. MERINO ESTRADA, "El sistema competencial de las entidades locales", *Revista de Estudios Locales*, 1, 2005, p. 1 y ss., así como también F. LLISET BORRELL, "La competencia de las entidades locales menores", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 50, 1986, p. 261 y ss.

elecciones.[52] Si alguno de ellos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los concejales, es proclamado electo. Si, por el contrario, esa mayoría no resulta conseguida por ningún concejal, es proclamado alcalde el concejal que hubiera encabezado al tiempo de las elecciones la lista que mayor número de votos populares hubiese obtenido en la circunscripción.[53] En el caso hipotético de empate, se resolverá por sorteo. No obstante, en los municipios comprendidos entre 100 y 250 habitantes pueden ser candidatos a alcalde todos los concejales; si alguno de los candidatos obtiene la mayoría absoluta de los votos de los concejales, es proclamado electo; si ninguno obtuviese dicha mayoría, será proclamado alcalde el concejal que hubiere obtenido más votos populares en las elecciones (artículo 196 de la LOREG).[54]

En lo que se refiere al cese del alcalde, en cuanto concejal electo en las elecciones celebradas a la corporación municipal, se encuentra sometido, en primer lugar, a las causas de cese que se imputan específicamente a aquéllos: fallecimiento, incapacidad o renuncia. Perdida su condición de concejal, su puesto será cubierto por el suplente de la misma lista a quien corresponda, atendiendo a su orden de colocación (artículo 182.1 de la LOREG).[55] Además de estos supuestos genéricos de pérdida de la condición de concejal, el alcalde puede cesar en sus funciones por la pérdida de la confianza de la corporación municipal.[56] Estos supuestos son la aprobación de una moción de censura y la pérdida de una cuestión de confianza. En lo que se refiere particularmente a la moción de censura, ésta deberá ser propuesta como mínimo por la mayoría absoluta de los miembros de la corporación, debiendo adjuntar un candidato a la alcaldía que debe tener necesariamente la condición de concejal. Como se puede ver, la moción de censura en el ámbito municipal tiene un carácter *constructivo*, al igual que la existente en el resto de mociones presentadas contra los gobiernos del Estado y de las comunidades autónomas. Después del correspondiente debate en el que intervienen, si estuvieren presentes, el candidato acompañado a la moción, el alcalde de los grupos municipales, se someterá a votación, resultando aprobada si votan a su favor la mayoría absoluta de los miembros de la corporación.[57]

Por lo que respecta a la cuestión de confianza, el alcalde puede plantearla ante el Pleno de la corporación municipal vinculada a la aprobación o modificación de cualquiera de diferentes asuntos, como son (1) los presupuestos anuales, (2) el reglamento orgánico, (3) las ordenanzas fiscales o (4) en la aprobación que ponga fin a la tramitación de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal (artículo 197.bis.1 de la LOREG). Sin embargo, la cuestión de confianza no se entiende implícitamente interpuesta a través de estos acuerdos. Es el debate previo y la no-consecución de la mayoría necesaria para la aprobación de los mismos lo que habilita al alcalde a la posterior interposición de la cuestión de confianza. Como se dispone en el artículo 197.bis.3 de la LOREG, "para la presentación de la cuestión de confianza será requisito previo que el acuerdo correspondiente haya sido debatido en el Pleno y que éste no hubiera obtenido la mayoría necesaria para su aprobación". Interpuesta la cuestión de confianza, si en ella el alcalde no hubiere obtenido la mayoría necesaria para aprobar el acuerdo, cesará automáticamente, quedando en funciones hasta la toma de posesión de quien hubiere de sucederle en el cargo.

52. En la doctrina constitucionalista puede consultarse el trabajo de A. ELVIRA PERALES, "El derecho de participación de alcaldes y concejales en la autonomía municipal", en VVAA, *Los derechos fundamentales y libertades públicas (III)*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993, p. 1353 y ss.

53. Véase una interesante problemática sobre este requisito legal y el posterior abandono del grupo por parte del alcalde, pasando a formar parte del grupo mixto, en la STC 31/1993, FJ 2 y 3.

54. Si la cuestión de la elección de los alcaldes quiere ofrecer, como pretende realizar este trabajo, un panorama al menos aproximado, debe aludirse aquí también a los alcaldes pedáneos que conforman, además de otros miembros, las juntas vecinales implantadas en el ámbito inframunicipal. Las entidades inframunicipales son creadas por leyes autonómicas, por lo que hay que remitirse a la legislación de cada uno de esos entes territoriales para poder apreciar su configuración. A falta de normativa autonómica, se aplica supletoriamente la de la LOREG, en la que se dispone que los alcaldes pedáneos son elegidos directamente por los vecinos de la correspondiente entidad local por sistema mayoritario mediante la presentación de candidatos por los distintos partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores (artículo 199.2 y 3 de la LOREG).

55. En el caso de que no quedasen posibles candidatos o suplentes a nombrar, las vacantes serán cubiertas por cualquier ciudadano mayor de edad que no esté incurso en causa de inelegibilidad. Estos suplentes serán designados por el partido, coalición, federación o agrupación de electores cuyos concejales hubiesen de ser sustituidos y se comunicará a la Junta Electoral correspondiente, a efectos de la expedición de la oportuna credencial. En este caso, no podrán ser designadas aquellas personas que, habiendo sido candidatos o suplentes en aquella lista, hubieran renunciado al cargo anteriormente (artículo 182.2 de la LOREG).

56. Véase al respecto M. T. SALVADOR CRESPO, "La forma de gobierno local en España", en S. Gambino y G. J. Ruiz-Rico Ruiz (ed.), *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 723 y ss.

57. Véase M. REBOLLO PUIG, "La moción de censura en la Administración local", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 227, 1985, p. 459 y ss., y J. A. LÓPEZ PELLICER, "La moción de censura del alcalde", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 247, 1990, p. 433 y ss.

La elección del nuevo alcalde se realizará en sesión plenaria convocada automáticamente para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de la votación del acuerdo al que se vinculase la cuestión de confianza (artículo 197.bis.4 de la LOREG). No se podrá plantear una cuestión de confianza desde la presentación de una moción de censura hasta la votación de esta última (artículo 197.bis.7 de la LOREG).[58]

Bibliografía básica

Aguado Cudolà, V. "La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales", *Cuadernos de Derecho Local*, 1, 2003, p. 58 y ss.

Aláez Corral, B. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

Aláez Corral, B. "Los sujetos de los derechos fundamentales", en F. J. Bastida Freijedo; I. Villaverde Menéndez; P. Requejo Rodríguez; M. A. Presno Linera; B. Aláz Corral; I. Fernández Sarasola, *Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 83 y ss.

Alonso de Antonio, J. A. "El derecho de sufragio de los ciudadanos europeos en las elecciones municipales en el Estado de residencia: El caso de España", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 18, 1994, p. 199 y ss.

Arnaldo Alcubilla, E. "El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, p. 67 y ss.

Arnaldo Alcubilla, E. "El régimen electoral de las entidades locales menores", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 103, 1999, p. 383 y ss.

Bastida Freijedo, F. "Elecciones y Estado democrático de derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32, 1991, p. 115 y ss.

Bensusan Martín, M. P. *El concejal en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 1999.

Botella Corral, J. "La galaxia local en el sistema político español", *Revista de Estudios Políticos*, 76, 1992, p. 145 y ss.

Caamaño Domínguez, F. "Autonomía local y constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 70, 2004, p. 161 y ss.

Cámara Villar, G. "Sobre la proporcionalidad como criterio y límite constitucional del sistema electoral español", en J. Montabes Pereira (ed.), *El sistema electoral a debate: veinte años de rendimiento del sistema electoral español (1977-1997)*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Sevilla, 1998, p. 205 y ss.

Carlón Ruiz M.; Alonso Mas, M. "El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos", *Revista de Administración Pública*, 168, 2005, p. 95 y ss.

Cosculluela Montaner, L. "El concejo abierto", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 234, 1987, p. 199 y ss.

Elvira Perales, A. "El derecho de participación de alcaldes y concejales en la autonomía municipal", en VVAA, *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II)*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1993, p. 1353 y ss.

Fernández Segado, F. "La correlación entre el tamaño de las circunscripciones y las distorsiones de la proporcionalidad en la elección del Congreso. Un estudio empírico", *Revista de Estudios Políticos*, 79, 1993, p. 305 y ss.

García Couso, S.; Álvarez Conde, E. "La barrera electoral", *Revista de Derecho Político,* 52, 2001, p. 177 y ss.

García Fernández, J. "Derecho constitucional y entidades locales. Sistema de fuentes y autonomía como fundamentos constitucionales básicos del derecho local", *Parlamento y Constitución*, 6, 2002, p. 205 y ss.

García Gil, F. J. "El Pleno municipal", DAAP, Pamplona, 2005.

Iriondo Arana, X. "El derecho de sufragio en las elecciones municipales de los ciudadanos de la Unión Europea: Directiva y excepciones", *Revista Vasca de Administración Pública*, 44, 1996, p. 319 y ss.

Lliset Borrell, F. "La competencia de las entidades locales menores", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 50, 1986, p. 261 y ss.

Loperena Rota, D. "El Pleno municipal", *Documentación Administrativa*, 228, 1991, p. 81 y ss.

López Pellicer, J. A. "La moción de censura del alcalde", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 247, 1990, p. 433 y ss.

Márquez Cruz, G. "Veinte años de democracia local en España: Elecciones, producción de gobierno, moción de censura, y élite política (1979-1999)", *Revista de Estudios Políticos*, 108, 1999, p. 289 y ss.

Merino Estrada, V. "El sistema competencial de las entidades locales", *Revista de Estudios Locales,* 1, 2005, p. 1 y ss.

Mestre Delgado, E. "La responsabilidad penal de alcaldes y concejales", en A. Muñoz Machado (coord.), *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, Civitas, Madrid, 2003.

Pendás Díaz, B. "El sistema electoral en las elecciones locales", en VVAA, *IV Jornadas de Derecho Parlamentario: reflexiones sobre el régimen electoral*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997.

58. Véase al respecto A. J. Trujillo Pérez, "La nueva regulación de la moción de censura y la cuestión de confianza en el régimen local español", en F. A. Castillo Blanco (ed.), , Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 2000, p. 153 y ss.

Pérez Belda, E. *Los representantes locales en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Presno Linera, M. A. *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003

Presno Linera, M. A. "Permisos de estancia y residencia", en *Ciudadanía e inmigración,* número monográfico de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2003, p. 101 y ss.

Presno Linera, M. A. "Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo", *Revista de Derecho Político*, 52, 2001, p. 137 y ss.

Presno Linera, M. A. *Elecciones municipales y gobierno local (Doctrina constitucional y de la Junta Electoral Central),* Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.

Presno Linera, M. A. "La titularidad del derecho de participación política", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 104, 2002, p. 517 y ss.

Rallo Lombarte, A. *Garantías electorales y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Rallo Combarte, A. "El Tratado de Maastricht y el derecho de sufragio de los extranjeros en España", *Revista de Derecho Político*, 36, 1992, p. 89 y ss.

Ruiz-Rico, G. "El conflicto en defensa de la autonomía local: Análisis de la Ley orgánica 7/1999, de modificación de la LOTC", en L. López Guerra (coord.), *Estudios de Derecho Constitucional: homenaje al profesor D. Joaquín García Morillo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 609 y ss.

Salazar Benítez, O. "La disolución de las corporaciones locales como medio de defensa del estado: un grave atentado contra la autonomía local", *Revista de Estudios de la Administración Local*, 290, 2002, p. 29 y ss.

Salvador Crespo, M. T. "La forma de gobierno local en España", en S. Gambino y G. J. Ruiz-Rico Ruiz (ed.), *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 723 y ss.

Santolaya Machetti, P. "La Administración electoral", en E. Álvarez Conde (coord.), *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978,* INAP, Madrid, 1998, p. 655 y ss.

Solozábal Echavarría, J. J. "Una visión institucional del proceso electoral", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, 1993, p. 27 y ss.

Solozábal Echavarría, J. J. "La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 70, 2004, p. 127 y ss.

Rebollo Puig, M. "La moción de censura en la Administración local", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 227, 1985, p. 459 y ss.

Trujillo Pérez, A. J. "La nueva regulación de la moción de censura y la cuestión de confianza en el régimen local español", en F. A. Castillo Blanco (edit.), *Modificaciones y panorama actual del régimen local español*, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 2000, p. 153 y ss. ■

ESTUDIOS

QDL

Silencio administrativo: delimitación jurisprudencial de su ámbito de aplicación (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007)

Carmen Chinchilla Marín
Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá

1. La sentencia.
2. La cuestión debatida.
3. Estado de la cuestión del silencio administrativo y la acción de inactividad en relación con la reclamación de intereses de demora, antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007.
4. Los argumentos de la sentencia.
5. El voto particular.
6. La crítica a la sentencia.
6.1. Restricción del ámbito de aplicación de una categoría jurídica que el legislador ha concebido como una garantía del administrado frente al incumplimiento de la Administración de tres obligaciones legales. 6.2. La restricción que la sentencia opera sobre la garantía del silencio administrativo se lleva a cabo a partir de la interpretación de la voluntad del legislador. 6.3. El razonamiento consistente en comparar la vigente LRJPAC con la LPA, de 1958, lleva a la paradójica conclusión de que la regulación de los años 90 sería más restrictiva con el silencio y, por tanto, más indulgente con los incumplimientos de la Administración que la legislación de los años 50. 6.4. El establecimiento de una doctrina a partir de una categoría que, sin embargo, no queda definida. 6.5. El concepto de procedimiento que, a efectos de la aplicación del silencio, utiliza la sentencia no está en sintonía con la concepción constitucional y legal de dicha categoría, tal como veníamos entendiéndola hasta ahora.
7. Conclusión.

1. La sentencia

La sentencia del Tribunal Supremo que es objeto de comentario[1] fue dictada en un recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2003, la cual estimó un recurso contencioso-administrativo en el que se impugnaba la inejecución, por parte del Ministerio de Fomento, de un acto administrativo firme de reconocimiento de abono de intereses de demora, producido por silencio administrativo.[2]

La sentencia –dictada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, debido a la trascendencia de las cuestiones jurídicas que se planteaban en el proceso–[3] estima el recurso de casación con el voto particular de un magistrado –J. Díaz Delgado– al que se adhieren otros tres magistrados: J. Peces Morate, M. Campos-Bordona y E. Calvo Rojas.

La sentencia que ahora analizamos ha sido objeto de un primer comentario crítico por el profesor J. Tornos Mas,[4] cuyas tesis y conclusiones comparto, como se verá a lo largo de este estudio.

2. La cuestión debatida

Los hechos que determinaron este proceso contencioso son los siguientes:

–Como consecuencia de unas obras, no previstas inicialmente en el contrato, pero que resultó necesario realizar, tras la construcción de la variante de la Carretera N II Madrid-Francia por La Jonquera, la UTE Ucife, después de cobrar el principal,[5] presentó un escrito, el 27 de febrero de 2001, reclamando los intereses de demora correspondientes al crédito principal (entonces unos treinta millones de pesetas).

–Transcurridos tres meses desde la presentación de su solicitud de pago de intereses, y considerando que la misma había sido estimada por silencio administrativo, la UTE solicitó la ejecución del acto firme a los efectos de cumplir con el requisito previsto en el artículo 29.2 de la LJCA (solicitud de ejecución previa a la interposición de un recurso por inactividad, en la modalidad de inejecución de actos firmes). Transcurrido un mes, sin que la Administración de carreteras realizase el pago, la UTE interpuso un recurso contencioso-administrativo ejerciendo la acción de inactividad por inejecución de actos administrativos firmes (artículo 29.2 de la LJCA) y solicitando de la Audiencia Nacional que condenase a la Administración al pago de los intereses reclamados.

–La Audiencia Nacional, por sentencia de 25 de octubre de 2003, estimó el recurso interpuesto por la UTE y condenó a la Administración al pago de la cantidad reclamada. Muy sucintamente expuestos, los argumentos con los que la Audiencia Nacional rechazó las alegaciones del Abogado del Estado fueron los siguientes: la existencia de un oficio no notificado a la UTE no interrumpe el plazo del silencio; el recurso no es prematuro, pues tratándose de silencio positivo, y no existiendo ningún tercero afectado e hipotético recurrente, no hay que esperar los seis meses del artículo 46 de la LJCA para acudir a la vía del artículo 29.2 de la LJCA; la solicitud del pago de intereses inicia un procedimiento y, al no encontrarse en ninguno de los supuestos de las excepciones a la regla del silencio positivo –tanto las del artículo 43.2 de la LRJPAC, como las establecidas en el anexo II de la Ley 14/2000, completado por el anexo II de la Ley 24/2001–, se produce el silencio positivo.[6]

–El Abogado del Estado, como ya he dicho, planteó un recurso de casación argumentando –dicho sea también en términos muy sucintos– que no se había producido un acto presunto porque la Administración resolvió de forma expresa mediante la inadmisión de la solicitud por falta de legitimación de la UTE; que, en todo caso, no existía acto firme cuando se pidió su ejecución en vía administrativa; que el silencio, de haberse producido, era negativo; y que no podía obtenerse por silencio un derecho que ya estaba prescrito.

1. STS de 28 de febrero de 2007, RJ 2007/4846. Ponente, Antonio Martí García.

2. Como parte recurrida actuó la entidad Dragados, SA, antes ACS Proyectos de Obras y Construcciones, SA, Ferrovial, SA, Unión Temporal de Empresas, "UTE Ucife".

3. Antecedente quinto:

"por providencia de de 26 de abril de 2006, se señaló para votación y fallo el día veintisiete de junio del año dos mil seis, y por providencia de 27 de junio de 2006, se deja sin efecto el señalamiento acordado, y dada la trascendencia de las cuestiones jurídicas que en el mismo se plantean, se remiten los autos al Excmo. Sr. Presidente de esta sala, a fin de que valore la conveniencia de someter su conocimiento al Pleno de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo."

4. TORNOS MAS, J. "La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿Una reducción del silencio administrativo?", RAP, 173, p. 185-215.

5. No queda dicho en la sentencia a qué fecha se remonta la ejecución de la obra, pero se deduce que fue a mediados de los años 90, ya que lo que sí se dice es que el pago del principal había sido objeto de control por la Intervención en los años 1995 y 1996 (fundamento de derecho sexto).

6. *Vid.* los fundamentos de derecho quinto a octavo de la sentencia de la Audiencia Nacional, trascritos en el fundamento de derecho primero de la sentencia del Tribunal Supremo.

3. Estado de la cuestión del silencio administrativo y la acción de inactividad en relación con la reclamación de intereses de demora, antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007

Tal como ha expuesto J. Tornos Mas,[7] la cuestión que ha dado lugar a esta sentencia se venía planteando desde hace tiempo en los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo y, a la vista de los pronunciamientos judiciales habidos hasta el momento, puede deducirse que si bien no era una cuestión pacífica, sí que podía considerarse como mayoritario el criterio de los órganos judiciales que consideraban que (i) la solicitud de intereses inicia un procedimiento administrativo, que si bien tiene su origen en un contrato, goza de entidad suficiente para ser considerado un procedimiento iniciado a instancia de interesado al que, por consiguiente, le resulta aplicable el mecanismo del silencio; (ii) salvo que exista una previsión legal que específicamente prevea el sentido desestimatorio para este tipo de solicitudes –como es el caso de algunas leyes autonómicas– en estos supuestos el silencio es positivo, y (iii) la vía del artículo 29.1 de la LJCA es procedente para reclamar el cumplimiento o ejecución de lo reconocido en las resoluciones producidas por silencio administrativo como consecuencia de la falta de resolución expresa, en plazo, de estas solicitudes.

4. Los argumentos de la sentencia

Como ya he adelantado, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de febrero de 2007, anula la sentencia de la Audiencia Nacional y, con ello, rectifica, además de la doctrina de la propia Audiencia, la de los tribunales superiores de justicia y la de numerosos juzgados que mantenían el mismo criterio que la Audiencia Nacional. Los argumentos del Pleno, que van de lo particular a lo general, pueden quedar resumidos en los siguientes términos: (i) no estamos ante un procedimiento administrativo iniciado a instancia de parte, sino ante un procedimiento iniciado de oficio y (ii) el silencio administrativo no resulta aplicable a cualquier procedimiento administrativo, sino sólo a determinados procedimientos. Expongamos con mayor detalle estos dos argumentos.

(i) La reclamación de intereses de demora de un contratista no puede considerarse como un procedimiento administrativo iniciado a instancia del interesado sino de oficio, y por ello, de acuerdo con la LRJPAC, habría que considerar desestimadas esas peticiones.

En efecto, según el Tribunal Supremo, "una petición de abono de intereses, respecto al importe de la obra realizada por el contratista, […] no genera el silencio positivo, a que se refiere el artículo 43 de la Ley 30/1992, pues esa petición no inicia procedimiento a solicitud del interesado cual el precepto exige, ya que es una petición inserta en un procedimiento iniciado antes de oficio por la Administración, y que está sujeto por tanto a sus propias normas"; añadiendo a continuación la sentencia que esa petición "no se puede aislar del procedimiento en que se inserta", el cual es un procedimiento iniciado de oficio.

De acuerdo con ello, considera el Tribunal Supremo que "la ejecución del contrato y todas sus incidencias debe reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes. Y como se trata de expedientes iniciados de oficio las consecuencias del silencio para el interesado, según el artículo 42 de la LRJPAC se podrían considerar desestimadas sus solicitudes".[8]

(ii) En todo caso, el silencio administrativo no es aplicable a cualquier procedimiento, sino sólo a determinados procedimientos.

El Tribunal Supremo califica la tesis de la sentencia de la Audiencia Nacional de "equivocada" por considerar que cualquier petición del administrado da lugar, o debe dar lugar, a un "procedimiento iniciado a solicitud del interesado", de modo que si la Administración no contesta en plazo, y no son solicitudes excluidas de la regla del silencio positivo, las mismas deben entenderse estimadas. No es así –dirá el Tribunal Supremo–, y ello por la siguiente razón, que formula siguiendo los pasos que a continuación resumo:

–En primer lugar, la sentencia compara la Ley de procedimiento administrativo de 1958 (LPA) con la LRJPAC, de 1992 (reformada en 1999), para concluir que la de 1958 aplicaba el silencio a las "peticiones", mientras que la de 1992 lo aplica a "procedimientos". La LRJPAC, en su artículo 43 –dirá el Tribunal Supremo–, no se refiere a "solicitudes" sino a "procedimientos". Y –añade a continuación– "es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de

7. *Op. cit.*, p. 187-201. J. Tornos expone con detalle el estado de la cuestión y da cuenta de las resoluciones de numerosos juzgados provinciales, central, Audiencia Nacional y tribunales superiores de justicia de algunas comunidades autónomas, tras lo cual concluye que la doctrina mayoritaria es, sustancialmente, la que resumo en el texto. Asimismo, da cuenta de la existencia de otra corriente jurisprudencial que venía negando la aplicación del silencio en estos procedimientos.

8. Transcripción literal del fundamento de derecho cuarto.

solicitudes insertadas en determinados procedimientos".[9]

Aquí se encuentra, en mi opinión, la clave de esta sentencia: la LRJPAC –dirá el Tribunal– habla, sí, de estimación de solicitudes, *pero* –a continuación veremos el significado y alcance de ese "pero"– no se refiere a todas las solicitudes, sino solamente a aquellas que inicien determinados procedimientos.

Dicho ello, la pregunta es obligada: ¿de dónde deduce el Tribunal Supremo esta delimitación y definición de un presupuesto previo y necesario para la aplicación del mecanismo del silencio administrativo? La respuesta a esta cuestión la encontramos en el segundo paso que el Pleno de la Sala Tercera da en su argumentación: de la mente del legislador.

–Se afirma, a este respecto, en la sentencia que "claramente se ve que en la mente del legislador estaba el aplicar el régimen del silencio no a cualquier pretensión, por descabellada que fuera, sino a una petición que tuviera entidad suficiente para ser considerada integrante de un determinado procedimiento administrativo. Y así resulta de la disposición adicional 3 de la LRJ-PAC que manda adecuar los procedimientos existentes a la nueva regulación de la LRJ-PAC, y tras esa previsión se publican varios reales decretos de adecuación, hasta llegar a la resolución de las Secretaría de Estado para la Administración Pública de 20 de marzo de 1996, que publica la relación de procedimientos de la Administración General del Estado".

–A partir de ese argumento, el Tribunal Supremo utiliza numerosas expresiones para referirse a esos procedimientos que, sin embargo, no define. En concreto, la sentencia habla de "determinados procedimientos"; "procedimientos que resultan de aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados"; "procedimientos específicos"; "procedimientos detectados e individualizados"; "procedimientos predeterminados"; "procedimientos regulados como tales por una norma jurídica"; "procedimiento derivado específicamente de una norma fija" y "procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico".

Así pues, la sentencia se refiere a esos procedimientos a los que sí les resultaría aplicable el silencio utilizando diferentes expresiones y adjetivos, pero no los define. Y, además, parece que ni siquiera a todos ellos se les aplicaría el silencio. En efecto, en la sentencia se dice que "el silencio regulado en los artículos 43 y 44 sólo opera en el marco de *alguno* de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación de procedimiento".[10]

–Ahora bien, parece que, finalmente, la sentencia identifica los mencionados procedimientos con aquellos, respecto de los cuales, una norma establezca el plazo de resolución y el sentido del silencio. Así cabría deducirlo, en mi opinión, del siguiente párrafo en el que, a modo conclusión, el Tribunal Supremo afirma:

"Así, en el caso de autos, la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras; sólo lo hay, en la relación de procedimientos existentes para las peticiones de clasificación de contratistas modificación cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación."

En efecto, si acudimos a la disposición adicional 3 del Reglamento general de contratación (Real decreto 1098/2001) citado en la sentencia, lo que en él se establece es: el plazo de duración máxima de los procedimientos que allí se mencionan; el sentido del silencio y, finalmente –y eso es lo que parecería, en último término, definitivo para afirmar que existe un procedimiento "específico o "predeterminado"–, el empleo del término "procedimientos" referido a la clasificación, la revisión de clasificaciones, la declaración de prohibiciones de contratar y la suspensión de clasificaciones. Esto es, el Reglamento, en efecto, los llama "procedimientos". De hecho, la rúbrica de la citada disposición adicional 3 es "Duración de los procedimientos y efectos del silencio".

9. "La LRJ-PAC llevó a cabo una diferencia sustancial en la regulación del sentido del silencio que contenía la Ley de procedimiento administrativo de 17 de agosto de 1958 (LPA), de cuyo examen procede, sin embargo, comenzar para alcanzar una recta interpretación del artículo 43 de la LRJ-PAC. Porque el supuesto del artículo 94 de la LPA, que es el que regulaba el silencio administrativo negativo, era el de que 'se formulara alguna petición ante la Administración y ésta no notificara su decisión en el plazo de tres meses'. La LPA se refería a la falta de respuesta de cualquier petición, cualquiera que ésta fuera, para dar a ese comportamiento de la Administración, tras la denuncia ante ésta de la mora, el valor de un acto desestimatorio, si así lo decidiera el administrado. Sin embargo, cuando el artículo 95 de la LPA se refiere al silencio positivo se limitan los supuestos en que ello puede suceder; cuando se establezca por disposición expresa o cuando se trate de aprobaciones y fiscalizaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores.

"El artículo 43 de la LRJ-PAC, en cambio, no se refiere a solicitudes sino a procedimientos. Es verdad que su párrafo 2 dice que los interesados podrán entender estimadas sus solicitudes, pero se trata de solicitudes insertadas en determinados procedimientos. Procedimientos que resultan de la aplicación de las correspondientes normas legales a las solicitudes presentadas por los interesados" (fundamento de derecho cuarto).

10. La cursiva no está en la sentencia.

5. El voto particular

Como ya adelanté, la sentencia que es objeto de comentario no ha sido dictada por unanimidad, sino que cuenta con un voto particular del magistrado J. Díaz Delgado, al que se adhirieron tres magistrados más: los señores Peces Morate, Campos Sánchez-Bordona y Calvo Rojas.

Muy resumidamente expuestos, los argumentos del voto particular, que comparto, como se verá en el apartado siguiente de este comentario, son los siguientes.

–El significado último del silencio: con carácter general, y como punto de partida, se afirma en el voto particular que "el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando la Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado".

–La corrección de los posibles efectos no deseables del silencio positivo ya ha sido llevada a cabo por el propio legislador [artículos 44.1 y 62.1.f) de la LRJPAC]: la finalidad de la Ley –se dirá en el voto particular– "no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella, esto es, ante cualquier petición, sino la de impedir que los derechos de los particulares se vacíen de contenido. Esta matización permite deducir que estos derechos han de ser, […], preexistentes, de tal suerte que no cabría entender producido el silencio positivo en aquellos casos en que la declaración del derecho por la Administración tiene carácter constitutivo del mismo, y no meramente declarativo. Y así habría venido a recogerse en el artículo 44 de la LRJPAC, tras la reforma de 1999. Asimismo, y en virtud del artículo 62.1.f) de la LRJPAC, tampoco pueden adquirirse por silencio facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición".[11]

–El silencio como remedio frente al incumplimiento de la obligación de resolver y como corolario del principio de eficacia del artículo 103.1 de la CE: la LRJPAC ha impuesto a la Administración la obligación de dictar resolución expresa en todos los procedimientos y ha previsto la responsabilidad de los funcionarios y titulares de los correspondientes órganos administrativos por su incumplimiento. Asimismo, la Ley, en su artículo 89.4, consagra el principio de *non liquet* estableciendo que la Administración no podrá abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso.

–El verdadero significado de la disposición adicional 3 de la LRJPAC: el hecho de que la citada disposición mande adecuar los procedimientos a la nueva Ley no es sino consecuencia de la aplicación del principio de jerarquía normativa, y "no implica que el silencio sólo se produzca en los procedimientos formalizados, que se reducen en un número importantísimo".

–La reducción del ámbito de aplicación del silencio, ya sea positivo o negativo, y la función del procedimiento administrativo común: la interpretación que sienta la sentencia –se argumenta en el voto particular– "deja fuera de la técnica del silencio positivo o negativo a la mayor parte de las solicitudes dirigidas a la Administración, que por no tener un procedimiento formalizado se rigen precisamente por el común de dicha Ley 30/1992".

–Autonomía "procedimiental" de la reclamación de intereses: el voto particular, finalmente, rebate la tesis de la sentencia, según la cual una solicitud de reclamación de intereses, respecto de una deuda derivada de un contrato, carece de autonomía y se rige por la regla del silencio negativo aplicable al procedimiento de adjudicación del contrato. El voto particular, considera, por el contrario, que la reclamación de intereses, generados *ex lege*, "tiene completa autonomía respecto del contrato original de obras"; que "la apertura de una relación, contractual, funcionarial, etc., que puede durar muchos años, no impide la existencia de derechos, que exigen para su tramitación un procedimiento, sea el formalizado, sea el común, y que tengan carácter autónomo"; y que, como la propia disposición adicional 3 del Reglamento de contratación demuestra, "dentro de una misma relación jurídica pueden existir numerosos derechos que al ser ejercitados generen procedimientos autónomos del que dio lugar al nacimiento de aquélla".

6. La crítica a la sentencia

Como ya he adelantado, no comparto la doctrina de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo que es objeto de comentario. Los argumentos en que se basa mi discrepancia son, sustancialmente, los mismos que sirven de fundamento al voto particular, e igualmente son coincidentes con los expuestos por J. Tornos, en el primer, y hasta el momento, único comentario que conozco sobre esta importante sentencia. No comparto, como digo, la doctrina contenida en esta sentencia por las siguientes razones: (i) porque restringe el ámbito de aplicación de una categoría jurídica que el legislador ha concebido como

11. En mi opinión, esta afirmación merecería una matización ya que, de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 62.1.f) de la LRJPAC, no es que no se adquieran esas facultades por silencio, sino que el acto presunto que las otorga está viciado de nulidad de pleno derecho.

una garantía del administrado frente al incumplimiento de la Administración de tres obligaciones legales; (ii) porque lleva a cabo esa restricción a partir de la interpretación de la voluntad del legislador, algo que, en principio, no parece el camino más seguro cuando se trata de restringir garantías del ciudadano; (iii) porque utiliza un razonamiento consistente en comparar la vigente LRJPAC con la LPA de 1958 para llegar a la paradójica conclusión de que la regulación de los años 90 sería más restrictiva con el silencio y, por tanto, más indulgente con los incumplimientos de la Administración que la legislación de los años 50; (iv) porque crea una doctrina a partir de una categoría que no define, y, finalmente, (v) porque, además, el concepto de procedimiento que, a efectos de la aplicación del silencio, utiliza la sentencia no está en sintonía con la concepción constitucional y legal de dicha categoría, tal y como se venía entendiendo hasta ahora.

6.1. Restricción del ámbito de aplicación de una categoría jurídica que el legislador ha concebido como una garantía del administrado frente al incumplimiento de la Administración de tres obligaciones legales

En mi opinión, es claro que tanto en la Ley 30/1992 como en la Ley 4/1999 el legislador apuesta rotundamente por reforzar la regulación del silencio como garantía del administrado frente al incumplimiento de la Administración de su triple obligación legal de dictar, en todo caso, resolución expresa en *todos* los procedimientos; de motivarla y de notificarla con todos los requisitos legales.

En la exposición de motivos de la Ley de 1992 se dice que el silencio debe ser "la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado". Y en la de la Ley de 1999 se afirma que "cuando se regula el silencio, en realidad se está tratando de establecer medidas preventivas contra patologías del procedimiento ajenas al correcto funcionamiento de la Administración… Pues bien, esta situación de falta de respuesta por la Administración, siempre indeseable, nunca puede causar perjuicios innecesarios al ciudadano, sino que, equilibrando los intereses en presencia, normalmente debe hacer valer el interés de quien ha cumplido correctamente con las obligaciones legales impuestas". Más adelante, aludirá a "la línea apuntada de profundización del silencio positivo".

De lo expuesto se deduce que el legislador de los años 90 quiso potenciar la categoría del silencio en su concepción de garantía de los ciudadanos frente a la patología del incumplimiento de la Administración. De la exposición de motivos y, aún más, del articulado de la Ley se extrae, sin dificultad, que el legislador quiso reaccionar frente a una conducta administrativa –el silencio– que no solamente priva al interesado de una respuesta en plazo, sino de una respuesta motivada a su petición y comunicada personalmente y con todos los elementos necesarios para tener completo conocimiento tanto del contenido de esa respuesta a la que se tiene derecho, como del régimen jurídico de su posible impugnación. El silencio es, lisa y llanamente, la negación de todo eso y, por ello, la presunción legal de que la inexistente respuesta se ha producido es la garantía jurídica que el legislador otorga al administrado en estos casos.

6.2. La restricción que la sentencia opera sobre la garantía del silencio administrativo se lleva a cabo a partir de la interpretación de la voluntad del legislador

Como ha quedado dicho, y siempre según mi opinión, la voluntad del legislador de la LRJPA era clara: reforzar el silencio, en general, y el silencio administrativo positivo, en particular. Y ello para corregir la patología, tan extendida, y a veces tan inevitable, de que la Administración no dicte resolución expresa sobre las solicitudes de los particulares, dentro del plazo legalmente establecido para ello. Siendo ello así, para atribuirle al legislador una voluntad restrictiva, un deseo de aplicar el silencio sólo a determinados tipos de procedimiento administrativo, y no a todos, como literalmente dice el artículo 42.1 de la LRJPAC, creo que hay que tener elementos de deducción muy seguros y muy sólidos. Y, en este caso, la argumentación que emplea el Tribunal Supremo para atribuirle una determinada voluntad al legislador, en mi opinión, no lo es.

Recuérdese que el Tribunal Supremo dice que "claramente" estaba en la mente del legislador aplicar el silencio sólo a las peticiones con suficiente entidad para poder considerarlas integrantes de un determinado procedimiento y que "así resulta" de la disposición adicional 3 de la LRJPAC. Sin embargo, en mi opinión, el sentido de la disposición adicional 3 no era otro que remitir al Reglamento la adecuación de los procedimientos a la Ley, con independencia del rango de la norma en que estuvieran establecidas las reglas de los mismos, fijando, además, un plazo, que como se recordará fue sucesivamente ampliado, para que el Gobierno llevara a cabo dicha adecuación "con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca". Poner en conexión esta disposición adicional –que, por lo además, sólo afectaba a los procedimientos de la Administración estatal– y extraer de la misma un elemento tan importante de la configu-

ración legal de la técnica de silencio, como es el del presupuesto mismo de su aplicación, no sólo me parece que está fuera de contexto, sino que, además, en mi opinión, carece de lógica.

En efecto, no alcanzo a ver cómo esa supuesta voluntad del legislador de que el silencio sólo se aplicase a peticiones integradas en determinados procedimientos, puede deducirse de una disposición normativa que, en primer lugar, tiene un efecto temporal limitado; en segundo lugar, se refiere solamente a la Administración estatal y, en tercer y último lugar, se limita a dirigir un mandato al Gobierno y permitir que por reglamento se modifiquen disposiciones que podían estar contenidas, en ese momento, en normas con rango de ley.

6.3. El razonamiento consistente en comparar la vigente LRJPAC con la LPA, de 1958, lleva a la paradójica conclusión de que la regulación de los años 90 sería más restrictiva con el silencio y, por tanto, más indulgente con los incumplimientos de la Administración que la legislación de los años 50

Como ya he dicho, para apoyar su razonamiento, el Tribunal Supremo compara el tenor literal de los preceptos de la Ley de 1958 que regulaban el silencio con el de los preceptos que lo regulan en la LRJPAC para concluir, según entiendo, que mientras que la regulación del silencio en la LPA se refería a "las peticiones", la de la LRJPAC, sin embargo, se refiere a procedimientos "predeterminados" y "especificados" o "nominados" en el ordenamiento jurídico. Sería tanto como decir que la LRJPAC, al haber empleado una formulación distinta a la que recogía la LPA –que se refería a cualquier petición– perseguía una finalidad: restringir los supuestos a los que les resulta de aplicación el silencio exclusivamente a un tipo de peticiones. Todo lo cual llevaría al resultado de que, precisamente, ese legislador que venía a reforzar el silencio, como garantía del ciudadano frente a los incumplimientos de la Administración, al mismo tiempo estaría debilitando la categoría en cuestión, reservándola exclusivamente a determinados procedimientos.

Pienso, por el contrario, y como ya he adelantado, que de la Ley 30/1992 –de su articulado y de su exposición de motivos– lo que se deduce es que el legislador quería reforzar la garantía del silencio administrativo, en general, y ampliar, en particular, la técnica del silencio positivo. Al mismo tiempo, y para evitar o, en su caso, contrarrestar los efectos negativos que podían derivarse de la ampliación del silencio positivo, adoptó una serie de medidas tales como excluir de la regla general del silencio positivo una serie de supuestos que, luego, se han visto ampliados sucesivamente por leyes del Estado y de las comunidades autónomas y que han terminado por convertir la regla en la excepción (artículo 43.2 de la LRJPAC); establecer el silencio negativo para los procedimientos administrativos iniciados de oficio de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas para los interesados que hubieran comparecido en los mismos (artículo 44.1 de la LRJPAC); y, por último, añadir un nuevo motivo de nulidad de pleno derecho que, incluso, en un principio, se concibió exclusivamente para los actos presuntos [artículo 62.1.f) de la LRJPAC]. Así, pues, las necesarias cautelas con que debe aplicarse el silencio positivo ya habían sido adoptadas por el legislador a través de la definición de una serie de supuestos en los que, no obstante el incumplimiento de la Administración de su triple deber de responder en plazo, de motivar sus resoluciones y de notificarlas, la garantía de los ciudadanos que supone el silencio positivo debe ceder por razones de interés general.

6.4. El establecimiento de una doctrina a partir de una categoría que, sin embargo, no queda definida

La sentencia es criticable, en mi opinión, porque toda esta construcción restrictiva de la garantía del silencio positivo, y basada en una supuesta voluntad "clara" del legislador, da lugar a una nueva doctrina, de alcance general, que, sin embargo, produce una gran inseguridad jurídica porque el Tribunal Supremo no ha definido qué debe entenderse por procedimientos "predeterminados" o "específicos", etcétera.

Para mí, la máxima expresión de la falta de claridad de la categoría empleada por el Tribunal Supremo se alcanza en el pronunciamiento, contenido en el fundamento de derecho 4 de la sentencia, en el que se dice que "el silencio regulado en los artículos 43 y 44 sólo opera en el marco de alguno de los procedimientos reconocidos como tales en el ordenamiento jurídico, estén o no recogidos como tales en las normas reglamentarias de delimitación del procedimiento".

La imprecisión con la que se ha definido el tipo de procedimientos que, según el Tribunal Supremo, son los únicos para los que el legislador ha previsto la categoría del silencio, no puede ser mayor: se habla, por un lado, de "alguno", por tanto no todos, de los procedimientos "reconocidos" en el ordenamiento, y se añade, a continuación, que tal reconocimiento –que tampoco se dice en qué consiste– lo es con independencia de que estén o no "recogidos" en las normas de delimitación del procedimiento.

6.5. El concepto de procedimiento que, a efectos de la aplicación del silencio, utiliza la sentencia no está en sintonía con la concepción constitucional y legal de dicha categoría, tal como veníamos entendiéndola hasta ahora

Se han dado muchas definiciones sobre "procedimiento administrativo". Así, E. García de Enterría y T. R. Fernández lo han definido como "el camino, el *iter* jurídicamente regulado a priori, a través del cual una manifestación jurídica de un plano superior (generalmente una norma) produce una manifestación jurídica de un plano inferior (una norma de rango subalterno o un acto singular no normativo)"[12] o, referido específicamente al Derecho Administrativo, como "el modo de producción de los actos administrativos".[13] Según M. Sánchez Morón es la concatenación de una serie de trámites con vistas a la adopción de una decisión administrativa.[14] Y desde una perspectiva más general, que incluye también la aprobación de los reglamentos, Tardío Pato define el procedimiento administrativo como "la sucesión de actuaciones ordenadas por el Derecho Administrativo para la producción de actos resolutorios o de disposiciones generales".[15]

En mi opinión, la existencia de un procedimiento es consustancial a la actuación administrativa, ya que es un deber que les viene impuesto a las administraciones públicas por la Constitución y las leyes. El artículo 105.c) de la CE dice que "la ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos". Luego, el procedimiento es un cauce, predeterminado por la ley, que la Administración ha de seguir, necesariamente, para dictar sus actos.

Ese cauce está *siempre* predeterminado por la ley, por la sencilla razón de que lo que hace, precisamente, la LRJPAC –que no en vano lleva en su título la expresión "procedimiento administrativo común"– es establecer dicho procedimiento, con carácter general y común para todas las administraciones, hasta el punto de que define un plazo general para dictar y notificar resolución expresa, que se aplica, a falta de previsión específica en la normas reguladoras de los distintos procedimientos, allá donde las haya, porque no tiene por qué haberlas siempre, dado que existe un procedimiento administrativo común y de aplicación supletoria. Así mismo, la LRJPAC establece, también con carácter general, el sentido del silencio que será el que se aplicará, salvo que una norma con rango de ley o de carácter comunitario establezca lo contrario. Asimismo, la citada Ley regula los distintos trámites del procedimiento (actos y formas de iniciación, de instrucción, y de terminación) y los actos de comunicación de las resoluciones administrativas (notificación y publicación).

De acuerdo con la LRJPAC, los procedimientos –ya sea el común, ya sean los que cuentan con una regulación específica, que no son, ni mucho menos, todos los que existen en el infinito mundo de las administraciones públicas y entes asimilados a ellas– se inician bien a instancia de interesado, bien de oficio. Pues bien, si existe una solicitud de una persona que es titular de un derecho –como es el caso del contratista en relación con los intereses de demora–; si, de acuerdo con la LRJPAC, la Administración tiene el deber de resolver todos los procedimientos –cualquiera que haya sido su forma de iniciación– en un tiempo determinado; y si, además, la propia Ley establece cuál es el procedimiento que tiene que seguir para ello, definiendo, en concreto y por lo que a nuestra exposición interesa, el plazo del procedimiento y el sentido del silencio, ¿cómo puede decirse que no resulta de aplicación la técnica del silencio porque no hay un procedimiento específico o "reconocido como tal por el ordenamiento jurídico" para este tipo de solicitudes?, ¿por qué tiene que haber un procedimiento específico o calificado como tal si la Ley ya se ha cuidado de establecer un procedimiento común para todas aquellas solicitudes que inicien un procedimiento al margen de si una norma lo reconoce o no como tal o establece reglas singulares para el mismo?

Por último, y volviendo al caso concreto de la solicitud del pago de intereses que ha dado lugar a esta sentencia, el Tribunal Supremo entiende que no estamos ante una de esas peticiones que dan lugar a un

12. E. García de Enterría; T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo II*, 10ª edición, Civitas, 2006, p. 454.

13. E. García de Enterría; T. R. Fernández Rodríguez, *op. cit.*, p. 454.

14. M. Sánchez Morón, *Derecho Administrativo. Parte general,* 3ª edición, Tecnos, 2007, p. 473.

15. J. A. Tardío Pato, "Procedimiento Administrativo", voz en el *Diccionario de Derecho Administrativo II,* S. Muñoz Machado (dir.), Iustel, 2005, p. 1975. El autor nos recuerda cómo González Navarro distingue entre procedimientos administrativos formalizados y no formalizados. Los primeros serían aquellos en los que la norma establece su tramitación y su orden ritual, imponiendo el cauce a seguir. Los no formalizados serían, por el contrario, aquellos en los que la norma no fija el cauce o la tramitación, sino que deja a los órganos administrativos que lo definan utilizando un arsenal de herramientas procesales. J. A. Tardío Pato discrepa de la opinión de F. González Navarro, que entiende que el del título VI de la LRJPAC sería un procedimiento general o no formalizado, y afirma que, aunque existen procedimientos más formalizados, como por ejemplo el del Reglamento de la potestad sancionadora, el título VI de la LRJPAC sí que contiene una estructura procedimental mínima y suministra un procedimiento que actúa como norma general. Comparto plenamente esta opinión, como puede deducirse de lo que diré más adelante.

procedimiento de esos a los que les resulta aplicable el silencio y ello por dos razones: en primer lugar, porque la reclamación de intereses de demora no puede separarse del procedimiento de contratación en el que se inserta y, por otro, porque en los contratos administrativos sólo existen los procedimientos específicos que la Ley de contratos –en rigor, el Reglamento– denomina como tales y sólo a ellos se les puede aplicar el silencio.

En mi opinión, es cierto que el procedimiento de adjudicación del contrato se inicia de oficio, pero también lo es, según creo, que a lo largo de la vida del contrato pueden existir muchos procedimientos e iniciarse tanto de oficio como a instancia de interesado. La tesis del Tribunal Supremo, según se desprende de la sentencia que comentamos, es que, en contratación pública, sólo son procedimientos reconocidos como tales y a los que, por tanto, les resulta de aplicación el silencio, aquellos a los que la norma ha llamado por ese nombre. Siendo ello así, y dado que la norma puede ser de carácter reglamentario, como ocurre en el caso examinado con la disposición adicional 3 del Reglamento general de la LCAP, la doctrina establecida en esta sentencia llevaría a la conclusión de que se estaría dejando a la voluntad de la Administración decir cuándo hay un procedimiento específico y cuándo no y, por consiguiente, cuándo se aplica y cuándo no se aplica la técnica del silencio que, recordémoslo una vez más, el legislador ha establecido como garantía del ciudadano frente al incumplimiento de la Administración y con la finalidad última de que sus derechos no queden vaciados de contenido. Por otro lado, parece que lo importante, a los efectos de poder concluir que estamos ante un procedimiento "reconocido" como tal por el ordenamiento jurídico, es que sea llamado por ese nombre, pues a juzgar por el contenido de la citada disposición adicional 3 del Reglamento general de la LCAP, lo relevante de la misma no es que establezca el sentido del silencio y el plazo de los procedimientos, pues ambas cosas están previstas con carácter general y supletorio para todos los procedimientos en la LRJPAC, sino, por el contrario, que los llame "procedimientos" y especifique cuáles son (en el caso de la citada disposición adicional, se trata de los de clasificación y revisión de clasificaciones, declaración de prohibiciones de contratar y suspensión de clasificaciones). Si ello es así, parecería que, al final, todo el problema se reduce a una cuestión de nombres: si una actuación administrativa es designada por alguna norma con el sustantivo "procedimiento", estaremos ante un procedimiento administrativo reconocido como tal a efectos de la aplicación del silencio, pero si no es así, no habrá procedimiento a efectos del silencio administrativo.

Frente a ello, mi opinión es la siguiente: en primer lugar, toda solicitud de un ciudadano, *realizada en ejercicio de un derecho*, como es el caso de la reclamación del pago de intereses de demora, y *dirigida a la Administración pública competente*, inicia un procedimiento; y, en segundo lugar, a la falta de resolución y notificación en plazo de dicha solicitud ha de resultarle de aplicación el silencio, se rija éste, en cuanto a plazos y efectos, por las reglas comunes de la LRJPAC o por las específicas que se hayan dictado para el mismo, y con independencia de que exista o no una norma que haya tenido a bien designarlo con el nombre de *procedimiento administrativo*.

¿Significa eso que haya de entenderse estimada cualquier petición y solicitud que no esté entre las expresamente excluidas por la Ley de la regla del silencio positivo? En mi opinión, no; pero la razón no hay que buscarla en que exista o no un procedimiento "típico", "nominado" o "reconocido", sino en la propia naturaleza de la petición que se formule. Por ejemplo, a mi juicio, no cabría entender estimada por silencio administrativo la solicitud a la Universidad de un certificado de notas o de la expedición de un título de licenciado o doctor; tampoco una consulta a la Agencia Tributaria; una aclaración sobre determinadas cláusulas del pliego de un contrato; o la presentación de una oferta a un procedimiento de licitación de un contrato que, lógicamente, lleva implícita la solicitud de que dicho contrato le sea adjudicado a quien la presenta.

En todos estos supuestos, y al margen de si, respecto de alguno de ellos, habría que considerarlo incluido en alguna de las numerosas excepciones a la regla del silencio positivo –incluidas las generales del artículo 43.2 de la LRJPAC– y en otros muchos que cabría citar, el silencio positivo no se produciría, en mi opinión, porque en todas ellas concurre alguna de las dos circunstancias siguientes: o bien no se corresponden con un derecho reconocido previamente por la Ley, o bien su satisfacción no depende de una declaración de voluntad por parte de la Administración que pueda ser sustituida por una ficción legal consistente en entender que la Administración ha dicho que sí. Expresado en otros términos, determinadas solicitudes, aunque no estén excluidas de la regla del silencio positivo, no se pueden obtener nunca por silencio porque, por definición, exigen un pronunciamiento expreso de la Administración. A eso me refería cuando he dicho que la razón de que no toda petición o solicitud que no haya sido excluida de la regla del silencio positivo, puede entenderse estimada por un acto presunto, está en la naturaleza de la solicitud, pero no en las características del cauce legal que la Administración haya de seguir para darle respuesta. Ése es, en mi opi-

nión, el camino que hay que recorrer para tratar de definir los límites consustanciales a la categoría del silencio positivo, esto es, preguntándose por la naturaleza de la petición; la preexistencia o no de un derecho; o el tipo de potestad administrativa –reglada o discrecional– en cuyo ejercicio se enmarca la solicitud de que se trate en cada caso, etc. Pero no, como digo, mediante el establecimiento de una distinción entre tipos de procedimiento administrativo que no parece tener fácil acomodo en la LRJPAC.

7. Conclusión

En su comentario de la STS de 28 de febrero de 2007, J. Tornos termina haciendo una reflexión basada en un juicio de intenciones en la que el autor viene a decir que quizás el Tribunal Supremo ha querido reducir el ámbito del silencio porque, de lo contrario, se hubiera visto obligado a condenar a la Administración al pago de una cantidad sin poder revisar ni su causa ni su cuantía.[16] Además, afirma el autor –y lo comparto plenamente– el silencio positivo puede llevar, en algunos casos, a situaciones contrarias al interés general, pero la corrección de un supuesto concreto no debe llevar a una reformulación general de la figura del silencio.

Es más, si el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos, se hubiera quedado en su primer argumento y se hubiera limitado a decir que la reclamación del pago de intereses no puede entenderse estimada por silencio porque no estamos ante un procedimiento administrativo iniciado a instancia del interesado sino de oficio, debido a que dicha petición carece de autonomía respecto del procedimiento de adjudicación del contrato, su doctrina, que por las razones que he expuesto no comparto, al menos sólo hubiera afectado a este caso concreto y, además, en la actualidad, como tal doctrina, tendría una importancia relativa ya, con la nueva Ley de contratos, la cuestión ha quedado resuelta. En efecto, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, contiene una disposición final octava del siguiente tenor:

"Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley.

"1. Los procedimientos reglados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, y normas complementarias.

"2. En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver."

Así pues, ninguna duda puede caber ya sobre que una solicitud que tenga por objeto una reclamación de cantidad relacionada con un contrato es un procedimiento administrativo iniciado a solicitud del interesado y con efectos desestimatorios, en caso de silencio por parte de la Administración, sobre la que sigue pesando el deber de resolver de forma expresa. Es importante llamar la atención sobre este último aspecto, ya que, de acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo que analizamos, cabría pensar que, a determinados procedimientos, no les resulta de aplicación ningún tipo de silencio –ni el positivo, ni el negativo– ni tampoco, por tanto, la obligación de dictar resolución expresa en *todos* los procedimientos, a pesar de los términos en que se expresa el artículo 42.1 de la LRJPAC a ese respecto.

A la luz de todo lo expuesto, y para terminar, cabría concluir que, teniendo en cuenta que el silencio es una categoría muy compleja y, además, en sí misma, generadora de inseguridad jurídica, resoluciones judiciales como la que comentamos no ayudan a eliminar dicha inseguridad, sino que, antes al contrario, pueden acentuarla. Y no lo digo porque, en esta ocasión, el Tribunal Supremo haya restringido el ámbito de aplicación del silencio y, con ello, una garantía otorgada por la Ley a los ciudadanos. Mi opinión es la misma respecto de la jurisprudencia –esta sí, favorable al administrado, al menos al perjudicado por el silencio negativo– que establece que para recurrir contra el silencio no hay plazo y ello a pesar de que tanto la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 46.1) como la LRJPAC (artículos 115.1 y 117.1) establecen un plazo para ello.[17] A mi juicio, la seguridad jurídica debería ser incompatible con la existencia de actos administrativos con un plazo de impugnación abierto sin límite temporal alguno, pues ello puede ir en detrimento de terceros afectados por ese acto, de forma más o menos directa. Pero sobre todo, lo más discutible, en mi opinión, es que se pueda llegar a esa conclusión sin cuestionar y, en su caso, declarar inconstitucional la LRJPAC

16. *Op. cit.*, p. 214.

17. STS de 23 de enero de 2004 (RJ 2004/1021) y STC 14/2006, de 16 de enero (RTC 2006/

que, como digo, no sólo ha establecido plazo para recurrir contra los actos presuntos, sino que, además, ha establecido, y lo ha mantenido tras la reforma operada por la Ley 4/1999, que transcurridos los plazos para recurrir en alzada –de un mes si el acto fuera expreso y de tres si fuera presunto– sin haberse interpuesto el recurso, "la resolución será firme a todos los efectos" (artículo 115.1 de la LRJPAC). Esto, como digo, se mantiene por la Ley 4/1999, a pesar de que es la propia Ley la que establece que el silencio negativo, a diferencia del positivo, no produce un acto, sino sólo una ficción a efectos de poder impugnarlo. Si he traído a colación este ejemplo es para concluir que, al margen de cómo deba resolverse la cuestión del plazo para recurrir el silencio y su relación con la impugnación de las notificaciones defectuosas, pienso que no contribuye a la seguridad jurídica ni constituye un ejemplo de buena técnica jurídica, el hacer interpretaciones de la Ley tan alejadas de la letra de la misma, y ello con independencia de que dicha interpretación vaya en perjuicio o en beneficio de los intereses del administrado. De ese mismo mal padece, en mi opinión, la sentencia del Tribunal Supremo que ha sido objeto del presente comentario. ■

PONENCIAS DEL CURSO SOBRE MEDIO AMBIENTE, ORGANIZADO POR LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL EN COLABORACIÓN CON EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EL INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA DIPUTACIÓN DE ALICANTE, DEL 14 AL 16 DE NOVIEMBRE DE 2007

1. Infraestructuras públicas y medio ambiente

1. Introducción.
2. Obras públicas.
3. El impacto medioambiental de las obras públicas.
4. Intervención autonómica en materia de espacios naturales.
4.1. Consideraciones generales y competencias de las comunidades autónomas.
4.2. La ordenación de los recursos naturales. La planificación ambiental. 4.3. La compatibilidad de usos.
5. Una cuestión práctica sobre la ubicación de infraestructuras en el dominio público maritimo-terrestre.
Nota bibliográfica.

Jesús María Chamorro González
Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias

1. Introducción

La aparición en nuestras sociedades de la preocupación por la protección del medio natural y la consiguiente compatibilización de esa protección con el desarrollo económico que necesariamente genera la afección de aquel medio ha suscitado valoraciones de carácter técnico que se realizan desde muy distintas disciplinas del conocimiento. El desarrollo económico, la protección del medio ambiente y una adecuada cohesión social son objetivos que aunque a primera vista puedan parecernos contradictorios e incluso incompatibles, un adecuado control y equilibrio en su consecución puede alcanzar resultados ciertamente satisfactorios a través de la optimización de los recursos.

La contraposición dialéctica entre los principios *in dubio pro libertas* e *in dubio pro natura* puede ser superada, y precisamente el Derecho, desde su perspectiva, trata de adivinar y articular mecanismos que actúen en esa dirección. El desarrollo sostenible se define precisamente como aquel que permite un desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

En la conciliación entre la protección del medio ambiente y el desarrollo económico, son muchas las cuestiones que pueden ser objeto de análisis y discusión, si bien ciertamente por razón de acotar nuestra intervención en relación con otras que tendrán lugar en este mismo foro, así como por su importancia y relación con el mundo de las entidades locales, en la ponencia que aquí desarrollamos nos ubicaremos en una situación límite al poner en contraposición dos intereses públicos de especial consideración, a saber, la necesaria construcción de infraestructuras de carácter público a través de las cuales se puedan satisfacer necesidades públicas, transporte, suministros varios, etc., y la tutela y protección de aquellos espacios que por su importancia y valor paisajístico o medioambiental merezcan la consideración de espacios naturales protegidos.

No cabe duda de que este tipo de actuaciones provoca tensiones en las que en no pocas ocasiones los intereses de las administraciones públicas corren por distintos derroteros, de forma tal que no dejan de existir supuestos en los que las entidades locales, en defensa de intereses propios y a la vez empujadas por la demanda vecinal se oponen al trazado previsto o simplemente a la posibilidad de construcción de infraestructuras públicas que mezclan las circunstancias que aquí proponemos. En otras, por el contrario, son éstas las que defienden aquella construcción o trazado, que, patrocinado por el Estado, no cuenta con el beneplácito de la comunidad autónoma correspondiente. Veamos algunos planteamientos del tema.

Efectivamente, la cuestión se complica cuando las competencias en unas y otras materias no corresponden a la misma Administración territorial, tal como acontece cuando el Estado patrocina la construcción de una vía de comunicación terrestre o un embalse en un espacio protegido de declaración autonómica, o viceversa. En todo caso, también surgen disfunciones y problemas cuando la Administración con competencia en la gestión es la misma en ambos casos. Además, no estamos ante un problema de carácter residual por razón de la frecuencia con que se presenta. Al contrario, no sólo estamos ante una realidad cotidiana en la que el desarrollo económico fomenta y requiere, cada vez con mayor intensidad, infraestructuras adecuadas, sino que los espacios naturales también siguen ese camino expansivo. En el territorio español existen más de 3.500.000 de hectáreas de terreno incluidas en alguna modalidad de espacio protegido, lo que representa más del 7% del total del territorio nacional, según los datos proporcionadas por el Plan forestal español publicado en julio de 2002.

Nuestro interés se centra en el estudio de los mecanismos jurídicos que disciplinan la actividad administrativa en el ámbito de la promoción de infraestructuras públicas y de la tutela de los espacios protegidos, buscando vías y cauces de coordinación y conciliación de intereses, a priori distintos e incluso incompatibles, valorando también los distintos ámbitos competenciales en estas materias.

2. Obras públicas

Debemos detenernos en primer lugar en el concepto de infraestructuras para señalar que comprende, según el Diccionario de la Lengua Española, el conjunto de elementos o servicios que se consideran necesarios para la creación y funcionamiento de una organización cualquiera. Desde un punto de vista jurídico, quizás sea más certero referirnos al concepto de obra pública, de más tradición en nuestro Derecho público y que la propia Constitución recoge, sobre todo cuando se refiere al régimen de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre estas cuestiones. Así, el artículo 149.1.24 del texto constitucional reserva la competencia del Estado en relación con las obras de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma, en tanto en cuanto que el artículo 148.1.4 predica la misma competencia para las comunidades autónomas cuando las obras públicas son de interés para éstas en su propio territorio. Aprovechemos la oportunidad que nos ofrece esta referencia nominal para realizar algunas puntualizaciones en relación

con el régimen competencial sobre las obras públicas, que lógicamente abordaremos desde una perspectiva práctica considerando los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto.

Y es que, en efecto, el alto tribunal, además de reconocer la competencia del Estado en los supuestos de obras de evidente interés general, invocando para ello el título competencial de carácter sustancial ya referido y recogido en el artículo 149.1.24, considera que son también competencia del Estado aquellas otras obras que, aun careciendo de interés general, están ligadas a una competencia estatal. Así por ejemplo, en la sentencia 227/1988 se señala que las infraestructuras hidráulicas recogidas en el artículo 46 del Real decreto legislativo 2/2000, que aprueba el Texto refundido de la Ley de aguas, aun cuando no reconoce su condición de obras de interés general, considera que son competencia del Estado por estar ligadas a la competencia estatal sobre el demanio público hidráulico prevista en el artículo 149.1.22. En similar sentido se posiciona la sentencia 56/1986.

Centrándonos ya en la cuestión de fondo planteada, hemos de decir que la propia normativa reguladora de las obras públicas establece una regulación propia tendente a la adecuada tutela del medio ambiente cuando se ejecutan obras públicas. No de otra manera ha de interpretarse todo el conjunto normativo que regula la necesaria evaluación del impacto medioambiental en la ejecución de obras públicas. Además de esto, existen otras normas de estricto y sustantivo contenido medioambiental, que también habrán de ser tenidas en cuenta en relación con la tutela medioambiental cuando se trata de hacer infraestructuras públicas. Nos estamos refiriendo, en el concreto caso de la cuestión que es objeto de este trabajo, a las normas que crean, regulan y establecen el régimen jurídico de los espacios naturales protegidos, cuando éstos se ven afectados por la construcción de una obra pública.

Nos ocuparemos fundamentalmente de estos dos aspectos, a saber, el régimen jurídico de la evaluación del impacto medioambiental en la realización de obras públicas que afecten a espacios naturales protegidos y de las normas que regulan estos espacios, en tanto en cuanto inciden en el régimen de aquellas obras. Se trata de dos sectores caracterizados por una determinante influencia del Derecho Comunitario en la medida que las normas europeas, con una importante concienciación en la tutela del medio ambiente, inciden tanto en el impacto medioambiental de las obras públicas como en la protección eficaz de los espacios naturales. Además de esto, existe otra característica importante, y es la interrelación que las competencias autonómicas en materia de tutela medioambiental tienen con las competencias sustantivas en materia de obras públicas que tiene el Estado.

3. El impacto medioambiental de las obras públicas

Como sobradamente es conocido, uno de los principales instrumentos diseñados por el legislador para promover la tutela del medio ambiente es el de la evaluación del impacto medioambiental, como técnica innovadora del Derecho americano que obliga a introducir dentro del procedimiento administrativo un trámite a través del cual es necesario e imprescindible realizar un estudio de la afectación que la obra que se proyecta puede tener en relación con el medio ambiente. Precisamente sobre esta cuestión se han producido muchas discusiones y se han mantenido posiciones distintas en relación con la Administración pública competente para realizar esa valoración o estudio del impacto medioambiental, y sobre todo en relación con las competencias entre el Estado y las comunidades autónomas cuando el proyecto a evaluar se patrocina por una u otra. Sobre esta cuestión nos limitaremos a dibujar algunas notas, al ser este problema objeto de una de las ponencias de este curso.

Nos interesa especialmente el supuesto referido a las infraestructuras públicas cuando éstas se impulsan por el Estado y la comunidad autónoma de turno, bien sea aquella sobre la que discurre o donde se va implantar el proyecto, bien aquella que simplemente se vea afectada por la infraestructura, plantea la necesidad de que el proyecto precise de la evaluación de impacto medioambiental por ella realizado. No resulta dificultoso concluir que en estos casos la evaluación de impacto medioambiental de las obras estatales le corresponde realizarla al propio Estado, ubicándola en el seno del procedimiento administrativo donde se aprueba el proyecto de obra. A nuestro juicio, así se desprende de forma evidente del artículo 5.1 de la Ley de evaluación del impacto medioambiental, aprobada por el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, precepto redactado por el artículo único uno de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, cuando determina que será el Ministerio de Medio Ambiente el órgano ambiental en los proyectos patrocinados por el Estado. Además, el artículo 1.3, apartado segundo, del ya citado Real decreto legislativo 1302/1986, legislación de carácter básico, debe interpretarse en el sentido de que la posibilidad autonómica de supeditar a su evaluación medioambiental las actividades del anexo II cuando se refiere "al ámbito de sus competencias" ha de interpretarse con relación a cuestiones sobre las que las comunidades autónomas tengan competencia material, lo que evidentemente deja fuera las infraestructuras patrocinadas en el ámbito de las competen-

cias propias del Estado. Existen posiciones doctrinales que sostienen conclusiones distintas en relación con la interpretación de esa cláusula de reserva sobre las competencias de las comunidades autónomas, entendiendo que la referencia lo es a las competencias autonómicas sobre la protección medioambiental adicional, lo que no parece tener mucho sentido, ya que todas las comunidades autónomas tienen esa competencia complementaria, careciendo por tanto de sentido que el artículo 1.3 del Real decreto legislativo 1302/1986 estableciera una excepción a la competencia estatal, que tendría alcance general. Además, no se debe olvidar que la evaluación de impacto ambiental es una actuación administrativa de carácter instrumental que se produce en el seno de un procedimiento administrativo que tramita la Administración que impulsa la obra, siendo la competencia procedimental de carácter netamente estatal, *ex* artículo 149.1.18, y por tanto las eventuales particularidades que haya de introducir la norma autonómica habrán de justificarse en "las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas".

Esta afirmación la realizamos a salvo la previsión contenida en el artículo 6.3 del Real decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, que establece la necesidad de evacuar una consulta en el procedimiento de evaluación del impacto medioambiental a la comunidad autónoma competente si se trata de un espacio protegido. No obstante, el propio apartado 4 de esta norma señala que:

"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, las administraciones públicas competentes tomarán cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. En su caso, las comunidades autónomas comunicarán al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación las medidas compensatorias que hayan adoptado y éste, a través del cauce correspondiente, informará a la Comisión Europea.

"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, otras razones imperiosas de interés público de primer orden. En este último caso, a través del cauce correspondiente."

El propio artículo 5.3 del Real decreto legislativo 1302/1986 prevé esa consulta con carácter preceptivo al órgano ambiental autonómico competente cuando se ubique en su territorio el proyecto.

4. Intervención autonómica en materia de espacios naturales

4.1. Consideraciones generales y competencias de las comunidades autónomas

Junto con la necesidad de esta evaluación del impacto medioambiental se plantea si es o no necesaria la intervención de la autoridad medioambiental a través de técnicas como la autorizatoria. En concreto, podemos plantearnos si es necesaria una autorización por parte de la Administración autonómica en obras patrocinadas por el Estado. De entrada, esta autorización autonómica deberá siempre considerar que el legislador estatal ha instaurado un sistema en el que cobra especial protagonismo la técnica evaluadora incardinada dentro de un procedimiento general de aprobación del proyecto de la obra. Además, todos los supuestos recogidos en los anexos I y II del Real decreto legislativo 1302/1986 son reconducibles a la previsión del artículo 6.3 del Real decreto 1997/1995, ya que este precepto tiene un ámbito de previsión superior a esos anexos, que vincula la evaluación del impacto al procedimiento de autorización sustantivo, según el artículo 3.1 del Real decreto legislativo.

No obstante lo anterior, que sin duda plantea cuestiones que van más allá del marco de este trabajo, y en el específico tema que nos ocupa, las particularidades de los espacios naturales introducen modulaciones a ese principio general, de forma tal que en estos espacios la competencia corresponde a las comunidades autónomas cuando éstos estén situados dentro de su ámbito territorial, competencia encuadrable en las de ejecución en materia de medio ambiente. En efecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 102/1995, señaló que la competencia sobre espacios naturales podría encuadrarse dentro del denominado concepto residual de medio ambiente. En todos estos casos son competencias sobre materias que no vienen recogidas en los artículos 148 y 149 de la Constitución, aunque sí en algunos estatutos de autonomía –por ejemplo Andalucía, Aragón, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana y Navarra–. La ya citada sentencia del Tribunal Constitucional, que precisamente tenía por objeto determinar la conformidad con la Constitución de la Ley 4/1989, conceptúa esta competencia sobre los espacios naturales como propia de las comunidades autónomas cuando el espacio se extienda por su territorio. El propio artículo 21 de la Ley 4/1989 también señala que la declaración y gestión de los parques, reservas natura-

les, monumentos naturales, paisajes protegidos y zonas de la Red Ecológica Europea Natura 2000 corresponderá a las comunidades autónomas en cuyo ámbito territorial se encuentren ubicados, sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo siguiente y de las competencias estatales, en especial en lo que respecta al marco territorial. Las comunidades autónomas con competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos, y con competencia para dictar normas adicionales de protección en materia de medio ambiente, podrán establecer, además de las figuras previstas en los artículos anteriores, otras diferentes regulando sus correspondientes medidas de protección.

Esta competencia autonómica sobre los espacios naturales tiene su cobertura en las competencias estatutariamente asumidas, unas veces con ese título de espacios naturales y otras con el de zonas de montaña, etc. Véase el fundamento jurídico tercero de la sentencia 102/1995, y en todo caso la previsión del artículo 148.9 de la Constitución.

También es necesario destacar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha mantenido esta competencia autonómica sobre los espacios naturales, al menos para su declaración y gestión –sentencia 102/1995–, incluso cuando éstos superan los límites territoriales de la misma para alcanzar otras comunidades, surgiendo una suerte de competencias sobre estos espacios naturales según su ubicación física, cuya coordinación el propio Tribunal Constitucional reconduce a fórmulas de cooperación interadministrativa. El remate de esta competencia compartida surge con los parques nacionales que se extienden sobre el territorio de más de una comunidad autónoma, siendo así que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 194/2004, de 10 de noviembre, ha señalado las competencias de cada comunidad sobre la parte de parque situada en su territorio.

La nueva regulación de los parques se contiene en la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, cuyo artículo 16 parte del principio de que la gestión y organización de los parques nacionales corresponde directamente a las comunidades autónomas en cuyos territorios estén situados. En los casos en que un parque nacional se extienda por el territorio de dos o más comunidades autónomas, al objeto de lograr los objetivos de la Red de Parques Nacionales, éstas establecerán de común acuerdo las fórmulas de colaboración necesarias para asegurar la aplicación del principio de gestión integrada.

Creemos necesario señalar en este momento lo que ya hemos manifestado en otros lugares y que comparte el grueso de la doctrina científica en relación con la eficacia práctica de las fórmulas de cooperación y colaboración administrativa desde un punto de vista estrictamente jurídico, para decir que más que un mecanismo legal, implican la necesaria voluntad de quien las actúa de que su puesta en práctica alcance los objetivos propuestos.

Tampoco la competencia autonómica sufre cuando el espacio natural tenga por objeto la salvaguarda de dominio público supeditado a la competencia estatal, lo que acontecería con la zona maritimo-terrestre, el mar territorial, etc., ya que como señala la ya varias veces citada sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, siguiendo en este extremo la constante doctrina de ese órgano constitucional en la materia, la titularidad del dominio público no lleva aparejada la asignación de un título competencial sobre el mismo.

4.2. La ordenación de los recursos naturales. La planificación ambiental

Así las cosas, a éstas corresponde el desarrollo de las políticas de protección de estos espacios, así como su declaración. Precisamente la normativa estatal, centrada en la Ley 4/1989, de carácter básico, conforma un conjunto de normas que regulan la protección de los recursos en estos espacios atribuyendo a la Administración competente la obligación de ejecutar esas políticas de protección. Estas conclusiones se extraen con facilidad de lo previsto en el artículo 4.3.c) de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la flora y de la fauna terrestres, cuando señala que los planes de ordenación de los recursos naturales, más conocidos como PORNA y que son el instrumento de planificación de la actividad del espacio protegido, tendrán como contenido mínimo la determinación de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger, con especificación de las distintas zonas en su caso. El propio apartado 2 de este artículo indica que como instrumento de esa planificación se configuran los planes de ordenación de los recursos naturales. Tampoco ha de olvidarse que en relación con cada espacio natural ha de existir un plan rector de uso y gestión que contendrá las normas de uso.[1]

1. Así se prevé, por ejemplo, en el artículo 6 de la Ley 2/1988, de 10 de junio, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, por la que se declara el Parque Natural de Somiedo.

En consecuencia, no es posible negar la necesidad de una actividad de policía por parte de los órganos de gestión de esos espacios naturales cuando se trata de desarrollar una actividad dentro de su ámbito de protección.

La planificación de los recursos naturales del espacio protegido se inserta dentro de la dinámica planificadora que muchas normas reguladoras del dominio público contienen. Permiten la ordenación razonable de la actividad afectada, de forma tal que suponen una autovinculación positiva de la Administración actuante, que tras superar los filtros necesarios deberá prever adecuadamente cómo va a desarrollar esa política de protección y cómo la va a conciliar con los usos que autoriza y con las necesidades de los hábitats de la zona. El artículo 4 de la Ley 4/1989 indica que con la finalidad de adecuar la gestión de los recursos naturales, y en especial de los espacios naturales y de las especies a proteger, a los principios inspiradores señalados en el artículo 2 de la Ley, las administraciones públicas competentes planificarán los recursos naturales.

Sin embargo, este principio de tutela de los recursos naturales y de la ordenación y racionalización de su aprovechamiento, partiendo del principio de su conservación y preservación, no descarta en todo su alcance su aprovechamiento, como hemos dicho, ni su necesaria compatibilización con un desarrollo sostenido. Así se señala en el texto constitucional, cuyo artículo 45 indica que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. También la Ley 4/1989 lo recuerda cuando se refiere, en el artículo 4.3, a que los planes de ordenación de los recursos naturales formularán los criterios orientadores de las políticas sectoriales y ordenadores de las actividades económicas y sociales, públicas y privadas, para que sean compatibles con las exigencias señaladas. Similar conclusión en orden a la viabilidad de aquellas actividades en estos espacios nos la pone también de manifiesto este precepto al señalar que los planes contendrán la determinación de las limitaciones generales y específicas que respecto de los usos y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los espacios y especies a proteger, con especificación de las distintas zonas en su caso. Y más directamente relacionado con la cuestión más atrás estudiada de la valoración del impacto de las actividades realizadas en los mismos, la Ley establece la necesidad de concretar aquellas actividades, obras o instalaciones públicas o privadas a las que deba aplicárseles el régimen de evaluación previsto en el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación del impacto ambiental.

4.3. La compatibilidad de usos

Como señalábamos al inicio de este trabajo, cualquier alteración de esa previsión contenida en los planes de ordenación de los recursos naturales deberá ser absolutamente respetuosa con la norma vigente, y por tanto con el principio de legalidad, de ahí que sea necesario coordinar una acción conjunta de la acción protectora con la que da cobertura a su aprovechamiento, conciliando los intereses en juego, y con un estricto respeto a aquel principio básico en una organización administrativa democrática. Esta conciliación es lo que se ha venido a llamar, como ya dijimos al principio de este trabajo, desarrollo sostenible, en aras de potenciar y alcanzar simultáneamente ambos objetivos constitucionalmente tutelados y que permite un desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

Partimos del principio de que los contenidos de los planes de ordenación de los recursos naturales tienen un evidente y lógico carácter obligatorio y vinculante. Así se determina con claridad en el artículo 5.2 de la Ley 4/1989, cuando señala que los planes de ordenación de los recursos naturales a que se refiere el artículo anterior serán obligatorios y ejecutivos en las materias reguladas por la presente Ley.

No obstante lo anterior y siguiendo los mecanismos habituales y tradicionales en el Derecho Urbanístico, la Ley diseña un sistema de adaptación de los planes de ordenación de los recursos naturales y del resto de los instrumentos de la planificación sectorial de forma tal que no deben existir contraposiciones entre las especificaciones de unos y otros que puedan poner en evidencia una falta de consideración del ya varias veces citado principio de legalidad en la actuación administrativa, y la solución, como no podía ser de otra manera, pasa por dar prioridad a las previsiones de una u otra previsión planificadora.

El ya citado artículo 5 de la Ley 4/1989, de protección de los espacios naturales y de la fauna y flora silvestres, reza del siguiente tenor:

"Los efectos de los planes de ordenación de los recursos naturales tendrán el alcance que establezcan sus propias normas de aprobación. Los planes de ordenación de los recursos naturales a que se refiere el artículo anterior serán obligatorios y ejecutivos en las materias reguladas por la presente Ley, constituyendo sus disposiciones un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, cuyas determinaciones no podrán alterar o modificar dichas disposiciones. Los instrumentos de ordenación territorial o física existentes que resulten contradictorios con los planes de ordenación de los recur-

sos naturales deberán adaptarse a éstos. Entre tanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los planes de ordenación de los recursos naturales se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre los instrumentos de ordenación territorial o física existentes. Asimismo, los citados planes tendrán carácter indicativo respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales y sus determinaciones se aplicarán subsidiariamente, sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior."

Como se aprecia con evidencia de una simple lectura del precepto, dos son las previsiones y soluciones que con respecto a una eventual contradicción entre normas planificadoras contiene la norma transcrita.

En primer lugar y con relación a una disparidad de criterio entre un instrumento de planificación territorio y urbanístico y un plan de ordenación de los recursos naturales, se dará clara prevalencia a este último, cuyas previsiones se impondrán a las del plan urbanístico.[2] Sin embargo, la solución recogida en la Ley cuando la contradicción lo es entre una norma de planificación de los recursos naturales y un instrumento de planificación sectorial es la contraria, dando prioridad a la previsión sectorial.

No debe olvidarse que esta previsión del artículo 5.2 de la Ley 4/1989 tiene una especial trascendencia, ya que ciertamente la regulación del suelo que se contenga en la planificación territorial puede incidir en la protección del medio. A este respecto, la porción de terreno físico ocupado por el espacio natural será normalmente suelo clasificado como suelo no urbanizable si nos atenemos al concepto reglado que de esta clase de suelo se contiene en el artículo 12 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, que anuda su caracterización como tales a que se den razones ambientales, paisajísticas, etc., o valores agropecuarios en los mismos que justifiquen aquella decisión. No obstante, nada impide que el suelo urbano integre estos espacios, como acontece con los núcleos urbanos en el artículo 4.3 de la Ley 16/1995, de declaración del Parque Nacional de los Picos de Europa.

La justificación de esta prevalencia podríamos entenderla en la necesidad de dotar de cierta eficacia a la actividad protectora, lo que sería inviable a través de fórmulas de coordinación. Precisamente, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 102/1995, justifica esta opción del legislador señalando que la doble función, vinculante e indicativa, según incidan en la materia medio ambiente o en otros sectores y su prevalencia respecto de la planificación territorial, son por su propia naturaleza aspectos esenciales y además imprescindibles para lograr la finalidad protectora que les viene asignada.

En todo caso, y como ya adelantábamos más atrás, esa necesaria consideración del principio de legalidad obliga a que la contradicción se resuelva modificando la norma que se entiende que debe ceder ante la previsión contraria.

En relación con el problema de la prevalencia de la norma medioambiental frente a la norma urbanística o de planificación del territorio, hemos de señalar que no serán pocas las ocasiones en las que el procedimiento de aprobación bifásico de los instrumentos de aquella planificación, con una intervención preceptiva de la comunidad autónoma, hará coincidir el órgano de tutela de la iniciativa local territorial con la Administración pública competente para la tutela medioambiental. Ello supondrá, por una parte, la obligada coordinación de esa actuación administrativa autonómica, y por otro lado el necesario respeto a las competencias de las entidades locales correspondientes y a su autonomía local constitucionalmente garantizada, donde existe un amplio cuerpo de doctrina jurisprudencial que analiza y resuelve con detalle muy distintos supuestos, algunos con un componente decisional en el que inciden claramente cuestiones medioambientales.

Por lo que respecta al contenido del apartado tercero de este artículo 5 de la Ley 4/1989, como ya señalábamos más atrás, sacrifica las previsiones de los planes de ordenación de los recursos naturales cuando no estamos ante elementos de planificación territorial. Sin embargo, esta afirmación tan pretenciosa a primera vista debe ser objeto de las debidas y necesarias observaciones.

En efecto, en primer lugar el precepto se refiere a un concepto más amplio que el de planificación territorial, incluyendo también a otras actuaciones y programas, lo que supone la introducción de varios conceptos jurídicos indeterminados que permiten calificar de flexible esta previsión. La obligatoriedad y ejecutividad que de los PORNA se predicaba en el artículo 5.2 respecto de la planificación territorial se sustituye ahora por su carácter meramente indicativo, con la consiguiente variación ya apuntada del vínculo de los PORNA según estemos ante otra clase de actuaciones.

2. Esta misma solución, absolutamente respetuosa con el principio de legalidad, es la que prevé el artículo 244 de la Ley del suelo de 1992, todavía vigente, cuando obliga a la modificación del planeamiento con el objeto de posibilitar usos y construcciones impulsadas por el Estado. Similares previsiones existen en las legislaciones autonómicas –por ejemplo, el artículo 17 del Decreto legislativo 1/2004, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen de ordenación del territorio y urbanismo del Principado de Asturias–, para el caso de que la promoción la realice la comunidad autónoma.

No obstante, se establece una aplicación subsidiaria de sus indicaciones en ausencia de regulación o de que aquélla sea incompleta, lo que parece lógico tratándose, siempre que ello sea posible, de dar la adecuada protección a esos espacios naturales. Sin duda, y como veremos a continuación, esta previsión de la Ley 4/1989 se encamina directamente a tratar de conciliar la actividad protectora con la necesidad de autorizar determinados usos, en aras de alcanzar un adecuado desarrollo sostenible. Ello se intenta a través de esta cláusula de salvaguarda de las competencias en esas otras materias. Digamos que esta lectura cobra, si acaso, una mayor dimensión si consideramos que como hemos visto más atrás las competencias sobre los espacios naturales se concentran fundamentalmente en manos de las comunidades autónomas, y por el contrario el impulso de grandes infraestructuras que chocan con esas competencias autonómicas corresponde en la mayoría de las ocasiones al Estado, aspecto éste que se presentaba con unos contornos no tan definidos en el momento de cobrar vida la Ley 4/1989.

Avala esta postura el que la propia disposición adicional tercera de la Ley 4/1989 señale que lo establecido en esa Ley se deba entender sin perjuicio de la aplicación directa de otras leyes estatales específicas reguladoras de determinados recursos naturales, respecto de las que la Ley 4/1989 se aplicará supletoriamente.

Esta supletoriedad ha sido calificada por el mismo Tribunal Constitucional de redundante –FJ 11 de la sentencia 102/1995–, toda vez que ha de entenderse de evidente aplicación aquella normativa que regule incluso aspectos relacionados con los espacios naturales no regulados en la Ley 4/1989. De ahí que existan normas de regulación pareja en otras normas sectoriales, tal como acontece con el artículo 43.2 del Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de aguas, que señala que podrán ser declarados de protección especial determinadas zonas, cuencas o tramos de cuencas, acuíferos o masas de agua por sus características naturales o interés ecológico, de acuerdo con la legislación ambiental y de protección de la naturaleza, y que los planes hidrológicos recogerán la clasificación de dichas zonas y las condiciones específicas para su protección. Queda fuera de ese desplazamiento de carácter supletorio la eventual aplicación de otras normas de contenido netamente ambiental que, lógicamente, no tendrán aplicación supletoria al mantener una concurrencia material con el PORNA y su cobertura en la Ley 4/1989, de carácter básico.

En consecuencia, el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 4/1989 reafirma este carácter indicativo de los PORNA cuando se trata de su eventual confrontación con actuaciones, planes y programas sectoriales, lo que acontecería con infraestructuras públicas impulsadas por el Estado en el ejercicio de sus potestades distintas a la estrictamente medioambiental, como podría ser carreteras, infraestructuras ferroviarias, hidrológicas o de otro tipo. Así por ejemplo, y en materia de carreteras, la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras, establece en su artículo 5, según la dicción dada a ese precepto por el precepto redactado por la disposición adicional 49 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que los planes y programas de carreteras del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales deberán coordinarse entre sí en cuanto se refiere a sus mutuas incidencias, para garantizar la unidad del sistema de comunicaciones y armonizar los intereses públicos afectados, utilizando al efecto los procedimientos legalmente establecidos. Por tanto, la planificación de infraestructuras de carreteras deberá prever y valorar su incidencia sobre todos los intereses públicos y, además, en el concreto aspecto ambiental el artículo 9 señala que los proyectos de autopistas y autovías que supongan un nuevo trazado, así como los de nuevas carreteras, deberán incluir la correspondiente evaluación de impacto ambiental, de acuerdo con la normativa aplicable a tal efecto. Pero una vez cumplidos los trámites y requisitos de esta legislación sectorial, los PORNA tendrán, con respecto a la planificación de carreteras, el efecto indicativo que ya hemos reiterado. En materia de infraestructuras ferroviarias, similares previsiones se desprenden de lo previsto en la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario. Su artículo 5 establece una detallada regulación de cómo debe llevarse a cabo la planificación ferroviaria y cómo han de valorarse todas las circunstancias concurrentes, especialmente las medioambientales.[3]

3. El precepto reza de siguiente tenor:

"Corresponde al Ministerio de Fomento, oídas las comunidades autónomas afectadas, la planificación de las infraestructuras ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés General y el establecimiento o la modificación de las líneas ferroviarias o de tramos de las mismas. Asimismo, se estará a las reglas que aquél determine respecto del establecimiento o la modificación de otros elementos que deban formar parte de la Red Ferroviaria de Interés General.

"2. Para el establecimiento o la modificación de una línea o tramo integrante de la Red Ferroviaria de Interés General, será precisa la aprobación, por el Ministerio de Fomento, de un estudio informativo, con arreglo a lo previsto en esta ley y a la normativa reglamentaria que la desarrolle.

"El estudio informativo comprende el análisis y la definición, en aspectos tanto geográficos como funcionales, de las opciones de trazado de una actuación determinada y, en su caso, de la selección de la alternativa más recomendable como solución propuesta. El estudio

Si acudimos a la planificación de infraestructuras hidrológicas, también obtenemos semejante conclusión de la lectura de los artículos 40, 41, 43, 44 ó 46 del Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de aguas. También del artículo 16 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres.

La conclusión de cuanto antecede parece bastante evidente, y es la prevalencia de la normativa sectorial sobre la propia de protección de los espacios naturales en caso de conflicto, pero siempre sobre la base de que aquellas actuaciones, programas o planes sectoriales sobre los que la norma medioambiental de los espacios naturales debe ceder, no implican de ninguna manera una ausencia total de protección de este aspecto medioambiental, que con carácter específico se debe valorar en virtud de lo establecido en toda esta normativa sectorial que acabamos de examinar y de la propia normativa medioambiental general, como acontece con la evaluación y ulterior declaración de impacto medioambiental.

Por tanto, debe quedar absolutamente claro que el carácter meramente indicativo de la planificación de los espacios naturales no supone necesariamente su inaplicación, tanto subsidiariamente como directamente si ello es posible y compatible con la actuación sectorial patrocinada por el Estado, y por supuesto también la aplicación directa de toda la normativa medioambiental de aplicación general, especialmente la de evaluación del impacto medioambiental.

5. Una cuestión práctica sobre la ubicación de infraestructuras en el dominio público maritimo-terrestre

Queremos ocuparnos a continuación de un problema que se ha planteado en recientes resoluciones judiciales y que afecta a la ubicación de infraestructuras públicas, en concreto obras de saneamiento, cuando éstas se sitúan en la zona de dominio público maritimo-terrestre afectando a espacios naturales. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2005 y a las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 21 de febrero y de 27 de julio de 2007. Se trata del proyecto general de saneamiento de las marismas de Santoña (Cantabria), patrocinado por la Confederación Hidrográfica del Norte.

En estas resoluciones se analiza la posibilidad de construir una obra general de saneamiento en la zona de las marismas de Santoña, que afecta a ocho municipios distintos y en donde algunas de las instalaciones de la obra general se han de construir en la zona maritimo-terrestre. El proyecto general de saneamiento de las marismas de Santoña es una actuación administrativa que planifica con carácter general lo que será el sistema de saneamiento que afecta a todas las zonas incluidas en el área de influencia de las marismas de Santoña. La generalidad de este proyecto hace que el mismo tenga que concretarse en otros particulares y específicos, y así podemos concluir que el proyecto general está desglosado en otros ocho proyectos concretos, el relativo al EDAR, emisario y seis colectores interceptores, afectando a los términos municipales de once ayuntamientos. Lo anterior supone que se trata de un proyecto de una gran envergadura que implica actividad constructiva de muy diferente naturaleza y amplitud.

La cuestión litigiosa en la sentencia del Tribunal Supremo se centra fundamentalmente en determinar si es posible la ubicación de instalaciones de este tipo, en el caso enjuiciado una estación depuradora, dentro de la ribera del mar, en la denominada zona

informativo incluirá el estudio de impacto ambiental de las opciones planteadas y constituirá el documento básico a efectos de la correspondiente evaluación ambiental prevista en la legislación ambiental.

"3. Para su tramitación, el Ministerio de Fomento deberá remitir el estudio informativo correspondiente a las comunidades autónomas y entidades locales afectadas, con objeto de que, durante el plazo de un mes, examinen si el trazado propuesto es el más adecuado para el interés general y para los intereses que representan. Transcurrido dicho plazo sin que dichas administraciones públicas informen al respecto, se entenderá que están conformes con la solución propuesta.

"En el caso de nuevas líneas ferroviarias, de tramos de las mismas o de otros elementos de la infraestructura ferroviaria, no incluidos en el planeamiento urbanístico vigente de los núcleos de población a los que afecten, en que se manifestara disconformidad, necesariamente motivada, el expediente será elevado al Consejo de Ministros que decidirá si procede ejecutar el proyecto y, en este caso, acordará la modificación o revisión del planeamiento afectado, que deberá acomodarse a las determinaciones del proyecto en el plazo de un año desde su aprobación.

"4. Con carácter simultáneo al trámite de informe a que se refiere el apartado anterior, el estudio informativo se someterá, en la forma prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, a un trámite de información pública durante un período de 30 días hábiles. las observaciones realizadas en este trámite deberán versar sobre la concepción global del trazado. La tramitación del expediente de información pública corresponde al Ministerio de Fomento.

"5. Una vez concluidos los plazos de audiencia e información pública, el Ministerio de Fomento remitirá el expediente completo, que incluirá el estudio informativo y el resultado de los trámites de audiencia e información pública, al Ministerio de Medio Ambiente a los efectos previstos en la legislación ambiental.

"6. Completada la tramitación prevista en el apartado anterior, corresponderá al Ministerio de Fomento el acto formal de aprobación del estudio informativo que determinará la inclusión de la línea o tramo de la red a que éste se refiera, en la Red Ferroviaria de Interés General, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.2.

"Con ocasión de las revisiones de los instrumentos de planeamiento urbanístico, o en los casos que se apruebe un tipo de instrumento distinto al anteriormente vigente, se incluirán las nuevas líneas ferroviarias o tramos de las mismas contenidos en los estudios informativos aprobados con anterioridad."

intermareal que se inunda de forma periódica con las mareas, so pena de vulnerar el artículo 44.6 de la Ley de costas, conforme al cual las instalaciones de tratamiento de aguas residuales se emplazarán fuera de la ribera del mar y de los primeros veinte metros de la zona de servidumbre de protección. Según este artículo, no se autorizará la instalación de colectores paralelos a la costa dentro de la ribera del mar, y en los primeros veinte metros fuera de la ribera del mar se prohibirán los colectores paralelos.

Comenzaremos refiriéndonos a las consideraciones que a este respecto se contienen en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2005, donde además existe un interesante voto particular que, aunque no disidente del fallo, sí que lo hace de la fundamentación jurídica.

En relación con el problema de la conculcación del artículo 44.6 de la Ley de costas, la sentencia entiende que no se vulnera este precepto, y ello porque el artículo 47.1[4] de la Ley de costas permite la utilización del dominio público para determinadas actividades de interés público, siempre que se den las circunstancias del artículo 32.1.[5] Así las cosas, las "reservas" de utilización de determinadas pertenencias del dominio público maritimo-terrestre se regulan en el título que la Ley de costas dedica a la "Utilización del dominio público maritimo-terrestre", pero en un capítulo separado de aquél que, dentro de ese título, se ocupa de las determinaciones o reglas relativas a los "Proyectos y obras", siendo en éste en el que se incluye el citado artículo 44. A juicio de la sentencia, hay en la sistemática de dicha Ley una clara separación entre los preceptos que disciplinan una y otra cosa, obras y reservas, de forma tal que las limitaciones a las reservas no han de ser las del artículo 44.6, que no afecta a las reservas que se regulan en otro capítulo.

Además, el primero de los preceptos dedicados a la regulación de las "reservas" –artículo 47– acentúa la separación al remitirse, sólo, al artículo 32 de la Ley de costas cuando indica las circunstancias que han de concurrir –en lo que ahora importa– para que la reserva sea lícita.

Por su parte, el artículo 47.2, al referirse a los estudios e investigaciones, obras, instalaciones o servicios cuya realización es el objeto de la "reserva", nada excluye, de suerte que cualquiera que sea el contenido del estudio o investigación, el destino de la obra o instalación, o el servicio a prestar, cabe dentro de la previsión legal si se cumplen los requisitos exigidos de que concurran las circunstancias prevenidas en el artículo 32 de la Ley y de que la causa de la reserva sea el cumplimiento de fines de la competencia de la Administración del Estado. Hay, en este sentido, otra razón que rompe la interrelación que se pretende, consistente en que la norma reguladora de la "reserva" no se fija en el destino de la obra o instalación, sino en que su realización sea necesaria para el cumplimiento del fin que justifica la reserva.

Y, finalmente, porque si es necesaria la ubicación en la pertenencia del demanio que la Administración del Estado se reserva y si es necesario realizar el estudio, investigación, obra, instalación o servicio para el cumplimiento de un fin de su competencia, es lógico que este cumplimiento del fin primero, excluyendo cualquier obstáculo distinto de aquel o aquellos que singular y específicamente la propia norma ha decidido atender o poner, que no son otros que los derivados de la exigencia de que "concurran las circunstancias prevenidas en el artículo 32 de esta Ley".

El voto particular no está de acuerdo con esta interpretación, y de ahí que entienda que este motivo debería haber sido la causa de estimación del recurso. Para este voto particular, existe una correlación entre los preceptos citados, y a su juicio, la regulación de los proyectos y obras se refiere tanto a proyectos patrocinados por una administración pública, artículos 45.1 o 42.4, como por un particular, y por tanto son también aplicables a las obras impulsadas por las administraciones las restricciones del artículo 44.6, aun estando ubicado en el capítulo regulador de los proyectos y obras. Entiende además que las reservas reguladas en el artículo 47 de la Ley impiden que se despliegue el uso normal del demanio público y esa limitación general justifica la remisión a las condiciones generales que regula el artículo 32, a saber, que se justifique que no haya ubicación alternativa, pero no impide que se establezcan otros límites, los del 44.6, que se impone con carácter imperativo. Añade que las limitaciones del artículo 32 se imponen con carácter general, cualquiera que sea el uso que se va a realizar para tratar así de desterrar cualquier interpretación que asuma la clásica concepción doctrinal según la cual el fundamento jurídico de la facultad de reserva estriba en la titularidad dominical que corresponde a la Administración sobre los bienes de dominio público; "una concepción que configura esa facul-

4. La Administración del Estado podrá reservarse la utilización total o parcial de determinadas pertenencias del dominio público maritimo-terrestre exclusivamente para el cumplimiento de fines de su competencia, siempre que concurran las circunstancias prevenidas en el artículo 32 de esta Ley.

4. Únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público maritimo-terrestre para aquellas actividades

tad como una de las facultades jurídicas del derecho de propiedad; como una manifestación más del poder de goce que es inherente a ese derecho. Lo que se ha querido con esa remisión es advertir que ello no es así; que también para ese impropio titular dominical rigen las disposiciones generales que consagran que la utilización del dominio público maritimo-terrestre y, en todo caso, del mar y su ribera será libre, pública y gratuita para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquél (artículo 31.1), y que advierten que únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público maritimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación (artículo 32.1)."

Para este voto la "reserva" es, junto con la adscripción, la autorización y la concesión, uno de los cuatro títulos en los que cabe amparar los usos que tengan especiales circunstancias de intensidad, peligrosidad o rentabilidad y los que requieran la ejecución de obras e instalaciones pero el que ampare lo ha de ser con sujeción a lo previsto en esta Ley, en otras especiales, en su caso, y en las normas generales o específicas correspondientes. Lo previsto en esta Ley es, por supuesto, lo que se dispone en el capítulo precisamente dedicado a los "Proyectos y obras".

Se aborda por la sentencia el problema del emplazamiento de la obra y de la posibilidad de que existan emplazamientos alternativos. En esta ocasión, la sentencia entiende que los artículos 32.1 de la Ley de costas y 60 del Reglamento citado y aquellos otros de la Ley y del Reglamento que consagran como regla la del uso público del dominio público maritimo-terrestre –los artículos 2.b) y 20 de la Ley, antes citado y el 27, o el 28, o el 31, etc., etc.– no ofrecen duda en relación con que sobre la Administración del Estado pesa –cuando decide reservarse la utilización de determinadas pertenencias del dominio público– el deber de justificar que razonablemente no existía otro lugar, ajeno al demanio, que fuera apto para el cumplimiento del fin que es causa de la reserva. Además entiende que la presunción de legalidad de los actos administrativos no excusa a la Administración del Estado de ofrecer esa justificación cuando la misma es negada en el proceso. Después de un pormenorizado examen de lo actuado, concluye que no se justifica la elección del emplazamiento. Sin embargo, la sentencia de Asturias de 27 de julio de 2007, partiendo de la asunción de la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo, llega a una conclusión distinta. Es evidente que se trata de una cuestión de carácter netamente fáctico, y por tanto dependerá de la prueba que se practique.

Nota bibliográfica

Bermúdez Sánchez, Javier. *Obra pública y medio ambiente*. Marcial Pons, Madrid, 2002.

Chamorro González, Jesús María. "Las comunidades autónomas y la protección de los espacios naturales: La planificación de los espacios naturales". *Revista Jurídica de Asturias,* 19, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1995, p. 45 y ss.

Chamorro González, Jesús María. "La declaración de espacios naturales y la sentencia del Tribunal Constitucional 163/1995, de 8 de noviembre". *Revista Andaluza de Administración Pública,* 27, Universidad de Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1996, p. 173 y ss.

Chamorro González, Jesús María. "Infraestructuras públicas y espacios naturales", en *Infraestructuras públicas y desarrollo sostenible*. *Estudios de Derecho Judicial* (varios autores). CGPJ y Junta de Andalucía, Madrid, 2005, p. 129 y ss.

García Ureta, Agustín. "Espacios naturales protegidos". En *Cuestiones jurídicas en la Ley 4/1989, de 27 de marzo,* IVAP, Vitoria, 1999.

Jiménez Jaén, Adolfo. El régimen jurídico de los espacios naturales. McGraw- Hill, Madrid, 2000.

López Ramón, Fernando. "La evaluación medioambiental en los proyectos del Estado". RAP, 160, Madrid, 2003.

Requero Ibáñez, José Luis. "Obra pública, medio ambiente y proceso contencioso administrativo". *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente,* 169, Madrid, 1999.

VVAA. *El reparto competencial en materia de medioambiente. Control medioambiental de la Administración pública*. Estudios de Derecho Judicial-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005. ■

ESTUDIOS

2. Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006. Valoración general*

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

1. Introducción: política y Derecho Ambiental.
2. Los compromisos internacionales ambientales: evolución general, posición estatal, jurisprudencia internacional.
3. La política ambiental de la Unión Europea: origen y desarrollo, incidencia, jurisprudencia comunitaria.
4. Las políticas ambientales comparadas: Reino Unido, Italia y Francia.
5. El papel del Estado en materia de medio ambiente: legislación básica, jurisprudencia constitucional, regulación civil y penal.
6. La legislación autonómica ambiental: leyes generales, espacios naturales protegidos, calidad del agua, residuos, tributos ambientales.
7. Las tendencias organizativas autonómicas en materia de medio ambiente: agencias, departamentos y privatizaciones.
8. La ejecución de las políticas ambientales autonómicas: estrategias, financiación, planificación, gestión y evaluación.
9. La jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo y de los tribunales superiores de justicia.
10. Los problemas ambientales: conflictos institucionales, reivindicaciones sociales y desastres ecológicos.

* El Observatorio de Políticas Ambientales es un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Medio Ambiente y apoyado organizativamente por la Fundación Ecología y Desarrollo, de cuyo grupo de trabajo forman parte cuarenta profesores pertenecientes a veinticinco universidades españolas. Su objeto es la realización de análisis periódicos sobre las políticas ambientales practicadas por las comunidades autónomas en su contexto internacional, comunitario, europeo, estatal y comparado. El texto que se reproduce aquí se corresponde con la "Valoración general" incluida en el primer volumen de la serie, titulado *Obseratorio de Políticas Ambientales 1978-2006* (Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006, 919 p.).

1. Introducción: política y Derecho Ambiental

El objeto de este trabajo es llevar a cabo una valoración general de las políticas ambientales desarrolladas en el territorio español desde 1978 hasta la actualidad. La elección de la fecha inicial viene determinada por la aprobación de la Constitución, que se vincula al objetivo del desarrollo sostenible, según cabe deducir de las tres grandes cláusulas del artículo 45: el derecho de todos a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad, la correspondiente función de garantía de los poderes públicos y el establecimiento de responsabilidades penales, administrativas y civiles. Desde ese punto de partida, son muchos y variados los elementos que se han incorporado a las diferentes políticas ambientales o que han ido definiendo sus contenidos, según iremos exponiendo sucesivamente: los compromisos internacionales, la política ambiental europea, la legislación básica del Estado, la legislación autonómica complementaria y adicional, las estructuras públicas especializadas en la protección del medio ambiente, los variados mecanismos ejecutivos, especialmente los de tipo planificador y financiero, así como la incidencia de la jurisprudencia en la materia de los diferentes tribunales y de los problemas ambientales planteados, cuya atención debe conducir a la generación de respuestas adecuadas en las mismas políticas públicas.

Las políticas ambientales son políticas públicas forjadas y aplicadas a lo largo de ese período. Antes, sólo podía hablarse de algunas políticas proteccionistas parciales, como la relacionada con los parques nacionales, que se introdujo en el año 1916 con arreglo a criterios predominantemente estéticos. En la actualidad, contamos con unas verdaderas políticas ambientales, siendo las de carácter más general las practicadas por las comunidades autónomas, donde confluyen elementos de origen internacional, comunitario-europeo y estatal y desde donde se coordinan las políticas ambientales de las administraciones locales. El esfuerzo realizado a tal fin ha sido verdaderamente importante, aun contando con la necesidad de impulsos y ejemplos exteriores, que son los que han servido en buena medida para configurar los objetivos e incluso los medios de los poderes públicos españoles. En todo caso, la constatación de los avances realizados no debiera tomarse como meditación autocomplaciente, pues los indicadores reflejan alarmantemente lo mucho que aún queda por hacer.

La puesta en práctica de las políticas ambientales ha permitido el desarrollo de los correspondientes ámbitos de conocimiento, entre los que ha alcanzado singular importancia el Derecho Ambiental. Desde los pioneros estudios del profesor Martín Mateo, la elaboración de diversas tesis doctorales atendiendo a los diferentes desarrollos de la política de medio ambiente permite contar hoy con un rico conjunto de grupos de investigación dedicados al Derecho Ambiental. Existen diversos manuales y tratados regularmente puestos al día, revistas científicas y profesionales especializadas, que puntualmente informan de las novedades y suscitan debates, congresos científicos donde se intercambian los distintos criterios, etc. La consecuencia lógica de la formación de esa comunidad científica habría de ser el reconocimiento de un área de conocimiento especializada, que atendiera establemente las necesidades de investigación y de enseñanza de la materia.

La doctrina jurídico-ambiental española muestra singulares vinculaciones con los compromisos constitucionales en la materia. Así se pone de relieve al constatar que las interpretaciones del artículo 45 de la Constitución producidas a lo largo del tiempo tienden a una continua ampliación de su significado. En un primer momento, se destacó el valor normativo del precepto, incluido entre los principios rectores de la política social y económica. De ahí, se ha pasado a un intenso trabajo doctrinal, al igual que en otras experiencias comparadas, tratando de deducir más consecuencias en la línea de configurar derechos colectivos y subjetivos al medio ambiente y llegándose incluso a relacionar la protección constitucional del medio ambiente con la misma caracterización del Estado, conforme a la fórmula del Estado ecológico de derecho. Todo lo cual no significa que podamos proclamarnos como un Estado plenamente concienciado con la necesidad de la protección del medio ambiente, sino más sencillamente que existen dentro de él ámbitos de poder, foros de pensamiento y líneas de acción que procuran situar la consecución de tales objetivos en posición prioritaria.

2. Los compromisos internacionales ambientales: evolución general, posición estatal, jurisprudencia internacional

En la génesis y consolidación de las políticas ambientales, corresponde un relevante papel al Derecho Internacional, en cuyo seno se ha consolidado la idea de que el medio ambiente constituye un patrimonio o una tarea común de la humanidad. Las tres grandes conferencias mundiales sobre medio ambiente (Estocolmo, 1972; Río, 1992; Johannesburgo, 2002), a pesar de la falta de carácter vinculante de los documentos aprobados en las mismas, han servido para potenciar la implantación y el desarrollo de las políticas ambientales en todo el planeta. Al mismo tiempo,

han proporcionado cobertura para la suscripción de un relevante conjunto de tratados internacionales multilaterales característicos del moderno Derecho Ambiental. En ellos se definen estándares mundiales de protección de diferentes recursos naturales, previéndose diversos mecanismos tendentes a asegurar la ejecución por los estados de los correspondientes compromisos.

Los logros alcanzados empiezan a ser significativos, aunque destacan poderosamente las lagunas en determinados sectores. Así, conocido es el fracaso de los intentos de comprometer a Estados Unidos y otros países avanzados en la limitación de emisiones de anhídrido carbónico, tal como se establece en el Protocolo de Kioto (1997), cuya parcial entrada en vigor se demoró hasta el año 2005, asumiéndose los primeros compromisos de reducción de emisiones por los estados para el período 2008-2012. También resulta notable la decepción derivada de la ausencia de un instrumento general de vocación mundial para la protección de los bosques, a pesar del importante proceso de renovación que ha experimentado el Derecho Forestal desde la Conferencia de Río (1992), donde se difundió la conciencia sobre la necesidad de emprender acciones eficaces contra la deforestación.

En todo caso, cabe constatar que, en la actualidad, los compromisos internacionales ambientales asumen una posición predominante en los estados democráticos. Los tratados internacionales constituyen un elemento imprescindible en la exposición de las fuentes de los diferentes sectores ambientales. Se ha cumplido, así, un importante proceso de incorporación del Derecho Internacional Ambiental a las políticas ambientales estatales, incluyendo en esta expresión tanto las procedentes de los propios estados como las establecidas por otros entes territoriales.

El Reino de España ha asumido una actitud más bien pasiva, aunque nunca abiertamente hostil, en los procesos de generación y aplicación de los tratados internacionales en materia de medio ambiente. Algunos elementos sirven para poner de relieve esa tibieza. Por una parte, cabe citar la escasa utilización del territorio español como sede de celebración de tratados ambientales, pues tan apenas pueden citarse ejemplos como el Convenio de Barcelona para la Protección del Mediterráneo contra la Contaminación (1976) y el Protocolo de Madrid para la Protección Global del Medio Ambiente Antártico (1991). Por otra parte, cabe recordar la notable demora en la ratificación de algunos tratados ambientales: veintitrés años en el caso del Tratado del Antártico (Washington, 1959) y siete en el del sucesivo Protocolo (Madrid, 1991), once para el Convenio sobre Humedales de Importancia Internacional (Ramsar, 1971), once también para la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Berna, 1975), seis en el supuesto del Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres (Bonn, 1979), quince en la Convención sobre el Derecho del Mar (Naciones Unidas, 1982) o nueve en relación con el Acuerdo de Conservación y Ordenación de Ciertas Poblaciones de Peces (Nueva York, 1995). Como supuesto sorprendente, cabe citar el Convenio Europeo del Paisaje (Florencia, 2000), cuya falta de ratificación por España contrasta con la asunción legislativa de sus contenidos en la Comunidad Valenciana (2004) y en Cataluña (2005).

No obstante, conviene destacar la existencia de supuestos de rápida ratificación por España de tratados ambientales, de manera que los convenios sobre biodiversidad (Río, 1992) o desertificación (París, 1994), fueron ambos ratificados en el mismo año de su entrada en vigor (1993 y 1996, respectivamente). Asimismo, en los últimos tiempos, el creciente protagonismo internacional de la Comunidad Europea hace que los estados miembros vayan siguiendo su estela, como puede comprobarse en el caso del Convenio sobre Derechos de Participación en Materia Ambiental (Aarhus, 1998), ratificado casi simultáneamente por la Comunidad Europea y España en 2005.

En el proceso de ejecución estatal de las obligaciones internacionales convencionales, cabe destacar la inclusión de espacios españoles en diversos listados de lugares protegidos. Así, se han incorporado más de cincuenta espacios a la Lista de Humedales de Importancia Internacional prevista en el Convenio de Ramsar (1971), objeto además de un plan estratégico estatal para su conservación y uso; casi cuarenta bienes figuran en la Lista del Patrimonio Mundial que prevé la Convención de París (1972); y nueve de las catorce zonas especialmente protegidas de importancia para el Mediterráneo, previstas en uno de los protocolos del Convenio de Barcelona (1976), han sido aportadas por España.

Por último, en la línea de afirmación de las políticas ambientales españolas, ha de destacarse la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, singularmente a través del caso López Ostra (sentencia de 9 de diciembre de 1994), que supuso la confirmación efectiva del principio que permite vincular la protección del medio ambiente al contenido de los derechos fundamentales. Concretamente, se estimó que la invasión de una vivienda por olores, ruidos y humos persistentes durante años, sin que las autoridades adoptasen medidas efectivas para la erradicación de los mismos, había supuesto la violación del derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La espectacularidad de tal argumentación ha determinado una

amplia acogida de la misma en la doctrina y en la jurisprudencia españolas.

Buen ejemplo de ello viene dado por la sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo, cuya argumentación admite la incidencia del ruido sobre los derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la inviolabilidad del domicilio, de manera que cuando la lesión o menoscabo provenga de los poderes públicos, cabrá la vía de defensa del recurso de amparo. En el caso concreto, sin embargo, el Tribunal Constitucional no consideró probada suficientemente la relación entre el ruido y el daño alegado por el recurrente, cuestión que finalmente ha sido valorada de manera diversa por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha estimado suficientemente probada la lesión del derecho humano a la intimidad domiciliaria por la evidencia de la pasividad municipal ante el ruido nocturno (caso Moreno Gómez, sentencia de 16 de noviembre de 2004).

3. La política ambiental de la Unión Europea: origen y desarrollo, incidencia, jurisprudencia comunitaria

Como es sabido, desde 1971, la Comisión, pese al silencio de los tratados constitutivos, venía manteniendo la necesidad de llevar a cabo una política ambiental comunitaria a fin de evitar distorsiones en el mercado común. Nada menos que tres programas de acción ambiental antes de 1986, además de un centenar de directivas en la materia, fueron aprobados de acuerdo con esos fundamentos. La incidencia de este cuerpo normativo en el Derecho español fue muy importante, ya desde el comienzo, aunque no mereciera especial atención ni en las negociaciones previas ni en el Acta de Adhesión. Así, en el momento de la adhesión de España, hubo que hacer frente a imperiosas reformas normativas: la relativa al régimen de las aguas se adelantó incluso en el tiempo, con la aprobación de la Ley de aguas de 1985, que modificó los viejos planteamientos relativos a la autorización de vertidos, la protección de las aguas subterráneas, el canon de vertido o las exigencias de depuración; en el mismo año 1986, se produjeron importantes novedades en relación con el régimen de protección del aire (nuevos reglamentos de la Ley de 1972) y los residuos (Ley de residuos tóxicos y peligrosos); pero, sobre todo, cabe destacar la aprobación del Decreto legislativo de evaluación de impacto ambiental (1986), que reguló una institución llamada a ocupar un papel central en la materia.

Lo anterior no era sino el inicio de una política que había de experimentar gran expansión en los años siguientes. Precisamente el ingreso de España en las Comunidades Europeas coincidió con la inclusión del capítulo relativo a la política ambiental en el Tratado CEE, conforme a lo previsto en el Acta Única (1986). Desde entonces, los procesos de adaptación del Derecho Ambiental español a las exigencias comunitarias son constantes, hasta el punto de que la política ambiental de la Unión Europea proporciona el primer marco normativo en la materia. Un sólido conjunto jurídico que ha introducido aire fresco en las anquilosadas posturas sobre el medio ambiente de nuestro Derecho tradicional, obligando a actuar a las administraciones públicas españolas en términos más efectivos. Bajo los sucesivos programas de acción ambiental, ha habido que ir aprobando una amplia normativa, que afecta a los más variados sectores ambientales. En relación con los mecanismos generales de tutela ambiental, cabe destacar la regulación del derecho de acceso a la información en la materia (1995), la normativa de aplicación de la etiqueta ecológica (1994), el sistema de gestión y auditoría ambientales (1996) o la importante reforma de la evaluación de impacto ambiental (2001). La defensa de la calidad del agua ha impuesto la regulación de los vertidos de tierra al mar (1989) y de las aguas residuales urbanas (1995). En relación con las diversas contaminaciones, pueden citarse la nueva Ley de residuos (1998), el régimen de prevención de accidentes graves por sustancias peligrosas (1999), la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (2002) y la Ley del ruido (2003). La protección de espacios naturales, insuficientemente adecuada a la normativa comunitaria en la Ley de conservación (1989), ha determinado la reciente reforma establecida en la Ley de montes (2003), a fin de facilitar la puesta en marcha de la red ecológica de zonas de especial conservación Natura 2000. La enumeración, que no pretende ser exhaustiva, basta para comprender el profundo significado de la política ambiental comunitaria en la configuración y alcance de los derechos y deberes ambientales del ordenamiento jurídico español.

Conviene, no obstante, resaltar también que en el cumplimiento de las exigencias comunitarias en esta materia no siempre han puesto las autoridades nacionales todo el celo que hubiera sido necesario. Vienen siendo habituales los retrasos españoles en la incorporación del Derecho comunitario ambiental. En la actualidad, se encuentran pendientes de aprobación cuestiones de tanta trascendencia como la reforma del derecho de acceso a la información ambiental (Directiva 2003/4) o la responsabilidad ambiental (Directiva 2004/35).

Igualmente, en diversas ocasiones, el Reino de España ha merecido condenas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por incumplimiento de las obligaciones ambientales comunitarias. Como caso especialmente notable, cabe citar el relativo a la Directiva de aves silvestres (Directiva 79/409), que

impone a los estados la conservación de determinados hábitats, especialmente zonas húmedas, constituyendo zonas de especial protección de las aves, que han de gestionarse conforme a imperativos ecológicos y formar una "red coherente". En general, entre los estados prevaleció el criterio que consideraba discrecional la identificación de las zonas afectadas. Tal criterio fue descalificado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 2 de agosto de 1993, relativa al caso de los Marismas de Santoña, donde se identificó el deber de los estados miembros de proteger los espacios que reunieran las características establecidas en la Directiva, debiendo ordenar a tal fin medidas efectivas de conservación de los mismos y no pudiendo hacer cesar los efectos de la declaración protectora sino por la concurrencia de intereses generales de carácter excepcional. Esos planteamientos jurisprudenciales pueden dar idea de los efectos que derivan de la denominada Red Ecológica Europea Natura 2000, integrada por las zonas de especial conservación que regula la Directiva de hábitats (Directiva 92/43).

Nuestro país fue el segundo Estado miembro condenado a pagar una multa coercitiva, por incumplimiento de la Directiva 76/160, sobre calidad de las aguas de baño interiores, de conformidad con la posibilidad introducida en el Tratado de Maastricht (sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 25 de noviembre de 2003). No obstante, en 2005 la Comisión ha decidido no cobrar la multa, al entender que se había mejorado el cumplimiento de la citada normativa de calidad del agua.

En general, cabe advertir una falta de conexión de nuestras instituciones con la normativa comunitaria en materia de medio ambiente. Los órganos administrativos sólo de manera incompleta suelen adaptarse a sus exigencias, a pesar de que, en muchas ocasiones, se imponen claras obligaciones de resultado.

Igualmente se constata en la judicatura un gran alejamiento del Derecho comunitario, siendo significativa la falta de planteamiento de cuestiones prejudiciales al tribunal de Luxemburgo en relación con cuestiones ambientales, a pesar de la complejidad que presentan algunas normas comunitarias en la materia. A veces, parece olvidarse la obligación de aplicar esa normativa, incluso si no ha sido invocada por las partes, o que las sentencias que declaran el incumplimiento estatal del Derecho comunitario tienen efectos *ex tunc*, es decir, desde la fecha en la que la norma debía haber sido aplicada.

4. Las políticas ambientales comparadas: Reino Unido, Italia y Francia

El origen reciente de las políticas ambientales en los diferentes países y su fuerte vinculación a tratados internacionales multilaterales explican la importancia que en su formación y evolución ha tenido el Derecho Comparado. En relación con el medio ambiente, los estados se han visto precisados de intercambiar información, a fin de asegurar la ejecución de compromisos internacionales comunes o dar solución a problemas similares. En todos los elementos de las políticas ambientales se observan significativas tendencias comunes, desde la legislación hasta la organización, la planificación, la programación y la ejecución. De ahí la conveniencia de considerar expresamente algunas políticas comparadas relevantes del ámbito europeo.

El desarrollo de la política ambiental en el Reino Unido, inicialmente ligado a la influencia de las conferencias internacionales en la materia, se vincula especialmente en la actualidad a la política ambiental de la Unión Europea. Dato éste que conviene destacar, ya que el elevado nivel de cumplimiento de las obligaciones comunitarias observable en la experiencia británica coincide con su tradicional crítica a la invasión normativa procedente del Derecho Comunitario Europeo. En todo caso, las medidas más importantes se adoptan a partir de 1990, cuando se presentan los primeros informes generales en la materia, se aprueba la Ley de protección ambiental y se constituye la Agencia de Medio Ambiente. Elementos particularmente destacados en esta experiencia pueden ser las medidas de lucha contra la contaminación y, dentro de la misma, las acciones relativas al cambio climático, la importancia concedida a los acuerdos voluntarios para la adopción de nuevos requisitos de protección ambiental, la participación pública ligada a una fuerte tendencia al asociacionismo, las políticas ambientales municipales expresadas en las denominadas "agendas 21 locales" y la actuación de los comités de expertos, que proporcionan opiniones fundadas sobre los problemas ambientales.

En Italia, la política ambiental parece caracterizarse por el permanente contraste entre los planteamientos legislativos y su ejecución. Es uno de los estados europeos que cuenta con un mayor nivel de activismo asociativo en defensa del medio ambiente y que, al mismo tiempo, acumula mayor número de denuncias por infracción de las obligaciones ambientales comunitarias. Entre las peculiaridades de este país, cabe poner de relieve la distinción entre los conceptos de paisaje y medio ambiente, objeto de diferentes tratamientos normativos y organizativos, cuya diferenciación inicial respondía al predominio de criterios estéticos en la protección paisajística frente al fundamento higienista de las primeras normas ambientales. Desde 1977, las regiones han desarrollado complejas políticas ambientales, particularmente activas en materia de protec-

ción de espacios naturales. En el plano estatal, cabe destacar últimamente la creación del impuesto ecológico sobre el consumo de hidrocarburos fósiles (1999) y la aprobación de la Estrategia para el Desarrollo Sostenible, que pretende integrar la tutela ambiental en las políticas económicas y sectoriales (2002). En todo caso, la formación de una espesa fronda normativa, procedente de los diversos niveles de poder público, ha llevado a la aprobación de textos únicos de los diversos sectores ambientales (2004), con la finalidad de formar un Código del Medio Ambiente que incorpore la legislación comunitaria y sistematice las disposiciones vigentes, ordenando las diferentes autorizaciones ambientales y la disciplina general de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental.

Francia ha pretendido colocar entre sus prioridades políticas la protección del medio ambiente. En tal sentido, cabe recordar la temprana creación del Ministerio de Protección de la Naturaleza y el Medio Ambiente (1971), constituido con la finalidad de coordinar las competencias con relevancia ambiental de los restantes ministerios, y la aprobación de una ley general en la materia que incorporó el procedimiento de los estudios de impacto ambiental (1976). De esta manera, ha sido uno de los primeros estados que considera la protección del medio ambiente como un interés público equiparable al desarrollo económico y social, adoptando una activa política internacional de sostenimiento de tales valores. Esta línea conceptual parece nutrir la Ley de orientación sobre ordenamiento y desarrollo sostenible del territorio (1999), el Código del Medio Ambiente (2000-2003) y la reciente reforma constitucional llevada a cabo con la finalidad de aprobar la Carta del Medio Ambiente (2005).

5. El papel del Estado en materia de medio ambiente: legislación básica, jurisprudencia constitucional, regulación civil y penal

El Derecho Ambiental en España se ha formado a lo largo de la época considerada. Todavía permanecen en vigor algunas normas anteriores, como el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (1961) o la Ley de protección del medio ambiente atmosférico (1972), que proporcionan mecanismos elementales para la defensa de la calidad del medio ambiente. Pero la mayor parte de la legislación ambiental es de moderna elaboración.

El alcance de esa reciente legislación ambiental del Estado viene determinado por sus competencias en la materia, que se limitan a la "legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección" (Constitución: artículo 149.1.23). En realidad, hasta que no se produjo la igualación competencial en esta materia de todas las comunidades autónomas (Ley orgánica 9/1992), el Estado dispuso de una competencia legislativa plena, salvo en relación con las denominadas comunidades autónomas de primer grado, dado que las de segundo grado únicamente tenían garantizadas competencias de "gestión en materia de protección del medio ambiente" (Constitución: artículo 148.1.9).

En todo caso, la definición del papel del Estado en materia ambiental ha requerido de la laboriosa tarea de depuración conceptual llevada a cabo por la jurisprudencia constitucional. Destacan los casos relativos a la Ley de aguas (STC 227/1988), Ley de costas (STC 149/1991), zonas de atmósfera contaminada (STC 329/1993), Ley de conservación de espacios naturales (STC 102/1995), evaluación de impacto ambiental (STC 13/1998) y parques nacionales (STC 194/2004 y 101/2005).

El Tribunal Constitucional ha podido diferenciar la legislación propiamente ambiental de la legislación relativa a otros sectores de la intervención pública que presentan alguna relevancia ambiental. En tal sentido, puede considerarse asumido en nuestro ordenamiento el mismo principio fundamental que figura en el Tratado de la Comunidad Europea (artículo 6), conforme al cual la protección del medio ambiente es un objetivo que afecta transversalmente a las restantes políticas públicas. Así, los componentes ambientales juegan un importante papel en la legislación minera, urbanística, agrícola, pesquera, energética, industrial o de obras públicas, entre otros sectores normativos.

Y dentro ya del ámbito propiamente ambiental, la jurisprudencia constitucional ha experimentado una conocida evolución. En un primer momento, consideró que el Estado disponía de competencia para regular con todo detalle las cuestiones ambientales, sin necesidad de dejar un ámbito de desarrollo para las comunidades autónomas, al entender que las funciones de éstas quedaban salvaguardadas por la posibilidad constitucionalmente reconocida a las mismas de aprobar normas adicionales de protección ambiental (STC 149/1991). Sin embargo, tan amplia interpretación de las competencias estatales fue corregida explícitamente cuatro años después por el propio Tribunal, precisando que "el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no puede llegar, frente a lo afirmado en la sentencia 149/1991, de la cual hemos de apartarnos en este punto, a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las comunidades autónomas" (STC 102/1995).

Al margen de ese planteamiento quedan las materias ambientales conectadas a las competencias estatales en relación con la legislación penal y civil.

El Derecho Penal Ambiental ha experimentado en esta etapa un gran desarrollo, desde la introducción de un limitadísimo supuesto de delito ecológico (1983) a la inclusión de un capítulo de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en el nuevo Código Penal (1995: artículos 325 a 331). Cabe constatar, por ejemplo, que la moderna jurisprudencia penal parece potenciar el significado protector del medio ambiente, al configurar el tipo básico del delito de contaminación como una infracción de peligro abstracto, cuyo bien jurídico protegido es el equilibrio de los sistemas naturales, sin necesidad de ningún resultado de lesión o peligro concreto (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2002).

El Derecho Civil Ambiental también se ha desenvuelto notablemente, a partir de laboriosas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de las acciones de responsabilidad civil por daños y de cesación o corrección de actividades contaminantes. En ambos aspectos cabe constatar la existencia de especialidades autonómicas derivadas de las competencias sobre Derecho Foral (en Navarra y Cataluña).

6. La legislación autonómica ambiental: leyes generales, espacios naturales protegidos, calidad del agua, residuos, tributos ambientales

La legislación ambiental autonómica tuvo comienzos más bien tímidos. Todavía en la actualidad hay comunidades autónomas que parecen tener escaso interés en proveerse de un régimen propio en la materia. Sin embargo, en la década iniciada en 1990, el sector ha experimentado un rápido crecimiento en la labor de la mayor parte de los legisladores autonómicos. Posiblemente haya contribuido a ello la coincidencia del reconocimiento de amplias competencias ambientales autonómicas (1992) con la formulación de una jurisprudencia constitucional generosa al fijar el alcance de las mismas (1995).

Los objetos de interés del legislador autonómico presentan coincidencias temáticas. Cabe, así, destacar, en primer lugar, la legislación de tipo general, aprobada con el destacado objetivo de ordenar las diversas intervenciones públicas en la materia, tanto las procedentes de los entes territoriales como las atribuidas a otros sectores administrativos. Las regulaciones especiales cobran singular importancia en ciertas materias, como los espacios naturales protegidos, la calidad del agua, los residuos y los tributos ambientales. Por último, ha de destacarse también que, en algunas ocasiones, las leyes autonómicas reproducen contenidos de la legislación básica estatal, sin citarla como tal y sin diferenciarla de los desarrollos normativos propios, práctica que ha merecido los reproches de la jurisprudencia constitucional, debido a los inconvenientes que suscita bajo la óptica de la certeza de la norma jurídica.

La elaboración de una ley general en materia de medio ambiente ha sido un objetivo cumplido en las comunidades autónomas de Andalucía (1994), Galicia (1995), Murcia (1995), País Vasco (1998), Cataluña (1998), La Rioja (2002) y Navarra (2005). Sin embargo, en ningún caso ha llegado a formarse un verdadero código ambiental, ni tan siquiera una ley ordenadora unitariamente de todos los sectores ambientales. La función principal de las leyes generales ha consistido en ordenar las principales intervenciones administrativas en materia de medio ambiente en función del grado de relevancia de los diferentes proyectos, actividades, planes y programas contemplados. De esta manera, se configuran autorizaciones de competencia autonómica, licencias de competencia municipal y supuestos requeridos de simple comunicación a las autoridades. Habida cuenta de ello, función similar a las citadas leyes generales desempeñan las leyes relativas a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y otras intervenciones ambientales en la Comunidad Valenciana (1989), Canarias (1990), Castilla-La Mancha (1999), Madrid (2002), Castilla y León (2003) y Navarra (2005).

Los más recientes sistemas de la Ley de prevención ambiental de Castilla y León (2003) y de la Ley foral de intervención para la protección ambiental (2005) ilustran bien los intentos de articular las diferentes intervenciones públicas ambientales. Con carácter preventivo, se regulan las autorizaciones ambientales de la Administración autonómica, las evaluaciones e informes de la misma Administración autonómica y las licencias municipales de actividades clasificadas, estableciendo las diferentes modalidades de cada categoría y las relaciones entre todas ellas. Para asegurar el sistema, se establecen detallados regímenes de inspección ambiental, restauración de la legalidad, reparación de daños y sanciones administrativas.

Uno de los sectores objeto de profusa legislación autonómica es el de los espacios naturales protegidos, conforme al modelo de la legislación básica estatal (1989). Las leyes autonómicas pretenden aquí vertebrar complejas políticas conservacionistas: Cataluña (1985), Comunidad Valenciana (1988; sustituida en 1994), Andalucía (1989), Asturias (1991), Baleares (1991 y 2005), Castilla y León (1991), País Vasco (1994), Canarias (1994; sustituida en 2000), Navarra (1996), Aragón (1998), Extremadura (1998), Castilla-La Mancha (1999), Galicia (2001), La Rioja

(2003). De esta manera, contamos con detalladas regulaciones de los parques nacionales y demás espacios naturales protegidos, donde se establecen fines y clases de los mismos, procedimientos de declaración, sistemas de reglamentación y planificación de actividades y elementos organizativos con sus vías de participación. Sin embargo, frente a ello, llama la atención la falta de un completo régimen jurídico en relación con la puesta en marcha de la Red Ecológica Europea Natura 2000 (Directiva 92/43), que por ahora es objeto de muy elementales previsiones. La falta de atención contrasta con la importancia del supuesto de hecho, pues la Red Europea puede llegar a afectar a casi el cuarenta por ciento de la superficie de determinadas comunidades autónomas. Una materia relacionada con los espacios naturales es la de protección del paisaje, objeto de novedosa regulación en Cataluña (2005).

Las comunidades autónomas han mostrado particular atención a la calidad del agua, frente a las tradicionales políticas hidráulicas más preocupadas por incrementar la disponibilidad del recurso. Cuentan con legislación propia en la materia Madrid (1984), Comunidad Valenciana (1992), La Rioja (1994 y 2000), Asturias (1994), Navarra (1998), Aragón (2001), Galicia (2001) y Castilla-La Mancha (2002), entre otras. En estas normas se diseñan complejas medidas de planificación, financiación, ejecución y explotación de las obras de abastecimiento y saneamiento, con especial atención al control de vertidos. Se han originado, así, figuras tributarias como el canon de saneamiento y modelos organizativos como las juntas de saneamiento.

La regulación de los residuos también ha ocupado a los legisladores autonómicos, incluso antes de aprobarse la completa regulación básica en la materia (1998). De esta manera, han aprobado sus propias leyes de residuos: Cataluña (1993), Andalucía (1994), Navarra (1994, derogada en 2005), Galicia (1997), País Vasco (1998), Canarias (1999), Comunidad Valenciana (2000) y Madrid (2003). En esta legislación se establecen peculiares instrumentos de planificación integral y zonal, generando particulares sistemas de gestión de los residuos.

Por último, cabe destacar el establecimiento de tributos ambientales en diversas comunidades autónomas (Andalucía, Castilla-La Mancha, Galicia, Murcia, Aragón). Su creación se ha acelerado en los últimos años debido a la voluntad de establecer verdaderas políticas ambientales, aunque en ocasiones cabe constatar la paralela búsqueda de recursos financieros. Entre los hechos imponibles gravados figuran las emisiones contaminantes, el depósito de residuos peligrosos o la ya derogada "ecotasa" balear, que incidía sobre las estancias en alojamientos de hostelería.

7. Las tendencias organizativas autonómicas en materia de medio ambiente: agencias, departamentos y privatizaciones

La organización autonómica ambiental pareció asumir en un primer momento el modelo estadounidense, al crearse varias agencias de medio ambiente (Andalucía, 1984; Murcia, 1986; Cantabria, 1986; Madrid, 1988; Comunidad Valenciana, 1989; Extremadura, 1989). Lo cierto es que la misma denominación encerraba realidades muy diferentes, pues había agencias ambientales dotadas de personalidad jurídica, cierto carácter representativo o participativo y autonomía funcional, junto a otras que eran simples órganos administrativos integrados jerárquicamente en un departamento.

Posteriormente, coincidiendo, al parecer, con la creación del Ministerio de Medio Ambiente (1996), se extendió la idea de incluir en los gobiernos de las comunidades autónomas un consejero competente exclusivamente en la materia. Tal sigue siendo la opción que se observa en los ejecutivos de Andalucía, Aragón, Cantabria, Castilla y León, Galicia e Islas Baleares. Algunos de estos departamentos específicamente dedicados a la protección del medio ambiente han llegado a concentrar variadas atribuciones relativas a la lucha contra las contaminaciones, la calidad de los recursos naturales y la protección de la biodiversidad.

Sin embargo, las variantes organizativas proliferan. Últimamente parece estilarse la constitución de departamentos que unen medio ambiente y ordenación del territorio, como sucede en Asturias, Canarias, Madrid y País Vasco, con variantes adicionales, como la integración de esos dos sectores con el de vivienda en la Comunidad Valenciana y Navarra o con el de turismo en La Rioja. Por fin, medio ambiente se junta en un mismo departamento sólo con vivienda en Cataluña, con desarrollo rural en Castilla-La Mancha, con agricultura en Extremadura y con industria en Murcia.

Todas estas fórmulas organizativas pueden obedecer a razones de equilibrio político, que no condicionan necesariamente las actividades de gestión ambiental. Pero, a veces, pueden representar tensiones de determinados sectores administrativos que buscan el dominio de las claves ambientales para legitimar más fácilmente determinadas obras o actuaciones. Por ello, pudiera ser conveniente disociar en la organización autonómica las estructuras relacionadas con la creación y gestión de las infraestructuras ambientales de aquellas otras que desempeñan responsabilidades de control sobre las primeras. De cualquier manera, parece claro que los aspectos organizativos del medio ambiente debieran

entrar también en la esfera del debate público y político, pues no resultan indiferentes bajo la óptica de los diversos intereses públicos implicados.

Junto al órgano ejecutivo ambiental, en todas las comunidades autónomas se han establecido órganos colegiados de tipo representativo en materia ambiental. Con denominaciones variadas y funciones predominantemente asesoras, desempeñan en general un discreto papel en la canalización de las demandas sociales en la materia. Con la entrada en vigor del Convenio de Aarhus, parece claro que las claves participativas han de asumir un mayor protagonismo en las organizaciones públicas relacionadas con el medio ambiente. Cabe incluso pensar que los elementos institucionales en esas organizaciones habrán de asumir funciones de tipo arbitral, garantizando, así, la coordinación entre los diversos intereses colectivos que con frecuencia se manifiestan en los conflictos ambientales.

Por último, ha de constatarse que la carga de trabajo de los departamentos competentes en materia de medio ambiente es muy fuerte. Las intervenciones públicas ambientales se han multiplicado, comprendiendo procedimientos de evaluación de impacto ambiental, de programación y gestión en materia de residuos, con un número creciente de residuos necesitados de tratamientos especiales, de planificación y ejecución de instalaciones de depuración de aguas residuales, de declaración y gestión de zonas protegidas, entre muchas otras. Especialmente, cabe destacar la deficiente inversión en medios humanos y materiales para el desempeño de las funciones de control e inspección relacionadas con la protección de la legalidad ambiental. En algunas comunidades autónomas, el logro de una mayor eficacia se persigue por la vía de "huida del Derecho Administrativo", bien constituyendo entidades o empresas públicas que asumen la gestión de los expedientes en materia de medio ambiente (Andalucía, Aragón), bien transfiriendo el ejercicio de las funciones de control ambiental a entidades privadas (Cataluña).

8. La ejecución de las políticas ambientales autonómicas: estrategias, financiación, planificación, gestión y evaluación

De conformidad con planteamientos estimulados por la Unión Europea, algunas comunidades autónomas han aprobado documentos en los que se definen los principios rectores y las líneas maestras de las actuaciones que han de conformar sus políticas de desarrollo sostenible. Cabe citar como ejemplos las Estrategias de Desarrollo Sostenible de Castilla y León (1999) y del País Vasco (2002) o la Declaración Institucional por el Desarrollo Sostenible de Asturias (2002).

En general, se observan ligeros incrementos del gasto público destinado a los programas ambientales en los presupuestos autonómicos, aunque no dejan de darse excepciones en esa tendencia (Comunidad Valenciana). En ocasiones, aumentos más significativos del gasto ambiental coinciden curiosamente con los procesos de huida del Derecho Administrativo a los que hemos hecho referencia (Aragón). También cabe constatar la escasa trascendencia económica de los intentos de buscar nuevas fuentes tributarias vinculadas a la protección del medio ambiente. La única excepción son los cánones de saneamiento, ampliamente extendidos en el mapa autonómico con la finalidad de permitir la financiación de las importantes inversiones necesarias en materia de depuración de aguas.

Uno de los ámbitos que ha requerido de mayores esfuerzos por parte de las comunidades autónomas ha sido la elaboración de las listas de lugares a incluir en la Red Ecológica Europea Natura 2000. Pese a que por parte de todas las autoridades implicadas, comunitarias, estatales y autonómicas se han rebasado ampliamente los plazos previstos, ha de reconocerse que se han llevado a cabo estudios documentados, los cuales han permitido realizar con criterios científicos la selección de los espacios de calidad ecológica representativos de las diferentes regiones biogeográficas. La Comisión Europea ha podido, así, aprobar las listas de lugares de interés comunitario de las regiones macaronésica (2001), alpina (2003), continental (2004), atlántica (2004) y boreal (2005), comprendiendo todas, salvo la última, lugares situados en las diferentes comunidades autónomas. Están pendientes de aprobación las listas de la región mediterránea, que afecta a una buena parte de los territorios autonómicos, además de las correspondientes a la región panónica. Cabe esperar que la experiencia generada en este ámbito se utilice adecuadamente para la declaración de las zonas de especial conservación, que constituyen la siguiente fase del proceso, y asimismo para el establecimiento del adecuado régimen jurídico y de gestión de tales zonas. Para ello, sería conveniente completar los equipos multidisciplinares con juristas que dieran adecuada forma jurídica a los objetivos conservacionistas.

La planificación ambiental ha alcanzado gran desarrollo en relación con algunas materias que precisan combinar la construcción de nuevas infraestructuras con una gestión adecuada que garantice la continuidad de los elementos naturales afectados. Todas las comunidades autónomas han debido elaborar planes relativos al tratamiento de residuos, que paulatinamente han ido asumiendo objetivos de producción limpia, reutilización, reciclaje y tratamiento seguro. De los iniciales planes relativos a todos los residuos o distinguiendo únicamente entre residuos

urbanos e industriales, se ha pasado a la elaboración de programas para variados residuos especiales, que precisan de tratamientos singulares. En todos los casos, resulta preciso establecer amplios marcos de colaboración con los municipios, como se pone de relieve en relación con la recogida selectiva de papel, plástico y vidrio. Otro sector en el que se ha desarrollado la planificación es el relativo a la depuración de las aguas, conforme a las obligaciones impuestas por la política ambiental europea; para ello también las autoridades autonómicas han tenido que contar con la colaboración municipal. En cambio, la importante labor autonómica de declaración de espacios naturales protegidos no siempre ha ido acompañada de la elaboración y aprobación de los preceptivos planes de ordenación de los recursos naturales.

La gestión ambiental autonómica cuenta con experiencias interesantes. Hay intentos notables de potenciar las energías alternativas, especialmente la eólica (Galicia, Navarra, Castilla y León, Castilla-La Mancha). No obstante, paralelamente se advierten importantes incrementos en el consumo energético, de donde se deduce que escasamente está actuándose en el fomento del cambio de los hábitos de vida que generan las altas demandas de energía. Otros ámbitos de actuación de interés se encuentran en relación con la lucha por la calidad del aire (Cantabria, Asturias, Madrid), la restauración de los espacios degradados por la minería (Cataluña, Galicia, Asturias), la recuperación del litoral degradado (Andalucía, Cantabria, Cataluña), la conservación de especies de la fauna en peligro (Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid, Navarra). Hay asimismo intentos de impulsar la educación ambiental, elaborando planes y creando centros especiales para ello (Castilla-La Mancha, Castilla y León, Navarra, Comunidad Valenciana).

Los procedimientos de evaluación de impacto ambiental han ido asumiéndose poco a poco en las administraciones autonómicas, aunque resulta notable la escasez de medios dispuestos para ello. Adelantándose incluso a la normativa europea, algunas comunidades autónomas presentan cierta tradición de evaluación ambiental estratégica, sobre todo en relación con planes urbanísticos (Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Madrid). No obstante, en ocasiones se constatan ciertas involuciones en esta materia con el argumento de aligerar trámites administrativos.

9. La jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo y de los tribunales superiores de justicia

La jurisprudencia generada en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa no acaba de tener incidencia destacada en la conformación de las políticas públicas ambientales. Suscitó cierta expectación la amplitud argumental de una pionera línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, protagonizada por el profesor y magistrado González Navarro, sobre el significado del derecho al medio ambiente reconocido en el artículo 45 de la Constitución. Sin embargo, los efectos prácticos no han pasado de ciertas interpretaciones favorables al interés ambiental en materia de legitimación activa y tutela cautelar. En general, los pronunciamientos en la materia del Tribunal Supremo se refieren a cuestiones de competencia y procedimiento, como se observa, por ejemplo, en relación con la reserva de ley para poder exigir el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, el carácter de acto de trámite no susceptible de impugnación separada de la declaración de impacto ambiental o la anulación de declaraciones de espacios naturales protegidos por falta de aprobación del plan de ordenación de recursos naturales.

Sin embargo, la doctrina del alto tribunal, pese a no estar especialmente implicada en la protección de los valores ambientales, en ocasiones puede resultar útil a tal fin. Puede recordarse la tradicional caracterización de las licencias ambientales como actos de trato continuado, permitiéndose, así, adaptar su contenido al progreso técnico. Más recientes son las líneas jurisprudenciales excluyendo las indemnizaciones especulativas por la supresión de aprovechamientos urbanísticos en espacios naturales protegidos, las que imponen la exigencia del procedimiento de evaluación de impacto ambiental para determinados planes urbanísticos o las que mantienen la vigencia del régimen de distancias de las actividades clasificadas.

En la labor de los tribunales superiores de justicia viene teniendo gran importancia la exigencia de garantías jurídicas en relación con las sanciones ambientales, aunque ello no es sino la manifestación en este ámbito de los principios del moderno Derecho Sancionador Administrativo. Entre las líneas jurisprudenciales de mayor trascendencia, cabe citar, por ejemplo, la larga y concienzuda serie de sentencias del Tribunal de Cantabria sobre el régimen de los planes de ordenación de los recursos naturales o la decisión de los tribunales de Andalucía y Comunidad Valenciana en el reconocimiento de indemnizaciones por los daños derivados del ruido, con explícitos reproches a la pasividad municipal.

10. Los problemas ambientales: conflictos institucionales, reivindicaciones sociales y desastres ecológicos

La problemática que suscitan las políticas ambientales es muy amplia, como no puede menos de ser, habida cuenta del variado conjunto de elementos

que las integran. Los conflictos institucionales, especialmente los que han enfrentado al Estado y a las comunidades autónomas, ocupan un lugar destacado. Junto a ellos, ha de incluirse la presencia de importantes reivindicaciones sociales y algunos desastres ecológicos.

Los conflictos institucionales más fácilmente identificables son los que han sido formalizados ante el Tribunal Constitucional. Particular importancia cabe conceder a los relacionados con los espacios naturales protegidos, que han concentrado la mayor parte de los asuntos del período. Cerca de veinte sentencias se han pronunciado en la materia, que parece destinada a seguir produciendo litigios constitucionales, prueba inequívoca de la importancia que cabe conceder a la tutela ambiental dentro de cualquier planteamiento relativo a la ordenación de los usos y actividades que se producen en el territorio.

En primer término, cabe destacar una larga serie de sentencias, tempranamente iniciada, en la que se ha reconocido, frente a las posiciones estatales, el protagonismo autonómico para la declaración, planificación y gestión de diversos espacios naturales protegidos. Han sido los casos de La Garrotxa y el paraje de Pedraforca en Cataluña (STC 64 y 69/1982), del parque regional del Manzanares en Madrid (STC 170/1989), del mar Menor en Murcia (STC 36/1994), de la reserva de la biosfera de Urdaibai en País Vasco (STC 156/1995) o del área natural de Es Trenc-Salobrar en Baleares (STC 28/1997).

En segundo lugar, tenemos los casos de espacios naturales que afectan a varias comunidades autónomas o al mar territorial, en los que la competencia autonómica ha resultado también afirmada. Así, el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de los Picos de Europa fue anulado por falta de competencia del Estado, sin perjuicio de una interesante fórmula de mantenimiento del sistema de protección del espacio hasta tanto se elabore el correspondiente plan por las comunidades autónomas implicadas (STC 306/2000). Por otra parte, se ha admitido la competencia autonómica para declarar, regular y gestionar espacios naturales que afectan al mar territorial en relación con las marismas de Santoña y Noja (STC 195/1998) y las salinas de Ibiza (STC 97/2002). No obstante, conviene precisar que la competencia autonómica ha de ceder en caso de enfrentamiento a las competencias estatales en materia de pesca marítima, como se observa en el caso de la reserva marina del Cabo de Gata-Níjar (STC 38/2002). Aunque, a la inversa, también se ha admitido que las competencias de las comunidades autónomas sobre pesca fluvial permitan la introducción de ciertos niveles de protección de los ecosistemas correspondientes (STC 243/1993, 15/1998 y 110/1998).

En tercer lugar, con carácter general, la legislación básica estatal sobre espacios naturales protegidos experimentó un minucioso examen de constitucionalidad como consecuencia de la impugnación planteada por diversas comunidades autónomas (STC 102/1995). De la importante doctrina fijada entonces deriva el claro reconocimiento de las competencias autonómicas para la gestión de los parques nacionales (STC 194/2004 y 331/2005), sin perjuicio de las competencias estatales relativas a la declaración y regulación de los mismos (STC 101/2005).

Otros conflictos institucionales se presentan más ligados a los planteamientos políticos, aunque, en ocasiones, se utilicen también los resortes jurisdiccionales. Sin duda, los enfrentamientos relativos al uso del agua, y en especial a los trasvases entre diferentes cuencas hidrológicas, han ocupado un lugar muy destacado. De un lado, las comunidades autónomas del Arco Mediterráneo, sobre todo la Comunidad Valenciana y Murcia, cifran sus posibilidades de desarrollo en la disponibilidad del agua procedente de las grandes cuencas de los ríos Tajo y Ebro. Frente a ellas, algunas comunidades autónomas del interior peninsular, especialmente Castilla-La Mancha y Aragón, llegan a reivindicar los mismos cursos de agua como señas de identidad de sus territorios. Como es sabido, la política estatal manifestada en el Plan Hidrológico Nacional ha favorecido, primero, la realización de los trasvases (2001) y, más recientemente, de la mano de la incorporación a nuestro Derecho de la normativa marco comunitaria en la materia (2003), medidas alternativas de ahorro del agua, desalación, reutilización y otras (2005). Todo ello adobado con declaraciones reivindicativas y mutuas descalificaciones de las distintas clases políticas, manifestaciones masivas de las respectivas sociedades y empleo de todo tipo de vías jurídicas, especialmente por los ejecutivos autonómicos, para defender los diferentes intereses enfrentados. Parece fuera de duda que ese tipo de confrontaciones entre comunidades autónomas no favorece la adecuada resolución de los conflictos, incluso si eventualmente llegan a prevalecer los intereses ambientales, dado que, a la vista de las circunstancias, éstos no son sino una más de las armas arrojadizas empleadas por los contendientes políticos. En tal contexto, una vez más, cabe auspiciar la constitución de instancias neutrales que, a través del debate formalizado, plural y profesional, puedan contribuir, si no a la solución simultánea de todos los problemas del agua, al menos, a permitir a los actores sociales afectados la adopción de acuerdos parciales.

Las reivindicaciones sociales cumplen un significativo papel en relación con los problemas ambientales. Aunque no contamos todavía con un fuerte aso-

ciacionismo ambiental como el que cabe identificar en otras experiencias, en algunas comunidades autónomas se observa la permanente actuación de algunas asociaciones, que utilizan medios de presión social y en ocasiones también jurídicos para hacer valer sus planteamientos. Es el caso, entre otros, del Grupo Balear de Defensa de la Naturaleza, de la Federación Ecologista Canaria o de la Asociación para la Defensa de los Recursos Naturales de Cantabria.

En la actualidad, la mayor conflictividad ambiental parece ligada al fenómeno urbanístico, especialmente a las urbanizaciones turísticas o de segunda residencia, tanto en los archipiélagos (Baleares y Canarias) y en las zonas litorales (Cataluña, Comunidad Valenciana, Murcia, Cantabria, Andalucía) como en las zonas montañosas (la Sierra de Guadarrama en Madrid o los Pirineos en Aragón). Se destaca especialmente el consumo desproporcionado de suelo, agua y energía y la alteración del medio natural que el urbanismo disperso está produciendo. Recientemente se ha puesto en marcha el sistema de evaluación ambiental estratégica (2006), que puede ayudar a paliar el problema, ya que afecta a los planes urbanísticos, siempre que las autoridades autonómicas competentes asuman efectivamente el importante reto de introducir en las decisiones relativas a los usos del suelo la racionalidad que deriva del criterio del desarrollo sostenible. Con el objetivo de contener directamente la dispersión de la edificación, se han establecido densidades mínimas de población en los nuevos sectores residenciales en Castilla y León (2004), en lugar de las densidades máximas, que eran las habituales en la legislación urbanística española.

Ocupan también un lugar significativo en las reivindicaciones sociales relacionadas con el medio ambiente el trazado de grandes infraestructuras viarias, como el trazado de las líneas ferroviarias de alta velocidad Madrid-Valencia o la denominada "Y" vasca. Al hilo de la alta conflictividad alcanzada en algunos supuestos, cabe pensar en la necesidad de perfeccionar los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, haciendo que lleguen a conformar más claramente los procedimientos de toma de decisiones sectoriales.

Variados episodios confirman la conveniencia de acentuar la transparencia en la formación de las políticas públicas con relevancia ambiental. Cabe citar en tal sentido la sucesión de confrontaciones en casos como la urbanización del Barranco de Veneguera (Canarias), el vertedero de Gomecello (Castilla y León), el embalse de Itoiz (Navarra) o la ordenación del Parque Nacional de los Picos de Europa (Asturias, Castilla y León y Cantabria). Con independencia de las concretas soluciones adoptadas en cada uno de esos conflictos, todos ellos demuestran los inconvenientes de las políticas ambientales "decisionistas".

Por último, han de destacarse los grandes desastres ecológicos del período como muestras de fracasos colectivos, que imponen la necesidad de profundas reflexiones en todo lo relativo al diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas concernidas. Cabe destacar los incendios forestales, con el testimonio estremecedor de la tragedia de Riba de Saelices (2005), la brutal contaminación del litoral gallego y de otras zonas por el desgraciado accidente del *Prestige* (2002) o la elevadísima contaminación en el área de influencia del castigado Parque Nacional de Doñana por los vertidos de Aznalcóllar (1998). Debemos aprender de ellos, no podemos seguir permitiéndonos tantos fallos en la coordinación administrativa. Junto a la aprobación de nuevas leyes que puedan servir para mejorar los marcos normativos (el forestal, el minero, el marítimo), hay que dedicar también los medios humanos y financieros que permitan cumplir con los objetivos legales, fortaleciendo, en todo caso, el sistema de protección civil ante todo tipo de catástrofes. ■

ESTUDIOS
QDL

3. Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible[1]

Jesús Jordano Fraga
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla

1. El concepto de desarrollo sostenible.
2. La recepción del concepto desarrollo sostenible en jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del TJCE.
3. A modo de epílogo.
Bibliografía.

1. Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación SEJ2007-66415/JURI, "Régimen jurídico de los recursos naturales", del Ministerio de Educación y Ciencia.

1. El concepto de desarrollo sostenible

Existen diversos modos de entender el desarrollo, y no todos ellos son irrespetuosos con el entorno. Se suele hablar en este sentido de las diferencias entre un desarrollo cuantitativo y un desarrollo cualitativo o de las diferencias entre la economía medioambiental y la neoclásica. El desarrollo, entendido en un sentido cuantitativo, alude a aquel que sólo tiene en cuenta variables de producción y al incremento de ésta. El desarrollo entendido en un sentido cuantitativo es una noción que, si ya no está superada, está en vías de superación. Ésta es una de las conclusiones predominantes del IV Congreso Nacional de Economía. Así se expresaron Palma Martos y Martín Navarro: "El desarrollo económico ya no puede medirse con los tradicionales parámetros. Es necesario que se reoriente hacia la consideración de aspectos no económicos."[2]

Por el contrario, el desarrollo cualitativo alude a aquel que toma en consideración variables no meramente cuantitativas cifradas en volúmenes de producción, tales como los costes ambientales o los sociales. La noción del desarrollo cualitativo ha cobrado gran expansión y los documentos y declaraciones de diversas organizaciones internacionales han recogido y propugnado dicha filosofía del desarrollo. En los foros internacionales hoy se abre paso decididamente la idea del desarrollo sostenible, afirmado especialmente en los principios primero y tercero de la Declaración de Río, en el sentido de que el derecho al desarrollo de los diferentes países no es absoluto y se encuentra limitado entre otros factores por el respeto al medio ambiente.

El principio primero de la Declaración de Río, con marcado acento antropocentrista, dice así: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible." El principio tercero dispone que: "El derecho al desarrollo debe de ejercerse en tal forma que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras."

Un importante esfuerzo en la precisión del concepto se ha realizado en la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (Sudáfrica) del 2 al 4 de septiembre de 2002.

Es imposible sintetizar aquí sus postulados. Se pone el acento (punto 11) en que la erradicación de la pobreza, la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico son objetivos primordiales y requisitos fundamentales de un desarrollo sostenible. Que el mecanismo es la cooperación, el multilateralismo y fortalecer y mejorar la gobernanza en todos los planos para lograr la aplicación efectiva del Programa 21, los objetivos de desarrollo del Milenio y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre (puntos 26 y 30).

También encontramos decididamente el concepto en el quinto programa de la Comisión de la Comunidad Europea, aprobado en Bruselas el 20 de mayo de 1992, cuyo título es toda una apuesta de futuro: "Hacia un desarrollo sostenible". El desarrollo sostenible como concepto jurídico y político es una de las banderas utilizadas por el Quinto Programa. Como ha dicho Grado, la estrategia establecida por éste "tiende a transformar el modelo de crecimiento adoptado de forma que se oriente gradualmente la actividad humana hacia un desarrollo sostenible".[3]

El concepto, como ha señalado Lostado i Bojo, se compone de dos palabras que cada una por sí misma transmite confianza, simpatía e incluso una cierta predisposición a consentir lo que antecede o lo que le sigue pero que plantea problemas que residen en su definición, "que al no estar consensuada, provoca toda clase de equívocos debido a la subjetividad de su aplicación".[4] También Loperena Rota estima que el concepto de desarrollo sostenible posee una ambigüedad necesaria propia del pensamiento político humano. De la relativa ambigüedad, en su opinión, no puede concluirse inutilidad, pues conforme se van consensuando los contenidos tiene una progresiva eficacia. Hay tres pilares sobre los que se asienta el desarrollo sostenible: *a*) el desarrollo económico sostenible; *b*) el desarrollo social, y *c*) la protección ambiental. El *desarrollo económico sostenible* tiene que conseguirse con dos fórmulas principales:

1º. Gobernar la economía.

Para corregir esa suerte "de anarquía económica universalizada" propone que se gobierne en red dejando a cada gobierno regional, nacional o local un haz de responsabilidades coordinadas con los demás.

2º. Cambiar los modelos de consumo y producción.

2. "Efecto macroeconómico de la política ambiental", en *Desarrollo económico y medio ambiente*, p. 273.

3. "Tendenze evolutive della politica comunitaria dell'ambiente in relazione al Quinto Programa d'Azione", *Rivista di Diritto Europeo*, 1, enero-marzo 1993, p. de 40 a 42.

4. "Límites al desarrollo sostenible y enseñanzas del Plan experimental de pesca de arrastre de Castellón de la Plana (1961-1966)", en *Desarrollo económico y medio ambiente*, *op. cit.*, p. 850.

Loperena realiza aquí dos propuestas con dimensión político-ética: los líderes sociales deben encabezar una cruzada contra el consumismo desde el ejemplo de la austeridad y la cultura-conocimiento como signos de elegancia y éxito personal; debemos trabajar menos horas, ganar menos y cambiar el modelo de vida enfocándolo al ocio. El *desarrollo social* es una propuesta de mínimos e indiscutible, y comprende la satisfacción universalizada de seis necesidades: 1) seguridad-libertad; 2) alimentos-agua potable; 3) vivienda; 4) asistencia sanitaria; 5) educación, y 6) democracia-participación. El medio ambiente es el elemento fundamental a preservar a fin de respetar la dignidad y derecho de las futuras generaciones a satisfacer sus propias necesidades.[5]

2. La recepción del concepto desarrollo sostenible en jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del TJCE

Hechas las anteriores precisiones, hay que examinar cómo se ha resuelto la cuestión en el ámbito jurídico. Partiendo de las realidades que hemos examinado, pueden existir supuestos en los que a pesar de las medidas tecnológicas que se empleen, de que se internalicen los costes y que se adopte un modelo de ecodesarrollo, la realización de actividades económicas sea de difícil compatibilización con los objetivos de preservación del medio ambiente. Normalmente dicha tensión se produce a la hora de tomar decisiones sobre la explotación de recursos naturales en áreas sensibles de la naturaleza con ecosistemas frágiles o de fácil alteración, o bien en aquellos casos en que la explotación de un determinado recurso natural pueda conllevar la destrucción de un elemento de crucial importancia para la preservación del medio ambiente. La cuestión puede examinarse tanto en un plano externo como en el interno.

En un plano externo o del Derecho internacional la tensión medio ambiente-desarrollo en áreas sensibles se ha resuelto en favor de los valores de preservación del medio ambiente. En el caso de la Antártida, en la XI Reunión Consultiva Especial del Tratado de la Antártida, celebrada en Madrid en abril de 1991, se ha tomado la decisión de adoptar una moratoria de cincuenta años en los que no se va a poder realizar ninguna explotación de sus recursos naturales, exigiéndose la unanimidad de los países miembros del Tratado para la futura revisión de dicha moratoria.

A) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional: la necesidad de armonización del medio ambiente y el desarrollo como bienes jurídicos constitucionalizados.

En el plano interno, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado especialmente sobre esta materia en las sentencias 64/1982, de 4 de noviembre; 25/1989, de 3 de febrero; 170/1989, de 19 de octubre; 73/2000, de 14 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio, que pasamos a examinar a continuación.

La STC 64/1982 resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 114/1982, promovido por el presidente del Gobierno contra la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, por la que se establecían normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas.

Las principales consecuencias que se extraen de esta sentencia son las siguientes:

1) El Tribunal Constitucional ha interpretado, en función del artículo 45, que el modelo constitucional del desarrollo es de carácter cualitativo y no meramente cuantitativo basado en un ciego productivismo. Dice así el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico segundo de la sentencia que ahora examinamos:

"El artículo 45 recoge la preocupación ecológica surgida en las últimas décadas en amplios sectores de opinión que ha plasmado también en numerosos documentos internacionales. En su virtud no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para una mejor calidad de vida."

2) El reconocimiento de un modelo de desarrollo cualitativo no es una conclusión únicamente aplicable a las actividades extractivas, pues son consideraciones predicables de cualquier sector económico y extensibles más allá del estricto ámbito de los espacios protegidos. Dice textualmente el Tribunal Constitucional:

"Estas consideraciones [refiriéndose a la exclusión del modelo de desarrollo cuantitativo] son aplicables a las industrias extractivas como a cualquier sector económico."[6]

Cabría preguntarse si estas consideraciones, aplicables a las actividades extractivas y extensibles a otros sectores económicos, son para el Tribunal

5. LOPERENA ROTA. *Desarrollo sostenible y globalización*, Colección Divulgación Jurídica, Thomson Aranzadi, Madrid, 2003, p. 45-70, especialmente.

6. Fundamento jurídico 2, STC 64/1982.

Constitucional una conclusión exclusivamente predicable al ejercicio de dichas actividades económicas (actividades extractivas y demás sectores) en el ámbito de los espacios naturales protegidos, o si, por el contrario, es una conclusión genérica que expresa un modelo de desarrollo extensible, por tanto, más allá de los espacios protegidos. Pues bien, la respuesta a esta pregunta es que el modelo de desarrollo cualitativo que el Tribunal Constitucional interpreta como el propugnado por nuestra Constitución traspasa las reducidas fronteras de los espacios protegidos. La cuestión puede parecer a primera vista un falso problema, pues la Ley impugnada del Parlamento de Cataluña no era una ley de espacios naturales protegidos. Sin embargo, esa apariencia queda pronto desvirtuada, ya que uno de los motivos de impugnación de la Ley alegados por la representación del Gobierno fue la posible vulneración del orden competencial establecido por la Constitución y por el Estatuto. La representación del Gobierno mantenía que dicha Ley suponía la creación de una nueva categoría de espacios naturales protegidos. El Tribunal Constitucional no aceptó tal motivo de impugnación, estimando que de una comparación entre las figuras de espacios protegidos y la Ley impugnada resultaban "diferencias esenciales entre ambos tipos de regulación". La diferencia más esencial, a los efectos de nuestra argumentación, la cifraba el Tribunal Constitucional en el ámbito de aplicación de la Ley (artículo 1.1 y disposición transitoria segunda), extensible a todo el territorio de la comunidad, mientras el Parlamento de Cataluña no hubiese regulado las normas de protección de la naturaleza que debieran aplicarse con carácter general en dicho territorio.

Por otro lado, la conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional es obtenida a través de una "confrontación" del artículo 45 de la CE con otros preceptos constitucionales que consagran la promoción del desarrollo (como el artículo 130.1 de la CE), y de este dato fundamental la consecuencia a extraer no puede ser otra que dicha extensión. El artículo 45 de la CE, ciertamente, engloba la protección de la naturaleza, como por otra parte mantiene el propio Tribunal Constitucional, pero el medio ambiente es un concepto más amplio; de ahí la importancia de la doctrina del Tribunal Constitucional no limitada y reducida a los espacios naturales protegidos y la protección de la naturaleza, sino concebida y extensible desde y para el medio ambiente.

3) El medio ambiente y el desarrollo son bienes constitucionales que son necesarios compaginar en la forma en que decida el legislador competente. Dice así el Tribunal Constitucional:

"la conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico."[7]

Hay que señalar que el Tribunal Constitucional, pese a lo que pudiera pensarse, no inventó la pólvora en esta sentencia. Anteriormente, el Tribunal Supremo había llegado a consecuencias casi idénticas. En la sentencia de 12 de julio de 1978, Aranzadi 2845 (Sala Cuarta, ponente Martín del Burgo y Marchán), se enjuició un asunto relativo a una actividad molesta (una instalación de secado y almacenaje de pieles) ejercida sin licencia en la fecha de publicación del RAMINP. El Tribunal Supremo declaró que era "*necesario armonizar*, por un lado, *el ejercicio de la libertad industrial*, imponiendo a esta sólo las restricciones indispensables, […] *y por otro salvaguardar los intereses necesidades de la comunidad vecinal*, bien a través de las medidas correctoras pertinentes, para paliar o eliminar las molestias o peligros que la actividad de que se trate pueda ocasionar".

Que el medio ambiente y el desarrollo sean ambos bienes constitucionales que son necesario compaginar es una conclusión de una gran importancia. Pero la remisión a "la forma que en cada caso decida el legislador competente" plantea inmediatas y necesarias reflexiones por las implicaciones delimitadoras de la primera conclusión. En efecto, podríamos preguntarnos si la primera de las afirmaciones conllevaría la inconstitucionalidad en todo caso de una legislación protectora del medio ambiente en la que prevaleciese el principio de preservación. Esta posibilidad no debe considerarse descabellada, por lo menos en el momento actual; recuérdese que la prevalencia de consideraciones ambientales ha inspirado decisiones en el ámbito del Derecho internacional, como en el caso anteriormente citado del Tratado de la Antártida.

Pues bien, en la sentencia que venimos examinando la cuestión se planteaba al hilo de las previsiones de la Ley impugnada en forma de tres supuestos distintos que fueron examinados por el Tribunal Constitucional:

a) En el primero de ellos, el artículo 3.3 de la Ley prohibía con carácter general las actividades extractivas en las secciones C y D, lo cual fue reputado como contrario a la Constitución, en función de las previsiones del artículo 128.1 de la CE ("Toda la riqueza del país en sus distintas formas y fuese cual fuese su titularidad está subordinada al interés general"). Para el Tribunal Constitucional, una de las aplicaciones de este precepto supone "que no pueden sustraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado

7. Fundamento jurídico 2.

considere de interés general, aduciendo otras finalidades, como la protección del medio ambiente". Lo decisivo es entonces el carácter general de la prohibición que hace que la misma devenga inconstitucional "por exceder de la finalidad de la Ley y por sustraer a la riqueza nacional posibles recursos mineros". Para el Tribunal Constitucional son admisibles prohibiciones de carácter concreto, "siempre que no exista un interés prioritario" (fundamento jurídico 6 de la STC 64/1982). ¿Acaso la protección del medio ambiente no forma parte de ese interés general al que alude el artículo 128 de la CE?

La STC 170/1989, de 19 de octubre, ha vuelto a plantearse la constitucionalidad de estas prohibiciones, al examinar la constitucionalidad del artículo 14.2.c) de la Ley del Parlamento de la Comunidad Autónoma de Madrid, Ley 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, que prohibía con carácter general las actividades extractivas en las zonas de reserva natural, tanto integral como educativa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no consideró contrario a la Constitución dicha prohibición y descartó que la doctrina establecida por la STC 64/1982 llevase "a la necesidad de declarar inconstitucional el precepto". La argumentación del Tribunal Constitucional fue la siguiente:

"En el presente caso se trata de una prohibición limitada a unos *terrenos muy concretos* (los mencionados en los artículos 15.1 y 16.1 de la Ley impugnada) y destinada fundamentalmente a actividades extractivas enmarcables en las secciones A y B, 'actividades extractivas, y de cantería, areneros, graveros, y similares'. Al mismo tiempo, aun cuando la Ley impugnada no haga referencia expresa, a diferencia de la Ley catalana, a la existencia de un interés público prioritario, el mismo ya resulta implícito también en la propia referencia contenida en la Ley estatal 4/1989, cuyo artículo 13.2 prevé la prohibición del aprovechamiento de los recursos naturales incompatibles con las finalidades que hayan justificado la creación del Parque" (fundamento jurídico 7 de la STC 170/1989).

b) El segundo de los supuestos era contemplado por el artículo 6.4 de la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, el cual establecía la posibilidad de denegar la autorización para los casos en los que la explotación fuese de poco valor económico o de baja rentabilidad a causa de los elevados costes de restauración. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicha previsión, pues la entendía innecesaria para alcanzar la finalidad de la Ley, y consideró como suficientes el sistema de fianzas establecido por la misma para asegurar la protección del medio ambiente (fundamento jurídico 7 de la STC 64/1982).

c) Por último, el tercero de los supuestos, contemplado por el apartado segundo del artículo 6.4 de la Ley impugnada, y que abarcaba los casos en que técnicamente fuera imposible la restauración. En esta hipótesis, el Tribunal Constitucional considera que "no puede calificarse de desproporcionada en principio la denegación de la autorización, ni de inconstitucional el precepto". En este supuesto es cuando para el Tribunal Constitucional se puede plantear en casos concretos "el conflicto entre los dos intereses cuya compaginación se propugna a lo largo de esta sentencia". En estos supuestos de colisión, el Tribunal Constitucional entiende que es necesario "ponderar en cada caso la importancia para la economía nacional de la explotación minera de que se trata y del daño que se pueda producir al medio ambiente, y requiere también entender que la restauración exigida podrá no ser siempre total y completa sino que ha de interpretarse con criterio flexible, como parece deducirse del mismo preámbulo de la Ley al decir que su finalidad es que 'la zona afectada quede bien integrada en el conjunto natural que la rodea'" (fundamento jurídico 8 de la STC 64/1982).

Un ejemplo de la aplicación de esa ponderación que ha de realizarse es la STC 170/1989, de 19 de octubre, en la cual el Tribunal Constitucional al examinar la constitucionalidad de la prohibición del ejercicio de actividades extractivas en la zona de reserva natural, tanto integral como educativa operada por el artículo 14.2.c) de la Ley de la Comunidad de Madrid antes citada, consideró que:

"La existencia de estas cautelas [parece referirse el Tribunal Constitucional al tipo de actividades prohibidas y a la realidad normativa vigente en el ámbito estatal, de la Ley 4/1989], el *carácter territorialmente limitado* de la prohibición y su escasa repercusión en el interés general económico permiten entender que el legislador autonómico ha ponderado adecuadamente los valores constitucionales protegibles y que, por ello, el artículo 14.2.c) de la Ley autonómica no es contrario al artículo 128.1 de la CE" (fundamento jurídico 7 de la STC 170/1989).

Así planteadas las cosas en la jurisprudencia, parece haberse identificado como un elemento relevante en la ponderación de intereses la reducción o limitación territorial de las prohibiciones y la repercusión económica de las mismas.

No es contraria al principio de igualdad la discriminación positiva de una determinada clase de actividad económica en detrimento de otra del mismo sector por razones de protección del medio ambiente. En este sentido se ha pronunciado la STC 25/1989 de 3 de febrero (Sala Segunda, ponente Bequé Cantón).[8]

8. BOE de 28 de febrero de 1989, *Jurisprudencia Constitucional*, tomo XXIII, p. 250-259.

En el fundamento jurídico 3 el Tribunal Constitucional afirmó:

"En este contexto, la distinción entre explotaciones subterráneas y a cielo abierto resulta razonablemente justificada y no puede considerarse discriminatoria. Por un lado, porque los objetivos perseguidos por la medida impugnada responden a principios rectores de la política económica constitucionalmente fijados, ya que, como el Abogado del Estado señala, tal distinción deriva de la necesidad de estabilizar el sector (artículo 40.1), equilibrando y armonizando el desarrollo (artículo 131.1) y velando por la utilización racional de estos recursos naturales (artículo 45.2), y es asimismo congruente con una política de fomento del empleo (artículo 40.1) y de protección del medio ambiente (artículo 45.1), y por otro, porque la medida adoptada es coherente con dichos objetivos, aparece económicamente fundada, y no puede calificarse de arbitraria o irracional."

La siguiente sentencia que pasamos a analizar es la STC 73/2000, de 14 de marzo, caso Itoiz, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad 2853/1998, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en relación con la posible inconstitucionalidad de los siguientes preceptos de la Ley foral 9/1996, de 17 de junio.[9]

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia el 29 de septiembre de 1995, resolutoria del recurso núm. 136/1991 y acumulados, por la que se anuló la resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, de 2 de noviembre de 1990, que había aprobado el expediente de información pública y técnica, y definitivamente el Proyecto 02/89, del embalse de Itoiz (Navarra). La anulación del Proyecto se ha basado en el hecho de que la zona que sería inundada por el vaso del embalse supondría la desaparición de parte de las bandas de protección de las reservas naturales 9, 10 y 11 (Foz de Iñarbe, Poche de Chinchurrenea y Gaztelu), al quedar bajo las aguas. Tales bandas de protección estaban sujetas por la Ley foral 6/1987 al mismo régimen de protección de las reservas. La Ley foral 9/1996 derogaba expresamente el artículo 17.2.b) (determinante del sentido de la sentencia cuya ejecución se pretendía). Como consecuencia de este nuevo marco legal, las reservas naturales no tenían que contar necesariamente con bandas de protección; de tenerlas, se permitían en ellas actividades constructivas ligadas a obras de interés general [artículo 18.3.B)] y, en particular, respecto de las tres reservas naturales afectadas por el embalse de Itoiz, se decía en la exposición de motivos, y se especificaba en el anexo de la nueva Ley, que en la parte referida a la zona inundable no habrá ya bandas, *estimándose como protección suficiente la lámina de agua resultante del llenado del embalse*.

Pues bien, la cuestión sobre la articulación de bienes jurídicos en conflicto fue resuelta en el fundamento jurídico 14, que transcribimos parcialmente:

"14. […] en el presente caso existe otro dato particularmente significativo a los fines de nuestra ponderación: que junto al interés general encarnado en la protección del medio ambiente, el régimen jurídico aquí considerado también ha querido salvaguardar otros intereses generales, como cabe apreciar en los preceptos de la Ley foral 9/1996 relativos a las actividades constructivas en los espacios naturales […].

"De lo que se desprende que la Ley foral 9/1996 es conforme con el criterio que se deriva del artículo 45 de la CE y al que hemos hecho referencia en la STC 64/1982, de 4 de noviembre, esto es, el de armonizar la 'utilización racional' de los recursos naturales con 'la protección de la naturaleza'. Lo que es claramente aplicable a una obra pública como el embalse de Itoiz, que fue declarada de interés general en el anexo del Real decreto ley 3/1992, de 22 de mayo (RCL 1992/1192), y, más tarde, aprobada y declarada de interés general junto con el canal de Navarra por la Ley 22/1997, de 8 de julio (RCL 1997/1753); embalse y canal cuyos objetivos son 'la transformación en regadío de 57.713 hectáreas', así como 'el abastecimiento de agua a una serie de núcleos y zonas industriales', según se indica en el anexo 1 de la referida Ley 22/1997. *Y dado que en el auto de planteamiento no se ha alegado que el nuevo régimen de las zonas periféricas de protección sea arbitrario en sí mismo, ni tampoco que la concreta delimitación de dichas zonas deteriore gravemente el medio ambiente, como antes se ha dicho, forzoso es admitir que en dicho régimen está presente ese equilibrio de intereses generales*."

Se nos antoja que el fallo es tautológico y formal porque hace depender el equilibrio en la ponderación de la declaración de "interés general", que en estos proyectos está en manos del poder público "promotor", bien por la vía de la iniciativa legislativa, bien por la declaración en acto administrativo. Parece que sólo se abre la puerta a los intereses ambientales cuando exista arbitrariedad o se deteriore gravemente el medio ambiente, lo que ciertamente no sitúa en la excepcionalidad como hace en materia de ruido la jurisprudencia constitucional. La STEDH, Estrasburgo (Sección Cuarta), de 27 abril de 2004, TEDH 2004/27,

9. Véase Pulido Quecedo, "Ejecución de sentencias y validaciones legislativas (el caso de la Presa Itoiz, STC 73/2000, de 14 de marzo)", *Tribunal Constitucional*, 5, mayo de 2000, p. 9-11.

ha descartado que haya existido violación del artículo 6.1 del CEDH. Así, la interferencia del poder legislativo en el resultado del litigio alegada por los demandantes no vulneró el carácter equitativo del procedimiento (parágrafos 70-72).[10]

Es interesante destacar en este momento que uno de los motivos invocados por los recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del régimen del suelo y valoraciones ha sido la presunta conculcación del orden constitucional de distribución de competencias por imposición de un modelo urbanístico determinado y del artículo 45 de la CE por la regulación y definición del suelo no urbanizable como residual en el sistema de clasificación instaurado por la legislación estatal. Pues bien, la STC 164/2001, de 11 de julio, en el fundamento jurídico 15 ha descartado tal tacha de inconstitucionalidad:

"En consecuencia, allí donde la comunidad autónoma disfrute de un amplio poder decisorio para la clasificación del suelo como urbano o no urbanizable la clasificación legal residual (urbanizable) ni vacía ni impide el ejercicio de las competencias urbanísticas autonómicas. Pues bien, en relación con lo anterior ya destacamos anteriormente el amplio margen decisorio autonómico que para la clasificación del suelo urbano permite el artículo 8 de la LRSV; y lo mismo hemos dicho para la clasificación del suelo como no urbanizable conforme al artículo 9 de la LRSV. De ello se sigue el amplio margen de opción que a cada comunidad autónoma corresponde a la hora de clasificar el suelo como urbanizable. El segundo inciso del artículo 10 de la LRSV ahora relevante es que la transformación del suelo urbanizable tendrá lugar 'en los términos establecidos en la legislación urbanística y planeamiento aplicable'. Será entonces cada comunidad autónoma –y en los términos que cada una disponga, el órgano encargado de la ordenación o planificación urbanística– quien determine en qué forma y a qué ritmo el suelo urbanizable debe engrosar la ciudad. En suma, el artículo 10 de la LRSV no impone a las comunidades autónomas ni cómo ni cuándo el suelo urbanizable debe pasar a ser ciudad. Por ello, no puede considerarse que el artículo 10 de la LRSV vulnere las competencias urbanísticas autonómicas.

"Por el grupo de diputados se ha cuestionado también la primacía que el artículo 10 de la LRSV habría dado a los objetivos de desarrollo económico, frente a la protección ambiental garantizada por el artículo 45 de la CE. Los argumentos ya expuestos en el apartado anterior conducen derechamente a la desestimación de este motivo de inconstitucionalidad. Hemos dicho, en primer lugar, que la clasificación residual del suelo como urbanizable sólo actúa en defecto de la expresa clasificación como suelo no urbanizable, opción esta última que sustancialmente corresponde a cada comunidad autónoma. Y hemos dicho también que la clasificación residual del suelo como urbanizable, en la forma en que lo hace el artículo 10 de la LRSV, no impone ni el cómo ni el cuándo de la transformación del suelo: la conformidad del suelo urbanizable con el medio ambiente resultará de las decisiones (autonómicas y, complementariamente, locales) sobre volumen edificatorio, usos e intensidades. A partir de estas premisas, en forma alguna se puede identificar en el artículo 10 de la LRSV una preterición de los valores ambientales a favor del desarrollo económico" (fundamento jurídico 31).

Y en los fundamentos jurídicos 31 y 32 *in fine* se dice rechazando que la LRSV imponga un modelo urbanístico determinado:

"Debemos recordar, en coherencia con lo señalado al enjuiciar el artículo 9.2 de la LRSV, que la clasificación del suelo no urbanizable común es (a diferencia del suelo no urbanizable de especial protección) una decisión urbanística no condicionada por la LRSV: a los órganos urbanísticos (sean locales, sean autonómicos) corresponde determinar qué parte del suelo municipal es urbanizable y qué parte es no urbanizable común" (fundamento jurídico 31).

"Además, debe recordarse que la clasificación del suelo como no urbanizable común no viene impuesta por la LRSV. De tal manera que cuando la opción urbanística del órgano competente consista en la transformación sistemática y lucrativa del suelo (en lugar de simples actuaciones específicas y de interés público) bastará con adoptar la clasificación del suelo más adecuada a aquella opción: suelo urbanizable" (fundamento jurídico 32).

No dejan de sorprender estos planteamientos. Pero el Tribunal Constitucional es coherente con su propia doctrina. El suelo no urbanizable y su regulación (STC 61/1997, de 20 de marzo, fundamento jurídico 16; STC 164/2001, de 11 de julio, fundamento jurídico 32) "excede en mucho de lo estrictamente medioambiental". Quizá aquí es donde deba abrirse un foro de discrepancia. Como vamos a ver de inmediato, la legislación ambiental delimita esencialmente el suelo no urbanizable y su posible reclasificación. La tesis del Tribunal Constitucional no sólo

10. Para un análisis de la evolución posterior del asunto, véanse PULIDO QUECEDO, "La presa de Itoiz ante el TEDH", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 634,2004, parte comentario, p. 2; EZEIZABARRENA SÁENZ, "Itoiz y la tutela judicial efectiva", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 672/2005, BIB 2005/1113, y FERNÁNDEZ VALVERDE, "La historia interminable de la presa de Itoiz", *Revista de Urbanismo y Edificación*, 12, 2005, p. 111-135.

fortalece las competencias autonómicas sino que debilita la visión ambiental del problema, una visión *ex* artículo 149.1.23 de la CE que, a nuestro juicio, es necesaria. Se echa de menos un planteamiento más defensor acorde con los tiempos sin caer en integrismos ético-pseudoecologistas. Los propios términos que utiliza el Tribunal Constitucional revelan una sobrevaloración del interés económico. ¿No se podía haber resuelto el conflicto desde la valoración de los valores ambientales o al menos desde una posición neutra? Sabemos cuál puede ser la posición futura del Tribunal Constitucional cuando esté en juego un yacimiento de interés estratégico (hidrocarburos, titanio, uranio, etc.). Lo que no sabemos es cuál será la posición futura del Tribunal Constitucional ante una zona de alto o insustituible valor ecológico.

Más radical es la posición del Tribunal Supremo en la STS de 26 de diciembre de 1989, Aranzadi 9649 (Sala Tercera, sección quinta, ponente González Navarro). En el fundamento de derecho quinto se examinaba el valor del artículo 45. Después de recordar la importancia ecológica del Parque Nacional de Daimiel, el Tribunal Supremo afirmó:

"Esto hace que el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos (artículo 45) de velar 'por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva', adquiera en estos casos, si cabe, un punto más de imperatividad. Por lo que la Confederación Hidrográfica del Guadiana, al actuar como lo ha hecho, ha cumplido con su deber constitucional de extremar al máximo las medidas de defensa y protección de un ecosistema de importancia excepcional. De manera que la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico que ha hecho no sólo es correcta sino que es la única procedente cuando ese ordenamiento se conecta con ese principio constitucional de preservación a ultranza de un medio ambiente que está en trance de aniquilación y a cuya finalidad defensiva y preservadora, pero también de fomento y expansión, deben contribuir todos los poderes públicos, y, por supuesto, también los tribunales de justicia."

La doctrina del Tribunal Constitucional, por tanto, puede calificarse como moderada entre esas dos posibles posiciones ambientalistas y desarrollistas a ultranza. En este sentido, Fernández-Rodríguez mantiene que la tensión entre medio ambiente y desarrollo no se resuelve en favor de ninguno de los bienes jurídicos en presencia, "sino que se canaliza hacia una fórmula de síntesis, consistente en un desarrollo cualitativo que, partiendo de la situación actual, tiende a hacerla evolucionar mediante una reducción progresiva de las disfunciones y desigualdades heredadas del pasado, en un sentido, pues, de igualdad y de equilibrio tanto en el plano individual como en el colectivo o territorial".[11] Para López Menudo, "hay una cierta tendencia al fortalecimiento de la posición de los bienes medioambientales". Con un cierto escepticismo, no exento de razón a nuestro juicio, López Menudo exponía la cruda realidad: "la verdad es que al Tribunal Constitucional no se ha planteado la oportunidad de emitir un pronunciamiento sobre la consabida tensión 'medio ambiente-desarrollo' *ante un caso de verdadera envergadura*"[12] –la cursiva es nuestra–. Esta oportunidad fue Itoiz, nuestro "snail darter" TVA *versus* Hill. Y el resultado no fue precisamente satisfactorio.

B) Los *leading cases* de la jurisprudencia del TJCEE sobre el desarrollo sostenible: Asunto C-57/1989 Comisión v. Alemania; Asunto C-127/02 (Cuestión prejudicial planteada por el Raad van State); Asunto C-239/04, Comisión c. República de Portugal; Asunto C-209/02, Comisión c. República de Austria, Asunto C-191/05, Comisión c. República de Portugal y Asunto C-98/03, Comisión v. Alemania.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE ha desbordado los planteamientos economicistas y rechazó en un primer momento que la existencia de intereses estrictamente económicos fuera motivo bastante para la reducción del patrimonio medioambiental. En la sentencia de 28 de febrero de 1991, Asunto C-57/1989, Comisión v. Alemania, consideró que la facultad de los estados miembros para reducir la superficie de una zona de protección especial sólo puede estar justificada *por razones excepcionales*.[13]

La Comisión interpuso un recurso con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE solicitando la declaración de incumplimiento por parte de la República Federal de Alemania, al decidir ésta emprender unas obras que deterioraban el hábitat de aves protegidas en una zona de protección especial, infringiendo lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril, relativa a la conservación de las aves silvestres. Se trataba de operaciones de dragado y terraplenado realizadas en Rysumer Nacken y unas obras de construcción de un dique en Leybucht.

11. "Derecho, medio ambiente y desarrollo", REDA, 24, enero-marzo de 1980, p. 9.

12. *Vid.* "El derecho a la protección del medio ambiente", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* 10, septiembre-diciembre, 1991, p. 186-187.

13. *Recopilación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1991, vol. I, p. 883-933.

Según el Tribunal de Justicia (fundamento jurídico 22), "estas razones deben de obedecer a un interés general superior al interés al que responde el objetivo ecológico al que se refiere la Directiva. En este contexto, *no se pueden tomar en consideración los intereses enunciados en el artículo 2 de la Directiva, a saber, las exigencias económicas y recreativas"*. Sin embargo, el Tribunal entendió que el peligro de inundaciones y la protección de la costa constituían razones suficientemente importantes como para justificar las obras de construcción del dique y de refuerzo de las estructuras costeras mientras estas medidas se limitasen al estricto mínimo y sólo acarreasen la menor reducción posible de la zona de protección especial. El apartado 3 del artículo 1 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,[14] en contraste con esta progresiva jurisprudencia establece que "las medidas que se adopten con arreglo a la presente Directiva tendrán en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales, así como las particularidades regionales y locales".

El artículo 6.4 de la Directiva de hábitats ha sido reformado después de este fallo admitiéndose que las razones de naturaleza económica o social constituyen razones imperativas de interés público. Hoy el artículo 6, apartados 2 a 4, de la Directiva sobre los hábitats dispone:

"2. Los estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para evitar, en las zonas especiales de conservación, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies, así como las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de las zonas, en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente Directiva.

"3. 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.

"4. *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."

Hoy la clave del proceso son las medidas compensatorias. Pero de unos veintidós supuestos examinados por la Comisión hasta la fecha sólo en escasas ocasiones el dictamen ha sido negativo –por ejemplo, minas subsidiadas de carbón en Alemania.[15]

Esta tendencia apuntada de progresiva valorización de lo ambiental se ha visto confirmada en el importantísimo fallo del TJCE de 7 de noviembre de 2000, Asunto C-371-98, First Corporate Shipping, también conocida como sentencia Serven, en la que se otorga prioridad a los factores ambientales sobre los económicos. La Comisión a la luz de este fallo es la única que puede determinar la estrategia de conservación implícita en la Red Natura 2000. Según esta sentencia la discrecionalidad del Estado en el proceso de designación de ZEC es limitada. En una primera fase el Estado no puede entrar en valoraciones socio-económicas. En esta fase su papel se limita a comprobar si existen o no valores ecológicos. El parágrafo 25 de esta sentencia es claro:

"el artículo 4, apartado 1, de la Directiva sobre hábitats debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede tomar en consideración

14. DO núm. L 206, de 22 de diciembre.

15. Se revelan así como criterios de la Comisión la necesidad de que los criterios socio-económicos sean a largo plazo, no admitiéndose a corto plazo –la minas de carbón en Alemania como actividad ampliamente subsidiada y con corto recorrido–; la importancia de que un proyecto pertenezca una red transeuropea; la creación de industrias de alto valor añadido tecnológico; la existencia de una tasa de paro mayor (15,2 en comparación con el 9,2 en una autopista en Alemania), la existencia de un PIB menor; la irrelevancia de haber recibido fondos europeos como de la PAC –política agraria común–; o la existencia de descoordinación con otra política de la Unión. García Ureta cree que últimamente los intereses económicos y el desarrollo de infraestructuras prevalecen sobre el mantenimiento de áreas de conservación. Pero los estados deben adoptar medidas de compensación que en algunos casos implican la creación de nuevas áreas para especies y hábitats. También la Posición de la Comisión revela que los estados deben considerar si las infraestructuras existentes pueden ser objeto de un mayor grado de utilización. Véase GARCÍA URETA, "Habitats Directive and Environmental Assessment of Plans and Projects", JEEPL, 2, 2007, p. 8-20.

Las decisiones de la Comisión pueden verse en http://ec.europa.eu/environment/nature/nature_conservation/eu_nature_legislation/specific_articles/art6/index_en.htm.

exigencias económicas, sociales y culturales, así como particularidades regionales y locales, como las mencionadas en el artículo 2, apartado 3, de dicha Directiva, a la hora de elegir y delimitar los lugares que deben proponerse a la Comisión como lugares que pueden calificarse de importancia comunitaria."

Sólo en un momento posterior conforme a la Directiva 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.

Más reciente en el tiempo es la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2004 (Gran Sala) en el Asunto C-127/02 (cuestión prejudicial planteada por el Raad van State),[16] Bescherming van Vogels contra Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, § 44 46 y 47, en la cual se refuerza la exigencia de EAE en los espacios integrantes de la Red Natura 2000 declarados conforme a la Directiva 1992/43, de hábitats, en función del principio de cautela. Vemos literalmente los parágrafos siguientes:

"44. Pues bien, *teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela que, de conformidad con el artículo 174 del CE, apartado 2, párrafo primero, constituye una de las bases de la política de un nivel de protección elevado, seguida por la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, y a la luz del cual debe interpretarse la Directiva sobre los hábitats, tal posibilidad existe desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable* (véase, por analogía, en particular la sentencia de 5 de mayo de 1998, Reino Unido/Comisión, C-180/96, Rec. p. I-2265, apartados 50, 105 y 107). Esta interpretación de la condición a la que está supeditada la evaluación de las repercusiones de un plan o proyecto sobre un lugar determinado, que implica que procede efectuar dicha evaluación en caso de duda sobre la inexistencia de efectos apreciables, permite evitar con eficacia que se autoricen planes o proyectos que causen perjuicio a la integridad del lugar de que se trate y contribuye de este modo a la consecución del objetivo principal de la Directiva sobre los hábitats, de conformidad con el tercer considerando y el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva, a saber, garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

"45. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión, letra a), que *el artículo 6, apartado 3, primera frase, de la Directiva sobre los hábitats debe interpretarse en el sentido de que cualquier plan o proyecto que no tenga relación directa con la gestión del lugar o no sea necesario para la misma se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones sobre dicho lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de este último, cuando no quepa excluir, sobre la base de datos objetivos, que afecte al lugar de forma apreciable, ya sea individualmente o en combinación con otros planes o proyectos*."

Sobre la tercera cuestión, letra b):

"46. Como se desprende del artículo 6, apartado 3, primera frase, de la Directiva sobre los hábitats, en relación con el décimo considerando de ésta, el carácter significativo de las repercusiones sobre un lugar de un plan o proyecto que no tenga relación directa con la gestión de dicho lugar o no sea necesario para la misma está relacionado con los objetivos de conservación de este último.

"47. Por consiguiente, no cabe considerar que tal plan o proyecto pueda afectar de manera significativa al lugar de que se trate cuando, a pesar de tener alguna repercusión sobre éste, no puede comprometer los objetivos de conservación de dicho lugar.

"48. A la inversa, *debe considerarse necesariamente que tal plan o proyecto puede afectar de manera significativa al lugar de que se trate, cuando puede comprometer los objetivos de conservación de éste. En el marco de la apreciación prospectiva de los efectos vinculados a dicho plan o proyecto, debe determinarse el carácter significativo de estos efectos, en particular, a la luz de las características y condiciones medioambientales específicas del lugar afectado por aquel plan o proyecto,* tal como en esencia ha sostenido la Comisión.

"49. En consecuencia, procede responder a la tercera cuestión, letra b), que, con arreglo al artículo 6, apartado 3, primera frase, de la Directiva sobre los hábitats, *cuando un plan o proyecto que no tenga*

16. Al respecto véase el certero comentario de GARCÍA URETA y CUBERO MARCOS, José Ignacio, "Directiva de hábitats: Principio de precaución y evaluación de planes y proyectos", RVAP, 70, septiembre-diciembre de 2004, p. 361-381.

relación directa con la gestión de un determinado lugar o no sea necesario para la misma puede comprometer los objetivos de conservación de dicho lugar, se debe considerar que puede afectar a ese lugar de forma apreciable. Esta posibilidad debe apreciarse, en particular, a la luz de las características y condiciones medioambientales específicas del lugar afectado por tal plan o proyecto."

Desde el punto de vista operativo, se está afirmando *ex* principio de cautela una presunción de obligación de sometimiento a evaluación ambiental estratégica que es el modo de lograr el desarrollo sostenible.

En un caso más reciente, STJCE de 26 de octubre de 2007, en el Asunto C-239/04 el TJCEE ha declarado el incumplimiento de la República Portuguesa, de las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, apartado 4, 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, en su versión modificada por la Directiva 97/62/CE del Consejo, de 27 de octubre de 1997, al ejecutar un proyecto de autopista cuyo trazado atraviesa la zona de protección especial de Castro Verde, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación del impacto ambiental y sin haber demostrado la falta de soluciones alternativas al citado trazado (alternativas de trazado fuera de la ZPE de Castro Verde). La clave (§36 a 38) es la demostración de la ausencia de alternativas. Las alternativas aparecen así una vez más como la piedra de toque de los procesos de evaluación de impacto ambiental. Es importante el criterio interpretativo del artículo 6.4 de la Directiva que se establece en el parágrafo 35 de la sentencia:

"35. *Esta disposición, que permite, con ciertos requisitos, realizar un plan o un proyecto que haya dado lugar a conclusiones negativas en el marco de la evaluación* prevista en el artículo 6, apartado 3, primera frase, de la Directiva (LCEur 1992, 2415) sobre los hábitats, debe, como excepción al criterio de autorización enunciado en la frase segunda del referido apartado 3, *ser objeto de una interpretación estricta*."

En el Asunto C-209/02, Comisión c. República de Austria, la STJCEE de 29 de enero de 2004, ha declarado que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 6, apartados 3 y 4, 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, en relación con el artículo 7 de esta misma Directiva, al haber autorizado el proyecto de ampliación del campo de golf del municipio de Wörschach en el Land de Estiria, a pesar de las conclusiones negativas de una evaluación de las repercusiones sobre el hábitat del guión de codornices (*Crex crex*) en la zona de protección especial del Wörschacher Moos situada en dicho municipio y clasificada con arreglo al artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. Lo relevante es estándar de aplicación de la Directiva que podemos inferir de esta sentencia. En el parágrafo 27 se afirma que las estadísticas de la población de guiones de codornices que frecuentaban la ZPE del Wörschacher Moos, efectuadas en 2000 y 2002 confirmaban respectivamente la presencia de tres y dos machos reproductores, estadísticas a las que se remitía el Gobierno austriaco para demostrar que la realización de la ampliación del campo de golf no había supuesto una disminución apreciable de dicha población. Y esto se rechaza expresamente en la sentencia. En el parágrafo 26 se declara que, en el momento de la adopción de la decisión de 14 de mayo de 1999, las autoridades austriacas carecían de fundamento para considerar que el proyecto de ampliación del campo de golf controvertido en el caso de autos, acompañado de las medidas previstas en dicha decisión, no podía perturbar de manera apreciable a la población de guiones de codornices existente en la ZPE del Wörschacher Moos y que no afectaría a la integridad de dicha zona. Se desvela así un estándar estricto de cumplimiento y la exigencia de una rigurosa demostración basada en datos objetivos científicos.

Precisamente esta idea se corrobora de modo general en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo (Sala Segunda), de 13 de julio de 2006, en el asunto C-191/05, que ha declarado que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979 (LCEur 1979, 135), relativa a la conservación de las aves silvestres, al haber modificado la delimitación de la zona de protección especial Moura, Mourão, Barrancos y al haber excluido, por este motivo, zonas donde habitan ciertas especies de aves silvestres cuya protección había justificado la designación de la referida ZPS. Se exige una base científica: son los criterios de índole ornitológica contenidos en los apartados 1 y 2 del artículo 4 los que deben guiar a los estados miembros en la elección y en la delimitación de las ZPS (parágrafo 10), y de ello se deriva que un Estado miembro no puede reducir la superficie de una ZPS ni tampoco modificar su delimitación, a menos que las zonas excluidas de la ZPS ya no correspondan a los territorios más adecuados para la conservación de las especies de aves silvestres, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva (parágrafo 13). Esta solución se ha consagrado en el artículo 13, apar-

tado 4, de la nueva Ley estatal del suelo, Ley 8/2007, de 28 de mayo:

"Sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación."

Por último, damos cuenta de la STJCEE de 10 de enero de 2006, en el Asunto C-98/03, Comisión v. Alemania, en la cual el TJCEE ha declarado que la Ley federal sobre protección de la naturaleza y conservación del paisaje de 25 de marzo de 2002 (*Gesetz über Naturschutz und der Landsshaftspflege*) es contraria a la Directiva 93/43/CEE estimado el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión. La sentencia declara la falta de medidas de transposición adecuadas porque la citada norma federal exime de someterse a EIA a determinados proyectos que se realicen fuera de las ZEC, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, a la obligación de evaluación del impacto medioambiental prevista en el artículo 6, apartados 3 y 4, de dicha Directiva, sin saber si tales proyectos pueden tener un impacto significativo sobre dichas zonas; al permitir emisiones en zonas especiales de conservación, sin saber si pueden tener un impacto significativo sobre éstas; al excluir del ámbito de aplicación de las normas para la protección de las especies determinados perjuicios no intencionados ocasionados a animales protegidos; al no garantizar el cumplimiento de los requisitos previstos para la aplicación de las excepciones del artículo 16 de la Directiva, en lo que se refiere a determinados actos compatibles con la conservación de la zona; al establecer una normativa sobre el uso de productos fitosanitarios que no tiene suficientemente en cuenta la protección de las especies y al no garantizar que las disposiciones en materia de regulación de la pesca impongan prohibiciones de capturas pesqueras adecuadas.

3. A modo de epílogo

La doctrina del Tribunal Constitucional que consagra como modelo constitucional el desarrollo sostenible contrasta con la progresiva afirmación de la prevalencia del bien jurídico medio ambiente en el Derecho Ambiental de la Unión Europea y en la doctrina del TJCE. Con respaldo constitucional, se ha optado por una vía intermedia que podríamos denominar *de desarrollo ecológico*, en la cual no se descarta en determinados supuestos la constitucionalidad de la prevalencia del bien jurídico ambiental sobre el desarrollo de determinadas actividades económicas en los casos en que el ejercicio de éstas sea incompatible con los objetivos de la preservación del medio ambiente.

En el ámbito europeo detectamos un deslizamiento del Derecho sustantivo al Derecho de procedimiento. El Derecho (Directiva 92/43) ha pasado de regular valores en conflicto con prevalencia normativa del ambiental a un procedimiento de articulación en el que las medidas compensatorias y las alternativas son las claves en los procedimientos destinados a compatibilizar proyectos con valores ambientales protegidos. No obstante, se echa de menos una regulación con más densidad normativa tanto en la selección de alternativas como en la determinación de las medidas compensatorias. El control de alternativas –como en Castro Verde– prospera ante una ausencia total de estudio de las mismas. Es importante la afirmación jurisprudencial de la interpretación restrictiva de las excepciones que permiten desarrollar proyectos a pesar de haberse revelado sus consecuencias negativas.

Vemos con particular preocupación la inexistencia de mecanismos adecuados que eviten fallos meramente declarativos de los incumplimientos de los estados. Los artículos 226 y 228 del TCEE son insuficientes, pues dejan a la discrecionalidad de la Comisión la reacción contra los incumplimientos declarados –inexistiendo un plazo para ello–. García Ureta ha sostenido la nulidad de pleno derecho y la aplicación de las potestades de revisión para los actos que constituyan incumplimientos.[17] Creemos que el Estado ambiental de derecho reclama una reforma del recurso de incumplimiento de forma

17. Estos aspectos han sido vistos con clarividencia por el mejor especialista europeo en protección de la biodiversidad. En este completo y magistral estudio García Ureta, partiendo del dato de mal existente (la transposición y la correcta aplicación de esta rama del ordenamiento dista de ser satisfactoria, oscureciendo los logros conseguidos en el plano de la aprobación de disposiciones), analiza cuestiones generales sobre la incorporación de la normativa ambiental; la situación en el Estado español, y efectúa, por último, un repaso de las obligaciones generales que pesan sobre las administraciones y tribunales respecto del Derecho comunitario, con especial atención a los efectos de las STJCE sobre potestades de revisión de oficio. Examina García Ureta las dificultades tomando como botones de muestra las directivas 79/409, de aves silvestres, 85/337, de evaluación de impacto ambiental, y 96/61, relativa al control integrado de la contaminación. Reflexiona a continuación el autor sobre la efectividad de los mecanismos de control –que estima insatisfactorios (insuficiencias del procedimiento de infracción del artículo 226 del TCE– y sobre los efectos de una sentencia declarando el incumplimiento del Derecho comunitario –la declaración de incumplimiento implica para las autoridades nacionales compe-

que se atribuyan poderes de ejecución de sentencias directos al TJCEE. No podemos tener una estructura jurídica del siglo pasado para un ordenamiento del siglo xxi. Obviamente, una adecuada articulación de medidas cautelares evitaría destrucciones irreversibles. Las sentencias de incumplimiento deben comportar la nulidad de los actos jurídicos de autorización o aprobación y la reposición de la realidad alterada. Y ello de forma efectiva y no sólo potencial o retórica. De otro modo, el edificio construido *ex* Directiva 92/43 se revela como inútil. Probablemente sea necesario reformar el Derecho Administrativo común para evitar disfuncionalidades entre los estándares de validez comunitarios y nacionales. Pero el final del camino no puede ser que la validez o la reposición de la realidad alterada quede al albur de la actuación de la Comisión, los estados o los ciudadanos impulsando revisiones de oficio. La ejecución de los fallos debe situarse dentro de la potestad jurisdiccional del TJCEE sin resquicios para la discrecionalidad estatal o de la Comisión.

Por otro lado, detectamos un peligro de traslado de técnicas del Derecho Internacional a los ordenamientos internos. Y el desarrollo sostenible no puede ser sólo simbólico. El *soft law* como primera etapa hacia el compromiso tiene sentido en el Derecho Internacional, pero no en sistemas jurídicos nacionales. Debe procederse a la juridificación del Derecho simbólico que representan las agendas 21. Esta juridificación no ha de ser sólo por vía interpretativa.18 La juridificación del Derecho simbólico debe realizarse mediante la obligatoria incorporación de los contenidos de las agendas en *hard-law* vía informes preceptivos y vinculantes y mediante una planificación ambiental urbana que a imagen y semejanza del urbanismo adopte la forma y naturaleza de disposición de carácter general en un sistema piramidal de planificación coordinada con la ordenación del territorio. La planificación ambiental es hoy predominantemente planificación de los recursos y espacios naturales. Es coherente con el hecho de ser hoy la población mayoritariamente urbana que nazca una planificación ambiental urbana. Esta planificación debe ser integrada –como la autorización integrada IPPC– de todos los problemas ambientales que como las cabezas de Hydra pertenecen al mismo monstruo.

En fin, el desarrollo sostenible como una aspiración justa de la humanidad requiere reformas estructurales no sólo jurídicas. La preservación del medio ambiente sin justicia social a escala nacional y planetaria es una quimera. Por eso quienes deseamos un mundo más ecológico queremos también un mundo más justo. Convertir este sueño en realidad es la principal misión del Derecho Ambiental y debiera serlo también de nuestros gobernantes.

Bibliografía

AA.VV. *Desarrollo económico y medio ambiente*, IV Congreso Nacional de Economía, Sevilla 9, 10 y 11 de diciembre de 1992, Aranzadi, Pamplona, 1992.

Comisión Mundial de Medio ambiente y Desarrollo. *Environmental protection and sustainable development. Legal principles and Recomendations*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, 1987.

De Arcenegui. "La protección del medio ambiente a la luz de la legislación minera del Estado y de la Ley 12/1981, de 24 de diciembre, de la Generalidad de Cataluña", RAP, 100-102, 1983, p. 2651-2689.

Ezeizabarrena Sáenz. "Itoiz y la tutela judicial efectiva", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 672/2005, BIB 2005/1113.

Fernández-Espinar y López. "El conflicto de intereses entre el medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero", RAP, 111, septiembre-diciembre, 1986, p. 237-272.

Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. "Derecho, medio ambiente y desarrollo", REDA, 24, enero-marzo de 1980, p. 5-16.

Fernández Valverde. "La historia interminable de la presa de Itoiz", *Revista de Urbanismo y Edificación*, 12, 2005, p. 111-135.

García Ureta, Agustín. "Transposición del Derecho comunitario y obligaciones de los poderes públicos. El caso de algunas normativas ambientales", RArAP, 16, junio de 2000, p. 65-115.

García Ureta, Agustín. "Habitats Directive and Environmental Assessment of Plans and Projects", JEEPL, 2, 2007, p. 8-20.

García Ureta, Agustín; Cubero Marcos, José Ignacio. "Directiva de Hábitats: principio de precaución y evaluación de planes y proyectos", RVAP, 70, septiembre-diciembre de 2004, p. 361-381.

tentes la prohibición de pleno Derecho de aplicar la disposición nacional, y en su caso, la obligación de adoptar las disposiciones necesarias para dar plena efectividad al Derecho comunitario–. Tras realizar un examen de cuestiones como el efecto directo de directivas ambientales no transpuestas, culmina su estudio sosteniendo valientemente que el incumplimiento de Derecho comunitario debe conceptuarse como vicio de nulidad a los efectos de habilitación de poderes de revisión de oficio ("Transposición del Derecho comunitario y obligaciones de los poderes públicos. El caso de algunas normativas ambientales", RArAP, 16 de junio de 2000, p. 65-115).

18. Al respecto, véase Loperena Rota; Ezeizabarrena Sáenz, "La red de gobiernos regionales para el desarrollo sostenible", (NRG4SD) BIB 2005/1880, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 685/2005.

Loperena Rota, Demetrio. *Desarrollo sostenible y globalización*, Colección Divulgación Jurídica, Thomson Aranzadi, Madrid, 2003.

Loperena Rota; Ezeizabarrena Sáenz. "La red de gobiernos regionales para el desarrollo sostenible", (NRG4SD) BIB 2005/1880, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 685/2005.

López menudo, Francisco. "El derecho a la protección del medio ambiente", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, septiembre-diciembre de 1991, p. 161-291.

Moreno Trujillo, Eulalia. "La armonización de la protección del medio ambiente y el desarrollo económico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Seminario sobre Instrumentos Jurídicos y Económicos para la Protección del Medio Ambiente*, Comisión de las Comunidades Europeas/Principado de Asturias, Servicio de Publicaciones, 1991, p. 215-220.

Pulido Quecedo, "La presa de Itoiz ante el TEDH", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 634, 2004, parte comentario. ■

4. Actividades extractivas y medio ambiente

Tomás Quintana López
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León

1. Antecedentes inmediatos y evolución normativa.
2. Régimen actual.
2.1. Evaluación de impacto ambiental. 2.2. Restauración de espacios afectados por actividades extractivas. 2.3. La minería como actividad clasificada y como actividad sometida al régimen de autorización ambiental integrada.
3. La minería y el urbanismo.
4. Las sanciones relativas a la protección del medio ambiente frente a las actividades extractivas.
Post scriptum.

Demostrar la tensión entre las actividades extractivas y el medio ambiente no precisa de demasiada argumentación, pues los distintos procesos que concurren en el aprovechamiento de los recursos minerales se hallan estrechamente ligados a los diferentes elementos de la naturaleza. En efecto, no es fácil imaginar la explotación de una cantera o una mina sin llevar a cabo ingentes movimientos de tierra, sobre todo si ésta se explota a cielo abierto; también es necesaria la utilización de agua para el lavado del mineral; igualmente, determinados procesos de beneficio o concentración de los recursos minerales generan la emisión de gases o partículas sobrantes al entorno; en fin, la localización misma de la mina puede entrar en colisión con otros destinos del suelo, incluso de carácter urbanístico, o, más frecuentemente aún, con la conservación de la naturaleza, sea un monte, una playa, la ribera de un río, etc.

1. Antecedentes inmediatos y evolución normativa

Por tanto, no puede extrañar que, incluso desde antiguo, el Derecho haya dispuesto de algunos medios con objeto de reducir los impactos de la minería en los distintos elementos de la naturaleza, sobre todo cuando pudieran representar un peligro para la salubridad pública, aunque ciertamente no hayan sido tan efectivos como para impedir que hoy, afortunadamente, contemos con algunos valiosos vestigios del pasado minero de España, como los espectaculares yacimientos auríferos de Las Médulas, situados en la provincia de León y hoy declarados Patrimonio de la Humanidad. Éste no es lugar, sin embargo, para hacer incursiones en el pasado sino para conocer el presente y, a lo sumo, los antecedentes más inmediatos. Con este objeto, hay que recordar que en un clima de creciente preocupación por la degradación de la naturaleza –recuérdese que, auspiciada por las Naciones Unidas, la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Ambiente se celebra en 1972–, en el año 1973 es aprobada la vigente Ley de minas, norma que, respondiendo a aquel estado de opinión, incorpora una serie de preceptos con los que se pretende buscar un equilibrio entre la extracción y los procesos de aprovechamiento de los recursos minerales con la conservación del medio ambiente.

De ellos merecen ser tenidos en cuenta los artículos 17.2, 20.2, 33.2, 66 y 69, en los que se prevé que la autorización o concesión de la explotación de recursos minerales vaya acompañada de las medidas oportunas de tutela ambiental; o los artículos 83, 84, 85 y 86, en los que, aunque no de forma expresa, mediante remisión se contempla la imposición de sanciones, incluso la caducidad de las autorizaciones y concesiones ante el incumplimiento de las medidas de protección ambiental previstas en los títulos autorizatorios o concesionales; o el artículo 110.1, que habilita a la Administración de minas para imponer a los titulares de derechos mineros la formación de cotos cuando esta medida pueda redundar positivamente en la protección del medio ambiente; o el artículo 112.2, que también somete la realización de los procesos de preparación, concentración y beneficio de minerales a la adopción de las medidas oportunas de protección ambiental; preceptos todos ellos que, resulta obvio destacarlo, todavía se hallan en vigor. De todos ellos, sin embargo, merece ser destacado el artículo 5.3, en el que se ordena al Ministerio de Industria realizar los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del ambiente en el aprovechamiento de los recursos minerales, para su establecimiento mediante decreto.

No obstante, pese a las prescripciones impuestas por este precepto, lo cierto es que en los años siguientes a la aprobación de la vigente Ley de minas no se produce el desarrollo reglamentario de su artículo 5.3, lo que, en la práctica, desactiva la aplicación del resto de previsiones tendentes a la tutela ambiental frente a la minería que contempla la propia Ley de minas.

En definitiva, se puede afirmar que durante casi los diez primeros años de vigencia de la Ley de minas, concretamente hasta principios de los años ochenta, el ordenamiento jurídico español carece de normas legales de protección ambiental frente a la minería, lo que explica que en los conflictos judiciales en que en esa época se planteó la tensión entre la minería y el medio ambiente, tendencialmente las resoluciones favorecían a las explotaciones mineras en perjuicio de otros recursos naturales u otros aspectos relevantes de la naturaleza, como la riqueza paisajística, la cinegética, o los usos agrícolas y ganaderos, que casi siempre resultaban sacrificados frente a la explotación de los recursos minerales. Hubo que esperar a la aprobación de la Constitución en 1978 y, con ella, la nueva distribución territorial del poder y, sobre todo, el reconocimiento del derecho de todos a un medio ambiente adecuado como principio rector de la política social y económica (artículo 45 de la CE) para que la protección del medio ambiente recibiera un notable impulso y, por ende, la tutela ambiental frente a las actividades mineras.

El primer paso en esa dirección lo dio la Comunidad Autónoma de Cataluña mediante la aprobación 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 afectados por actividades extractivas. Esta Ley fue sometida a recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de la nación, sobre la base de dos argumentos: la posible vulneración por la misma de algunos principios constitucionales y, en

particular, el artículo 130 de la Constitución, que encomienda a los poderes públicos a atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, y la posible vulneración del régimen de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en que habría incurrido el legislador autonómico en materia de protección ambiental. El recurso fue resuelto mediante la STC 64/1982, de 4 de noviembre, que sirvió para respaldar en lo fundamental los mecanismos de tutela ambiental dispuestos en la ley citada de Cataluña, así como la competencia autonómica para establecerlos.

Casi de forma coetánea a la sentencia constitucional citada, el Gobierno de la nación aprobó algunas normas dirigidas a imponer y regular la obligación de restaurar los espacios afectados por actividades extractivas, regulación a la que responden el Real decreto 2994/1982, de 15 de octubre, y el Real decreto 1116/1984, de 9 de mayo. Posteriormente, algunas comunidades autónomas han ido aprobando normas que afectan a la restauración de los espacios afectados por estas actividades; así, el ejecutivo catalán aprobó el Decreto de 15 de julio de 1983, de desarrollo de la citada Ley 12/1981; Castilla y León desde 1985 viene legislando en la materia con rango reglamentario (en la actualidad está en vigor el Decreto de 15 de julio de 1991); Aragón también dispone de su propia normativa (Decreto de 26 de abril de 1994); igualmente, el País Vasco ha aprobado el Decreto de 20 de julio de 2000, que, como la mayor parte de las normas autonómicas citadas, es complementario de los reales decretos estatales, también citados, sobre restauración de espacios afectados por actividades mineras. Esta normativa de restauración es, pues, la primera que se promulga en nuestro país de forma específica en el tema que nos ocupa, y, conforme a ella, el titular de la explotación queda sometido al deber de restaurar, de manera que el solicitante de una autorización o concesión administrativa para la explotación de un recurso mineral ha de presentar un plan de restauración, cuya aprobación corresponde, de forma simultánea al otorgamiento de la autorización o concesión, a la Administración de minas. Para asegurar la ejecución del contenido del plan de restauración la Administración está habilitada para exigir una fianza al concesionario, sin perjuicio de que el incumplimiento de lo previsto en el plan de restauración por parte del explotador pueda dar lugar a la imposición de las sanciones previstas en la legislación de minas, que puede abocar a la declaración de caducidad de la autorización o concesión.

No obstante, incluso con anterioridad a la puesta en vigor de la normativa de restauración de los espacios afectados por actividades extractivas, la minería ha estado sometida al régimen de las actividades clasificadas, durante mucho tiempo representado por el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre (RAMINP), toda vez que los procesos de extracción y aprovechamiento de los recursos minerales tienen la consideración en dicho reglamento de actividad molesta, al producir ruidos, vibraciones, gases y polvos; también pueden llegar a tener la consideración de insalubre o nociva, a causa, entre otros efectos, del vertido de aguas residuales procedentes del lavado del mineral; y, además, también se trata de actividades peligrosas, debido, sobre todo, al frecuente manejo de explosivos. Sin embargo, precisar la efectiva aplicación del RAMINP en relación con la minería pasa por recordar el contenido de los artículos 116 y 117 de la Ley de minas, en los que se establece que la suspensión de los trabajos de aprovechamiento, exploración e investigación de recursos autorizados conforme a las disposiciones de esta Ley sólo podrá ser acordada por el Ministerio de Industria, previsión que en muchos casos ha llegado a entorpecer la aplicación municipal del RAMINP, al impedir o dificultar el ejercicio de la potestad sancionadora o, en su caso, la adopción de medidas cautelares por parte de los órganos municipales que, en aplicación de la normativa de actividades clasificadas, pudieran suponer la suspensión temporal de la licencia o el cese definitivo de la misma. Ciertamente, la jurisprudencia se ha encargado de evitar una interpretación radical de estos preceptos de la Ley de minas, al hacer compatible su aplicación con las previsiones de otras normas concurrentes; señaladamente las del RAMINP que habilitan a los órganos municipales a suspender o decretar el cese de los trabajos de aprovechamiento minero en los casos previstos por aquél. Un ejemplo, entre otros muchos, de esa línea jurisprudencial nos lo ofrece la STS de 1 de febrero de 1988, al argumentar que "Respecto a la alegación de la parte actora consistente en la prohibición de suspensión del aprovechamiento minero, conforme al artículo 116 de la Ley de minas de 21 de julio de 1973, esta sala entiende que dicho precepto debe interpretarse en forma que se haga compatible con la existencia y ejercicio de la competencia municipal destinada, en este caso, a la defensa del medio ambiente y a la protección de las personas y puesto que el artículo 84.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, atribuye a las corporaciones locales competencia para intervenir en la actividad de los particulares a través de la concesión de licencia, esta competencia debe ejercerse conforme a su normativa reguladora según establece la disposición adicional quinta del RAMINP de 1961, y, por tanto, ninguna infracción se detecta en el acto de suspensión impugnado".

2. Régimen actual

2.1. Evaluación de impacto ambiental

Pocos años después de ser aprobados los decretos de restauración, mediante los que se obliga a los titulares de las explotaciones a cielo abierto o de interior cuyas instalaciones y trabajos alteren sensiblemente el espacio exterior a restaurar los espacios afectados por actividades mineras, España se incorpora a las, entonces, Comunidades Europeas, y tiene que transponer y aplicar la normativa comunitaria, en particular la normativa de evaluación de impacto ambiental, cuya trascendencia para la protección del medio ambiente frente a las actividades mineras es fundamental.

Como es sabido, es la Directiva 85/337 la que regula la evaluación de impacto ambiental, directiva que fue transpuesta al ordenamiento jurídico español por el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental (DLEIA), norma que, después de sucesivas reformas, sigue en vigor en la actualidad, constituyendo precisamente esta disposición el pilar fundamental en que hoy se asienta la disciplina ambiental de las actividades mineras mediante el sometimiento a la evaluación de impacto ambiental de las mismas en los términos que se deducen del artículo 1 del DLEIA.

En efecto, el artículo 1.2 del DLEIA establece que "los proyectos públicos o privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo I deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en este Real decreto legislativo". Consecuentemente, la larga enumeración de proyectos que contempla el grupo 2 del anexo I, bajo la denominación de "Industria extractiva", cuya cita, por extensa, omitimos, queda sometida al procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Más allá de esta regla, otros proyectos de extracción de minerales que no alcancen los valores de los umbrales establecidos en el citado grupo 2, del anexo I, también se someterán a evaluación de impacto cuando se desarrollen en zonas especialmente sensibles, designadas en aplicación de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril, relativa a la conservación de las aves silvestres, y de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, o en humedales incluidos en la lista del Convenio de Ramsar, y en ellos concurran las circunstancias previstas en el apartado 6 del grupo 9, "Otros proyectos", del mismo anexo I del DLEIA, esto es, se trate de explotaciones y frentes de una misma autorización o concesión a cielo abierto de yacimientos minerales y demás recursos geológicos de las secciones A), B), C) y D), cuyo aprovechamiento está regulado por la Ley de minas y normativa complementaria, y la superficie de terreno afectado por la explotación supere las 2,5 hectáreas o la explotación se halle ubicada en terreno de dominio público hidráulico o en la zona de policía de un cauce.

Además de los proyectos de "industrias extractivas" contemplados en el grupo 2 y apartado 6 del grupo 9 del anexo I del DLEIA que, en los términos señalados, se hallan sometidos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, de lo dispuesto en el artículo 1.3 del DLEIA también se deduce que para otros proyectos de actividades mineras distintos a los anteriores también puede ser obligatorio el sometimiento a evaluación de impacto ambiental. En efecto, conforme al artículo 1.3 del DLEIA, "cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso", ajustándose para ello a los criterios establecidos en el anexo III, los proyectos contemplados en el anexo II, así como cualquier otro proyecto no incluido en el anexo I que pueda afectar directa o indirectamente a los espacios de la Red Ecológica Europea Natura 2000, también se someterán a evaluación de impacto ambiental, proyectos entre los que expresamente se encuentran una serie de actividades extractivas incluidas como grupo 3 del citado anexo II. Esta regla cede, sin embargo, en los casos en que las comunidades autónomas prevean directamente el sometimiento a evaluación de impacto ambiental de estos proyectos o bien hayan dispuesto umbrales propios de acuerdo con los criterios fijados por el anexo III ya citado (artículo 1.3 del DLEIA).

Las actividades mineras que reúnan las condiciones previstas legalmente, en los términos que cabe deducir de lo expuesto, estarán sujetas a la evaluación de impacto ambiental, lo cual supone la tramitación de unas actuaciones que culminan con la declaración de impacto ambiental. Estos trámites, al estar referidos a la actividad de la extracción de minerales, integrada, por tanto, en el título competencial "gestión del sector minero", de competencia autonómica, han de ser efectuados en el seno de la organización administrativa de cada comunidad autónoma, siendo de aplicación, en todo caso, las reglas básicas que, casi en su totalidad, integran el DLEIA.

Conforme a las mismas, los proyectos de extracción de minerales sometidos a evaluación de impacto ambiental han de ir acompañados de un estudio de impacto ambiental, con los datos que, al efecto, establece el artículo 2.1 del DLEIA. El estudio de impacto ambiental debe ser objeto de información pública. Del resultado de la información pública y de otros informes que hayan sido emitidos, así como del estudio de evaluación de impacto ambiental y de las propias observaciones al mismo que pueda efectuar

el órgano autonómico competente en materia de minas, se dará traslado al órgano ambiental autonómico con el objeto de que realice la declaración de impacto ambiental, en la que habrán de ser fijadas las condiciones necesarias para la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales. En caso de que existan discrepancias sobre el contenido de la declaración entre el órgano ambiental que la emitió y el órgano sectorial responsable de la gestión de la minería, resolverá el órgano de gobierno de la comunidad autónoma o, en su caso, el órgano administrativo que la comunidad autónoma haya designado, sin perjuicio de su posible revisión jurisdiccional (STS de 29 de noviembre de 2006). La declaración de impacto ambiental se hará pública y, en su caso, procederá que el órgano sustantivo otorgue la correspondiente autorización o concesión administrativa como título habilitante para la explotación del recurso mineral.

2.2. Restauración de espacios afectados por actividades extractivas

Una vez considerada la normativa de evaluación de impacto ambiental en su relación con las actividades mineras, hemos de volver a la normativa de restauración de espacios afectados por actividades extractivas –los reales decretos 2994/1982 y 1116/1984– debido a su doble interés en este lugar: por una parte, a causa de su carácter complementario en relación con la normativa de evaluación de impacto ambiental, conforme se deduce de la disposición adicional b) del Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de evaluación de impacto ambiental; por otra, debido a su aplicación en aquellas explotaciones mineras que no se hallen sometidas a evaluación de impacto ambiental, toda vez que estas explotaciones, al no serles aplicables el régimen de evaluación de impacto ambiental, eventualmente pueden estar sometidas a la normativa de restauración, es decir, a los citados reales decretos de 1982 y 1984 y, en su caso, a la normativa autonómica de restauración dictada en desarrollo de la estatal, eso sí, siempre que se trate de explotaciones a cielo abierto o, incluso, de interior cuando las instalaciones o trabajos alteren sensiblemente el espacio exterior, según dispone el artículo 1.2 del Real decreto 2994/1982. Otra cosa es que debido a la extensión con que está concebida la aplicación de la normativa de evaluación de impacto ambiental, según hemos puesto ya de relieve, es muy probable que pocas explotaciones mineras escapen a este control preventivo que es la evaluación de impacto ambiental y, sin embargo, se hallen sometidas exclusivamente a las normas de restauración.

Por tanto, sea por su aplicación complementaria, lo que resultará normal, o sea por su aplicación exclusiva, que no será frecuente, conviene reparar brevemente en los aspectos fundamentales de la normativa de restauración.

El instrumento central de los previstos en ella es el Plan de restauración, que ha de ser presentado ante el órgano administrativo autonómico competente en materia de minería con anterioridad al otorgamiento de la autorización o concesión, con el objeto de que este órgano, después de realizar las comprobaciones, la recepción de informes y las observaciones oportunas, acuerde, en su caso, la aprobación del mismo juntamente con el otorgamiento de la autorización o concesión. La ejecución del Plan de restauración corresponderá al titular de la explotación, ejecución para la que la Administración podrá exigir garantía suficiente de su cumplimiento; incluso, el titular de la explotación podrá optar porque sea la Administración la encargada de ejecutar el Plan de restauración, en cuyo caso, el titular de la explotación deberá cubrir el coste de la ejecución. A ello hay que añadir, en los términos de los artículos 7, 8 y 10 del Real decreto 2994/1982, la imposición de sanciones por el incumplimiento del Plan de restauración, la posible creación obligatoria de cotos mineros cuando redunden en una mejor restauración del espacio afectado por la actividad y la eventual obtención de los beneficios previstos legalmente para realizar las operaciones de restauración por parte del titular de la explotación. El seguimiento y vigilancia de las labores de restauración está sometido al control que, al menos en relación con las explotaciones de carbón a cielo abierto (Real decreto 1116/1984), comparten el órgano competente en materia de minería y el órgano ambiental.

2.3. La minería como actividad clasificada y como actividad sometida al régimen de autorización ambiental integrada

Ya nos es conocido que las actividades mineras han venido siendo consideradas como clasificadas, sometidas, por tanto, al RAMINP, toda vez que, además de generar molestias y poder llegar a ser insalubres o nocivas, y con frecuencia producir riesgos, algunas actividades del sector minero se encuentran expresamente prescritas en el nomenclátor del propio RAMINP. Ni siquiera la sustitución y el desplazamiento de esta norma que algunas comunidades autónomas han realizado mediante la aprobación de su propia normativa de actividades clasificadas o similar ha supuesto variación alguna que merezca ser destacada; por tanto, sea con base en el RAMINP, o más bien ya en la actualidad sea por aplicación de las normativas autonómicas propias, los procesos de extracción y aprovechamiento de los recursos minerales vienen teniendo la consideración de activida-

des sometidas al control impuesto por la normativa reguladora, sea la estatal o la autonómica, que se concreta en mecanismos autorizatorios municipales que, con distintas denominaciones, vienen a ser herederos de las viejas licencias de actividades clasificadas reguladas por el RAMNIP. Particular interés tiene advertir la solución que aportan algunas normas autonómicas a los supuestos –frecuentes por otra parte– en que el inicio de una misma explotación esté sometida a evaluación de impacto ambiental y, a la vez, a la autorización o licencia municipal de carácter ambiental, en cuyo caso la licencia ambiental municipal tiene que incorporar los condicionamientos ambientales fijados en la declaración de impacto ambiental.

No obstante, con referencia a la minería, tampoco se puede pasar por alto la transposición de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, mediante la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (en adelante, LPCIC), en la medida en que su artículo 9 somete a la autorización ambiental integrada la construcción, montaje, explotación o traslado, así como la modificación sustancial, de las instalaciones en las que se desarrollen algunas de las actividades relacionadas en el anejo 1 de la propia Ley, anejo en el que se incluyen bajo la denominación de "Industrias minerales" un variado elenco de instalaciones de fabricación de productos a base de recursos minerales.

Pues bien, dado que las actividades a desarrollar en las instalaciones a que se refiere el anejo 1 de la LPCIC, bajo el rótulo de "Industrias mineras", tienen la consideración de molestas, insalubres, nocivas y, en algún caso, de peligrosas y, por tanto, se hallan sujetas a la disciplina del RAMINP o a la que en su lugar hayan aprobado las comunidades autónomas, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 29.1 de la LPCIC, conforme al cual "el otorgamiento de la autorización ambiental integrada sustituirá al procedimiento para el otorgamiento de la licencia municipal de actividades clasificadas regulado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, salvo en lo referente a la resolución definitiva de la autoridad municipal". Por ello, las actividades relacionadas en el anejo 1 de la LPCIC como "Industrias mineras", tradicionalmente consideradas como actividades clasificadas, hoy están sometidas al procedimiento de la autorización ambiental integrada, con la peculiaridad de que la resolución del mismo corresponde, no a la Administración autonómica, sino a la autoridad municipal; eso sí, como se encarga de precisar el propio artículo 29.1 *in fine* de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, "la autorización ambiental integrada será, en su caso, vinculante para la autoridad municipal cuando implique la denegación de licencias o la imposición de medidas correctoras, así como en lo referente a todos los aspectos medioambientales", por lo que, en definitiva, puede afirmarse que en los casos de industrias mineras sometidas a autorización ambiental integrada, el control previo municipal ha quedado sustituido por el control autonómico.

Una precisión más hay que realizar en relación con las denominadas *industrias mineras* que acoge el anejo 1 de la LPCIC, pues, conforme prevé el artículo 3.1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, el ámbito de aplicación de éstas se extiende a los daños ambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran cuando hayan sido causados por actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III de la propia Ley 26/2007, anexo en el que se incluyen la explotación de las instalaciones sujetas a autorización de conformidad con la LPCIC. Por tanto, también quedan sometidas al régimen de responsabilidad medioambiental, regulado en la reciente Ley 26/2007, las instalaciones de fabricación de productos minerales incluidos en el anejo 1 de la LPCIC.

3. La minería y el urbanismo

No han sido precisamente unas relaciones pacíficas las mantenidas entre la minería y el urbanismo. Los motivos de la frecuente conflictividad se reconducen a la tensión entre dos perspectivas llamadas a incidir en el territorio: una, la que representa el sector minero, regulado por una normativa específica, gestionado por unos órganos administrativos determinados y atento a unos particulares intereses; la otra, la perspectiva urbanística, se caracteriza por ser integradora de las sectoriales y, por tanto, también está llamada a acoger, bajo las determinaciones de los instrumentos de planeamiento y bajo la disciplina de los órganos gestores del urbanismo, las actividades de extracción y aprovechamiento de los recursos minerales.

Pues bien, de todos los episodios a que ha dado lugar durante años la conflictividad entre la minería y el urbanismo, seguramente el que mejor ilustra esa tensión y, a la vez, el más frecuente, tiene su origen en la aplicación del régimen de las licencias urbanísticas a las actividades mineras, pues la exigencia de aquéllas por las autoridades municipales ha chocado frecuentemente con la negativa de los titulares de la explotación a someterse a este control. La casuística que ilustra esta relación conflictiva es tan variada como han sido las objeciones opuestas por los titula-

res de las explotaciones ante la insistencia de las autoridades municipales para que éstos solicitaran licencia urbanística antes del inicio de las labores inherentes a este tipo de actividad, normalmente movimientos de tierras o la construcción de instalaciones o, en su caso, legalizaran la actividad cuando ya hubiera sido iniciada. De entre las objeciones opuestas por el titular de la explotación ante dicha exigencia municipal ha predominado el dudoso argumento de que ya cuenta con la concesión o autorización administrativa otorgada por la Administración de minas, lo que supuestamente ya le habilita para realizar la actividad, argumento que, incluso, se pretende reforzar con lo dispuesto por el artículo 116.1 de la Ley de minas ("Ninguna autoridad administrativa distinta del ministerio de Industria podrá suspender el aprovechamiento de recursos que estuviesen autorizados conforme a las disposiciones de la presente Ley. Los trabajos de exploración o investigación debidamente autorizados podrán ser suspendidos por el ministro de Industria o las direcciones generales del ramo") con el objeto de evitar que sean adoptadas las medidas de protección de la legalidad urbanística y, en particular, la suspensión de la actividad de extracción y aprovechamiento de los recursos minerales por parte de los órganos municipales ante la falta de la licencia urbanística y la negativa del titular de la explotación a legalizarla mediante la solicitud de la correspondiente licencia.

No obstante, hay que dar cuenta de la actitud que han venido manteniendo los tribunales a favor del sometimiento de las actividades de extracción de minerales, sobre todo cuando aquéllas suponen la realización de movimientos de tierra, al control municipal previo que constituye la obtención de la licencia urbanística o, en su caso, al deber de proceder a su legalización si la actividad ya se estuviera realizando; llegando incluso a respaldar la competencia municipal para ordenar la suspensión de las actividades de extracción de minerales en canteras o a cielo abierto ante la falta de licencia urbanística municipal y, sobre todo, ante la negativa del titular de la explotación a solicitarla previo requerimiento de la autoridad municipal. En definitiva, según la jurisprudencia más consolidada, la concesión y la autorización otorgadas por la Administración de minas son independientes de las licencias urbanísticas que, sobre la base de la aplicación del ordenamiento urbanístico, han de otorgar o denegar los órganos municipales. Sirva simplemente como uno más de entre otros muchos ejemplos la STS de 6 de abril de 1988.

La jurisprudencia, pues, avanza en la dirección correcta, es decir, hacia la superación de la tradicional distancia entre la legislación sectorial de minas y la normativa urbanística y, en su caso, de ordenación territorial, toda vez que la primera regula el ejercicio de una actividad de intensa repercusión en el territorio, y la otra pretende disciplinar de forma global e integradora el uso del mismo. En esa misma dirección camina, igualmente, la legislación urbanística actual, renovada en su totalidad por las comunidades autónomas después de la STC 61/1997, de 20 de marzo, y de la normativa básica aprobada por el legislador estatal. Por tanto, es en la legislación urbanística autonómica en la que encontramos el régimen del uso del suelo y, por ello, las pautas para la ubicación de la minería en tanto que actividad con trascendencia territorial.

Teniendo en cuenta la posible clasificación del suelo, es evidente que son el clasificado como suelo no urbanizable y, en su caso, el urbanizable, los que pueden acoger actividades de extracción y aprovechamiento de recursos minerales. En relación con el uso del suelo no urbanizable para este tipo de actividades, hay que destacar la progresiva superación del tradicionalmente deficitario comportamiento de la legislación y del planeamiento general en esta clase de suelo, al prever en la actualidad numerosas legislaciones autonómicas que mediante el plan sean delimitadas categorías dentro del suelo no urbanizable, categorías en las que, según los casos, se permiten o se prohíben determinados usos, por lo que las decisiones administrativas en forma de otorgamiento o denegación de autorizaciones y licencias para la realización de actividades de esta naturaleza en suelo no urbanizable en general ya cuentan con pautas legales y determinaciones del planeamiento en suelo no urbanizable que contribuyen a dotar de racionalidad y predeterminación este tipo de decisiones.

Incluso en suelo urbanizable no queda excluida de raíz la posibilidad de que puedan ser autorizadas desde la perspectiva urbanística la realización de actividades mineras antes de que el terreno sea incluido en ámbitos o sectores con vistas a su desarrollo urbanístico; así se deducía de lo dispuesto por el artículo 17, párrafo segundo, de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, posibilidad que también encuentra cobertura en el artículo 13.3 de la vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, por lo que, a partir de lo aquí establecido con carácter básico, es posible la realización de actividades extractivas en suelo urbanizable con carácter provisional.

4. Las sanciones relativas a la protección del medio ambiente frente a las actividades extractivas

Con sólo leer el artículo 121 de la Ley de minas en su redacción inicial, se advierte que el dispositivo sancionador que ésta contenía era técnicamente incorrecto, además de no cumplir las exigencias de certi-

dumbre impuestas por el principio de tipicidad. Seguramente por ello, la reciente Ley 12/2007, de 2 de julio, ha dado nueva redacción al artículo 121 y ha incorporado un nuevo artículo, el 122, a la Ley de minas. De ellos, particularmente el artículo 121 tipifica una serie de infracciones administrativas, a las que califica de muy graves, graves y leves, infracciones a las que apareja, sin perjuicio de la declaración de caducidad de la autorización o concesión, la imposición de sanciones consistentes en multas de distinta cuantía en función de la clase de infracción cometida.

En la reciente tipificación se anotan, entre otros, los siguientes comportamientos:

–La inadecuada conservación y mantenimiento de las explotaciones e instalaciones si de ello se deriva un riesgo grave o muy grave para las personas o el medio ambiente.

–El incumplimiento de las obligaciones incluidas en el Plan de restauración sin la autorización del órgano que lo aprobó, incluyendo la obligación de constituir y mantener la garantía suficiente para el cumplimiento en cuantía y plazo fijado.

–Las acciones que, suponiendo un incumplimiento en materia de seguridad minera, generen un riesgo para las personas o el medio ambiente.

En relación con los tipos de infracción señalados, seguramente sea oportuno señalar que el primero y el último de los considerados delimitan el hecho en atención al riesgo que para el medio ambiente puede producir el incumplimiento de determinadas obligaciones que pesan sobre el titular del derecho minero, por lo que cabe señalar que el legislador al construir estos tipos de infracción ha estado atento al denominado principio de prevención de los daños que pueden afectar al medio ambiente.

Post scriptum

Casi coincidiendo con la fecha en que impartí la conferencia cuyo soporte escrito se corresponde con el texto precedente, ha sido aprobada la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, cuyo contenido a partir de ahora no podrá ser obviado cuando se aborde el régimen jurídico de protección del medio ambiente en relación con la minería.

En esta aproximación de urgencia, haciendo abstracción de otros aspectos tratados en la exposición que antecede y que también han sido objeto de atención por el redactor de la Ley 34/2007, como, por ejemplo, la incorporación a la autorización que se regula en la misma del condicionado ambiental que, en su caso, contenga la declaración de impacto ambiental (artículo 13.6), o la derogación de limitado alcance que opera su disposición derogatoria única 1 sobre el RAMINP, debemos anotar en este lugar la consideración que la Ley 34/2007 otorga a la minería como actividad potencialmente contaminadora de la atmósfera y, como tal, relacionada en su anexo IV. Ello supone la integración de las actividades mineras en alguna de las categorías –A, B o C– que forman el catálogo de las actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera, lo que determina que la construcción, el montaje, la explotación, el traslado o la modificación sustancial relativas a las actividades mineras precisen de una autorización cuando se trate de las incluidas en las categorías A o B, o bien tengan que ir precedidas de una simple notificación cuando la actividad minera sea de las pertenecientes a la categoría C.

En uno u otro caso, la autorización ha de ser expedida por un órgano autonómico, y la notificación también habrá de ser realizada a un órgano también de la Administración autonómica.

Por último, interesa destacar la línea divisoria que la disposición adicional segunda de la Ley 34/2007 establece entre su ámbito de aplicación y el de la LPCIC, dado que, según dispone aquélla, quedan exceptuados de los mecanismos de control establecidos por los artículos 13 y 14 de la citada Ley de calidad del aire y protección de la atmósfera, es decir, de la autorización o notificación antes referidas, las actividades sometidas a la autorización ambiental integrada. Esta regla, en lo que nos ocupa, supone que las actividades mineras relacionadas en el anexo II de la Ley 34/2007 están afectadas por ésta; en cambio, como ya nos consta, solamente las que en el anejo 1 de la LPCIC se denominan "Industrias mineras" se hallan sometidas a la previa obtención de la autorización ambiental integrada, lo que excluye, en relación con ellas, la aplicación de la Ley 34/2007. ■

5. La responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente

Alicia Esther Ortuño Rodríguez
Magistrada especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. Introducción.
2. Concepto de medio ambiente.
3. El medio ambiente en el Derecho (positivo).
3.1. Derecho estatal. 3.1.1. Etapa preconstitucional. 3.1.2. Constitución española de 1978. 3.2. Derecho Comunitario. 3.2.1. Tratados constitutivos. 3.2.2. Derecho derivado. 3.2.2.1. Incorporación de España a la Comunidad Europea. 3.2.2.2. Principales reglamentos y directivas aprobadas en el ámbito de la responsabilidad medioambiental, con alusión a las normas –vigentes– de transposición a nuestro Derecho interno. 3.2.2.2.1. Intervención administrativa. Actuaciones. 3.2.2.2.2. Ámbitos concretos de protección. 3.2.3. Otros textos.
4. Diferentes sistemas de responsabilidad y su relación con el medio ambiente.
5. Responsabilidad medioambiental en la vía penal.
5.1. Acción comunitaria europea. 5.2. Responsabilidad medioambiental derivada de los ilícitos penales.
6. Responsabilidad civil por daños medioambientales.
6.1. Responsabilidad extracontractual. Título de imputación. 6.2. Acciones de cesación basadas en las relaciones de vecindad.
7. Derecho Administrativo y daños al medio ambiente.
7.1. Reparación y Derecho Sancionador. 7.2. Responsabilidad patrimonial de la Administración. 7.3. Otros supuestos.
8. Hacia un régimen común. La Directiva 2004/35/CE y su transposición al ordenamiento jurídico español. La Ley 26/2007, de 30 de octubre.
8.1. Aspectos en los que la Ley 26/2007, de 23 de octubre, implica una "mejora" o extensión de las previsiones contenidas en la Directiva comunitaria. 8.2. Régimen común, no completo, de responsabilidad por daños ambientales.
9. Conclusiones.

1. Introducción

La existencia de todo ser vivo (humano, animal, vegetal, microorganismo) dista mucho de poder considerarse como autónoma e independiente.

La vida no sólo se encuentra inexorablemente vinculada a otras vidas, sino que depende de la presencia de un conjunto de elementos externos a su titular, los cuales deben encontrarse e interrelacionarse dentro de unas condiciones adecuadas para poder cumplir su elemental función de garantes de la sobrevivencia: aire que poder respirar, agua con la que poder beber y regar, tierra o suelo en el que poder habitar y cultivar, luz que ilumine, atmósfera que albergue un clima vital, entre otros.

Este conjunto de factores externos –a los cuales se pueden unir los de índole cultural– es comúnmente designado como "medio ambiente", el cual constituye hoy en día una de las principales preocupaciones sociales, económicas y jurídicas de la sociedad mundial –como nos es de sobra conocido– y que, como puso de relieve el Tribunal Constitucional en sus sentencias 64/1982 y 195/1998, se configura como un concepto jurídico indeterminado de carácter interdisciplinario, una materia de alcance genérico, tanto en su objeto como en el tipo de protección, cuya trascendencia ha potenciado no sólo un papel protagonista en los medios de comunicación y en la opinión pública, sino también una prolija labor normativa –y de actuación administrativa– a todos los niveles: internacional, comunitario, nacional, autonómico y local.

Estas regulaciones que abordan la positivación del medio ambiente como sistema se caracterizan por su segmentación, bien desde el punto de vista de los sectores –elementos físicos y biológicos– que lo conforman (aire, agua, suelo, flora, fauna, hábitats), bien desde la óptica de las circunstancias que inciden sobre ellos positiva o negativamente (biodiversidad, cambio climático, organismos modificados genéticamente, industria, energía, residuos, sustancias peligrosas y agentes contaminantes).

Este fraccionamiento es debido a la gran complejidad técnica que reviste la positivación de ciertas actividades y conductas que no inciden en otra cosa que en la propia naturaleza, cuyas leyes escapan al Derecho positivo e incluso al raciocinio humano, a pesar de que –en la mayoría de ocasiones, desgraciadamente– la conducta humana interfiera en su decurso, complejidad que constituye un obstáculo para conseguir –como algún sector de la doctrina aboga– un Código Medioambiental que contemple la materia globalmente.

2. Concepto de medio ambiente

La regulación de la materia medioambiental en el Derecho positivo (en toda su amplitud) ha experimentado una extraordinaria evolución desde que en la década de los años 60 se materializare la preocupación de la comunidad internacional y de la Comunidad Europea a través de diversos textos tanto normativos como no normativos, pudiendo destacar, entre otros muchos: Convenio de París sobre Responsabilidad Civil en Materia Nuclear (1960), Convenio sobre Responsabilidad Civil por Daños Debidos a la Contaminación por Hidrocarburos (Bruselas, 1969), Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano (Estocolmo, 1972), Directiva 1967/547/CEE, clasificación, sobre embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas y Primer Programa de Acción Ambiental CE (1973).

Sin embargo, ninguno de estos documentos incorpora una definición de "medio ambiente", como tampoco lo hacen las primeras normas de nuestro Derecho interno que inciden en la regulación del mismo (Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, 1961; Ley de energía nuclear, 1964, y Ley de contaminación atmosférica, 1972).

Prescindiendo de otras muchas definiciones que pudieren hacerse acerca del medio ambiente como objeto del Derecho (entre ellas, la del profesor Martín Mateo, como "elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas"), considero acertado acudir al análisis efectuado en la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 102/1995, de 26 de junio, la cual resolvió varios recursos de inconstitucionalidad formulados contra la Ley 4/1989, de 27 de marzo, reguladora de la conservación de los espacios naturales y protección de la flora y fauna silvestres (y de diversos conflictos positivos de competencias planteados contra tres reales decretos dictados en su desarrollo, 1095/1989, 1118/1989 y 409/1990), la cual aborda en su fundamento jurídico 4 el concepto de "medio ambiente", desde una perspectiva semántica y jurídico-comparada, contemplado como ámbito material de una competencia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas.

Los principales puntos que podemos destacar de la citada sentencia, por lo que respecta a la definición y el contenido del medio ambiente, son los siguientes:

–Diferenciación de dos aspectos en la materia medioambiental: un elemento objetivo y estático (el medio ambiente propiamente dicho, como realidad global en peligro) y un elemento dinámico y funcional (su protección, conservación y mejora).

–Conexión del medio ambiente tanto con la calidad de vida (individual) como con la solidaridad colectiva (común o social), y ello a través de la configuración de un derecho de todos a disfrutarlo, un deber de conservación que también pesa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para su protección (artículo 45 de la CE).

–Necesidad de compatibilizar el medio ambiente con el desarrollo (cita STC 64/1982), concretamente con el denominado "desarrollo sostenible", equilibrado y racional, que no olvida a las generaciones futuras, principio alumbrado por la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en el año 1987 en el llamado Informe Bruntland, con el título "Nuestro futuro común", encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Posteriormente, el mencionado postulado fue recogido en el punto 3 de la Declaración de Río de Janeiro del año 1992, concibiéndose como "el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas".

–Finalmente, la sentencia aborda el concepto desde tres vertientes:

1) Desde un punto de vista semántico, el "medio ambiente" consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean y condicionan (no determinan) a las personas, ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida.

2) Desde una perspectiva analítica, éste comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción. De un modo similar fue concebido por el Consejo de Europa en la Convención sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados al Medio Ambiente como consecuencia del ejercicio de actividades peligrosas, como "recursos naturales abióticos y bióticos, como el aire, el agua, el sol, la flora y fauna, y la interacción de estos mismos factores, y los bienes que componen la herencia cultural y los aspectos característicos del paisaje".

3) Desde la vertiente jurídica, el medio ambiente se conforma como "la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades" (Primer Programa de las Comunidades Europeas en Materia de Medio Ambiente, Comunicación de la Comisión al Consejo, 26 de mayo de 1972).

A pesar de que considero acertado y completo el concepto de medio ambiente recogido en la mencionada sentencia, sin embargo, diez años más tarde, la importancia e influencia medioambiental como preocupación social, y correlativamente en el ámbito jurídico, ha crecido a pasos agigantados.

El medio ambiente no sólo se concibe, hoy en día, desde el punto de vista de la calidad de vida humana y desde la solidaridad social, sino que se ha expandido y se proyecta sobre la misma pervivencia de la existencia humana en el planeta.

Por ello, las políticas ambientales no deben sólo tratar de asegurar y perseguir un "desarrollo sostenible", sino quizá empezar a tomar –y hacer tomar– conciencia de que la evolución debe tener como principal misión la "cura del planeta Tierra" y la conservación de las condiciones propias y óptimas de la naturaleza, ya que, notoriamente, sin ellos faltaría el soporte de todo progreso: la existencia.

Los factores extrínsecos que rodean a los seres vivos contribuyen a satisfacer sus necesidades, pero no debe olvidarse que también los "entes inertes" o elementos abióticos (el aire, el agua, el suelo) precisan de una serie de elementos para cumplir la función de sustento vital que le es propia, elementos los cuales, indirecta y trascendentemente, deben considerarse también como necesidad para el hombre. Sin Naturaleza viable no puede existir ningún progreso ni desarrollo, sostenible o no sostenible.

3. El medio ambiente en el Derecho (positivo)

3.1. Derecho estatal

3.1.1. Etapa preconstitucional

La expresión *medio ambiente* aparece por primera vez en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP, Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre), el cual todavía está en vigor, si bien tiene señalado un corto período de vida, como veremos seguidamente.

La Ley 38/1972, de 22 de diciembre, incorpora ya en su título y en su articulado la palabra "ambiente" en solitario, en concreto, ambiente atmosférico.

El citado cuerpo legal, con más de treinta años de vigencia, junto al RAMINP,[1] quedarán derogados tras la entrada en vigor de la Ley de calidad del aire y protección de la atmósfera, cuyo proyecto fue presentado por el Gobierno el 24 de enero de 2007, y el cual ha sido aprobado –con enmiendas– por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión celebrada el 30 de octubre de 2007, estando pendiente de publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

La Ley 15/1975, de 2 de mayo, sobre espacios naturales protegidos, antecesora de la Ley 4/1989, de 27 de marzo,[2] no alude explícitamente al medio, al ambien-

1. El RAMINP, con más de cuarenta años de vida, será aplicable sólo en las comunidades y ciudades autónomas que no tengan aprobada normativa en la materia de las denominadas "actividades clasificadas", en virtud de la disposición derogatoria de la futura Ley de calidad del aire y protección de la atmósfera.

2. La Ley 4/1989 está siendo objeto de revisión por el Proyecto de Ley del patrimonio natural y biodiversidad presentado por el Gobierno en junio de 2007, encontrándose en estos momentos (13 de noviembre de 2007) aprobado por el Senado tras el trámite parlamentario de aprobación de enmiendas.

te o al medio ambiente, pero proclama como finalidad suya "contribuir a la conservación de la naturaleza" (artículo 1.1 y 4).

Por otro lado, el urbanismo, como "perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve, y que hace de la tierra, el suelo, su eje operativo" (Tomás Ramón Fernández), guarda desde siempre una relación muy estrecha con el medio ambiente, como ya puso de manifiesto la segunda Ley del suelo, sucesora de la promulgada en 1956 (Texto refundido, Real decreto 1346/1976, de 9 de abril), conexión acrecentada en la recientemente aprobada Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, en la que se contempla la preservación del medio ambiente como derecho y deber de los propietarios del suelo, así como una imposición en los instrumentos de ordenación y ejecución urbanística [artículos 4, 5, 10.c) y 15].

3.1.2. Constitución española de 1978

El texto constitucional incluye en su artículo 45, como "principio rector de la política social y económica", primero, el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona; segundo, el deber también de todos de conservarlo; tercero, el mandato, dirigido a los poderes públicos en general, de velar por la utilización racional de los recursos naturales, y al legislador, en particular, para que, en caso de contravención del uso legítimo, establezca sanciones penales y administrativas y la obligación de reparar el daño causado.

Por consiguiente, el derecho al medio ambiente no se configura como un derecho fundamental (STC 199/1996, de 3 de diciembre), si bien determinados aspectos relacionados con el mismo (como el ruido y la contaminación acústica) se han considerados vinculados con los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.[3]

De acuerdo con el artículo 53.3 de la CE, estos denominados "derechos de tercera generación" o derechos sociales sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. A pesar de todo, debe destacarse que ninguno de estos principios "es mera retórica" (STC de 11 de julio de 1987), ya que tienen una eficacia positiva, en la medida en que imponen al legislador el deber de promulgar las leyes necesarias para su consecución (STC 71/1982, de 30 de noviembre, y STC 113/1989, de 22 de junio), pudiendo ser declaradas inconstitucionales las leyes que conduzcan a objetivos contrarios a estos principios (STC 83/1984, de 24 de julio).

En definitiva, la ya referida STC 102/1995 aseveró que "lo medioambiental se convierte en el ingrediente indispensable para sazonar las demás políticas sectoriales", afirmación que, ante el alcance y trascendencia que ha adquirido la materia en nuestros tiempos, debiere, en ciertos supuestos, inspirar una interpretación jurisprudencial extensiva a favor de su interrelación e incluso integración del derecho al medio ambiente adecuado con determinados derechos fundamentales, concretamente el básico de la vida e integridad física y moral establecido en el artículo 15 de la Constitución.

Además de las diversas leyes y reglamentos dictados tras la norma fundamental en relación con la concreción y protección del medio ambiente, a las cuales haremos una somera referencia en los epígrafes siguientes, no cabe omitir la dimensión represiva que, por exigencia constitucional (artículo 45.3 de la CE), puede corresponder, bien a la potestad sancionadora de las administraciones públicas, regulada en diversas leyes sectoriales (*ad exemplum* Ley 1/1970, de 1 de abril, de caza; Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; Ley 4/1989, de 27 de marzo, ya mencionada más arriba; Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria; Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos; Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de aguas), bien compete al *ius puniendi* del Estado, donde se refleja el máximo reproche social y, en consecuencia, la reacción es también más intensa.

En el Código Penal fueron tipificados, a partir de la reforma urgente y parcial de 25 de junio de 1983, los delitos contra el medio ambiente, en concreto en el artículo 347.bis, cuyas conductas delictivas básicas eran las "emisiones y vertidos", tipos penales en la actualidad incorporados con mayor amplitud en el título XVI de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.[4]

3.2. Derecho Comunitario

3.2.1. Tratados constitutivos

Por lo que al "Derecho primario" se refiere, hasta 1986 tan sólo había una remota referencia a la política ambiental comunitaria en el artículo 36 del Tratado

3. STC 16/2004, de 23 de febrero, conocida como Pub Belfast de Gijón, STEDH de 16 de noviembre de 2004, Moreno Gómez, STEDH de 12 de diciembre de 1994, López Ostra.

4. En especial, sus capítulos IV y V ("Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente", "Delitos contra la flora, fauna y animales domésticos", respectivamente), artículos 325 y siguientes, y entre cuyos preceptos encontramos referencias a las medidas de reparación o restauración ambiental, bien como posibilidad de medidas complementarias en el artículo 339 del CP, bien como circunstancia atenuante específica en el artículo 340 del CP.

Constitutivo de la CEE (1957), en cuanto se refería a "la protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales". A partir de la década de los setenta la Comunidad empezó a gestar una política ambiental, política basada, fundamentalmente, en la idea de los llamados "poderes implícitos" (artículos 100 y 235 del Tratado de Roma), según la cual cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios, el Consejo adoptará las disposiciones pertinentes.[5]

De acuerdo con esta previsión, la política ambiental de la Comunidad debía vincularse a la política económica y del mercado para poder legitimarse, lo cual suponía un cierto freno a la adopción de decisiones autónomas.

No es hasta el Acta Única, de 1986, cuando la política medioambiental adquiere cierta vida propia, incorporando en la parte tercera del Tratado CE un nuevo título, el VII, dedicado de forma íntegra al medio ambiente, autonomía que se logra definitivamente en las reformas llevadas a cabo en el Tratado de Maastricht, de 1992, del que trae causa el título XIX de la tercera parte del Tratado de Roma (actuales artículos 174 a 176), que plasman y definen títulos competenciales específicos para una política medioambiental más ambiciosa.

El Tratado de Ámsterdam (1997) introdujo en el artículo 6 del Tratado CE el principio de que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad, especialmente a fin de fomentar un desarrollo sostenible, *sobre el sustento de que la adopción de un régimen comunitario de responsabilidad ambiental* que cubra todas las actividades constitutivas de riesgo para el medio ambiente que son objeto de una normativa comunitaria (en el apartado 4.2.2 del mismo se ofrece una enumeración de las mismas) *permitirá mejorar la integración de los aspectos ambientales en los distintos sectores afectados*, a través de la internalización de los costes ambientales.

El referido Tratado modificativo del Tratado de Roma, en cuanto alude a un "régimen comunitario de responsabilidad ambiental", se puede considerar como el punto de partida del marco establecido en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento y el Consejo, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales,[6] a la cual nos referiremos con mayor detenimiento con posterioridad.

3.2.2. Derecho derivado

En cuanto al "Derecho secundario o derivado" (integrado por reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes, artículo 249 del Tratado CE), se puede destacar que el Derecho Comunitario Medioambiental se sustenta, básicamente, en directivas, esto es, en normas de resultado, por las que se imponen a los estados miembros una serie de obligaciones a cumplir, reglas las cuales deben ser adaptadas por las normativas internas en un plazo determinado. Hasta el vencimiento de este término, la Directiva carece de eficacia imperativa; una vez vencido éste, la Directiva, en el supuesto de que las obligaciones señaladas tengan un contenido específico y concreto en sentido subjetivo y objetivo, goza de efecto directo –vertical– en las relaciones entre los particulares y los poderes públicos,[7] generando derechos en aquéllos y correlativos deberes en éstos.

3.2.2.1. Incorporación de España a la Comunidad Europea

Como consecuencia de la adhesión de España a los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, además de la asunción del Derecho Comunitario como Derecho propio (cuyas relaciones se rigen por los principios básicos de efecto directo y primacía), se inició un continuo camino normativo de transposición de las normativas comunitarias sobre medio ambiente.

Ya la Ley de aguas 29/1985, de 2 de agosto, previó que en el otorgamiento de concesiones y autorizaciones a su amparo se consideraría la posible incidencia ecológica desfavorable. A su vez, la producción, gestión, almacenamiento, tratamiento, recuperación y eliminación de residuos tóxicos y peligrosos, sólidos, pastosos, líquidos o gaseosos fueron objeto de la Ley 20/1986, de 14 de mayo, cuya regulación pretende garantizar la protección de la salud humana, la defensa del medio ambiente y la preservación de los recur-

5. Esta idea, que sigue presente en la versión actual del artículo 308 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, estuvo en la base del Primer Programa de Acción de la Comunidad en Materia de Medio Ambiente, que se remonta al año 1973.

6. DOCE 143, de 30 de abril de 2004, modificada en su anexo III por la Directiva 2006/21/CE, sobre la gestión de los residuos de las industrias extractivas, DOCE 192, 15 de marzo de 2006.

7. Respecto a las directivas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea les ha reconocido efecto directo (sentencia de 6 de octubre de 1970, Franz Grad) porque "el efecto útil […] se debilitaría si a los nacionales del Estado de que se trate se les privara de la posibilidad de invocarlo ante los órganos jurisdiccionales". No obstante, el Tribunal de Justicia precisó que el efecto directo era de carácter exclusivamente vertical (sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall). Además sólo rige a partir de la expiración del plazo de transposición (sentencia de 5 de abril de 1979, Ratti). Por último, las directivas deben cumplir las condiciones impuestas en la sentencia Van Gend en Loos para que se les reconozca el efecto directo (sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn).

sos naturales, exigiéndose la autorización de industrias o actividades relacionadas con esta materia.

A la evaluación del impacto ambiental se refirió el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, con carácter básico, con el fin de adaptar nuestro ordenamiento al Derecho de las Comunidades Europeas, en cuya senda le siguieron diversas leyes autonómicas.[8]

3.2.2.2. Principales reglamentos y directivas aprobadas en el ámbito de la responsabilidad medioambiental, con alusión a las normas –vigentes– de transposición a nuestro Derecho interno

3.2.2.2.1. Intervención administrativa. Actuaciones

–Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (evaluación del impacto ambiental, EIA). Transpuesta por el ya citado Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación del impacto ambiental. Fue modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo, transpuesta por el Real decreto ley 9/2000, de 6 de octubre, convalidado por la Ley 6/2001, de 8 de mayo.

–Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (evaluación ambiental estratégica, EAE),[9] transpuesta por la Ley 9/2006, de 28 de abril, la cual implicó la extensión de la técnica EIA a instrumentos de planificación y programación elaborados por las administraciones públicas.

–Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación (IPCC), transpuesta por la homónima Ley 16/2002, de 1 de julio (desarrollada por el Real decreto 509/2007, de 20 de abril).[10]

–Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, sobre el acceso del público a la información ambiental, y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente,[11] transpuesta por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

–Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, cuyas normas han sido incorporadas –y ampliadas– mediante la reciente Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental.

3.2.2.2.2. Ámbitos concretos de protección

–Especies protegidas: Reglamento (CE) 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio. Directiva 79/409/CEE del Consejo, relativa a la conservación de las aves silvestres. La transposición se operó a través de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, ya mencionada.

–Hábitats: Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo (Directiva "hábitat"), relativa a la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres, incorporada por el Real decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, que establece medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

–Agua: 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 las aguas. Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 23 de octubre, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación, cuyo plazo de transposición vence el 26 de noviembre de 2009.[12]

–Aire: Directiva 96/62/CE del Consejo, de 27 de septiembre, sobre evaluación y gestión de la calidad del

8. Ley valenciana 2/1989, de 3 de marzo, de impacto ambiental; Ley andaluza 7/1994, de 18 de mayo, de protección ambiental, y Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental, entre otras.

9. Su origen está en el Convenio de Espoo (Finlandia), de 25 de febrero de 1991, sobre la evaluación de impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo.

10. La citada Directiva fue modificada por la 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, transpuesta por el Real decreto ley 5/2004, de 27 de agosto, posterior Ley 1/2005, de 9 de marzo.

11. Derivan de los compromisos asumidos en el Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998, conocido como Convenio de Aarhus. Parte del siguiente postulado: para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo, deben tener acceso a la información medioambiental relevante, deben estar legitimados para participar en los procesos de toma de decisiones de carácter ambiental y deben tener acceso a la justicia cuando tales derechos les sean negados.

12. DOCE de 6 de noviembre de 2007. Se refiere a determinadas medidas para prevenir inundaciones pluviales, marítimas en la costa, relámpagos y urbanas.

aire ambiente, Directiva cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo.[13]

–Suelo: Existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2006, por la que se establece un marco para la protección del suelo y se modifica la Directiva 2004/35/CE.[14]

–Ruido: Directiva 2002/49/CEE, de 29 de junio, transpuesta por la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido.

–Residuos: Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE.[15]

–Accidentes graves ocasionados por sustancias peligrosas (Sevesso II): Directiva 96/82/CE del Consejo, de 9 de diciembre, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas. Transpuesta por el Real decreto 1254/1999, de 16 de julio, que tiene como objetivo la obtención de un alto nivel de protección para las personas, los bienes y el medio ambiente ante accidentes graves, mediante medidas orientadas tanto a su prevención como a la limitación de sus consecuencias y que, entre otras novedades, plantea la necesidad de tener en cuenta la ubicación de las instalaciones.

3.2.3. Otros textos

Por último, y al margen de otros trabajos institucionales (como los conocidos libros verdes[16] y libros blancos) debe reseñarse la incidencia en la presente materia de los diferentes programas de acción de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente (PAA, artículo 175.3 del TCE) aprobados por el Consejo desde 1973 con un objetivo central: la protección de la naturaleza, la lucha contra la contaminación del agua y del aire, los ruidos molestos, la problemática de los residuos y la protección contra las substancias peligrosas y los productos químicos, llegando la evolución de esta normativa hasta afectar en fechas recientes a la regulación de determinadas materias como la biotecnología.

En la actualidad, y hasta el 21 de julio de 2002, opera el sexto PAA, "Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos",[17] el cual cubre el período comprendido entre el 22 de julio de 2001 y el 21 de julio de 2012, en el que se señalan cuatro prioridades:

–Cambio climático.

–Naturaleza y biodiversidad.

–Medio ambiente, sanidad y calidad de vida.

–Recursos naturales y residuos.

4. Diferentes sistemas de responsabilidad y su relación con el medio ambiente

El medio ambiente ha adquirido, en la época actual, un papel protagonista en el escenario jurídico, como elemento de tutela por parte de las iniciativas normativas y del Derecho positivo, y ello sobre la concienciación de que sus adecuadas condiciones de conservación no sólo permiten al hombre ejercer su derecho a disfrutarlo, sino que el mantenimiento de estas óptimas condiciones, ante la continua degeneración que les ha sido ocasionada, hoy resultan trascendentales para el futuro de la vida humana.

La conservación medioambiental se encuentra ontológicamente vinculada, en primer término, con el establecimiento de una obligación preventiva de los daños ecológicos, a fin de que éstos no se produzcan; y, en el supuesto de devenir la consecuencia nociva, con la consagración de una obligación –hacer– de rehabilitación del recurso natural a fin de eliminar o reducir el menoscabo ocasionado, deber que sólo se debe traducir en una reparación por equivalente, o indemnización pecuniaria, cuando no sea posible la restauración *in natura*.

El problema que ha de resolverse es del sujeto a quien corresponde el cumplimiento de tales deberes de prevención y reparación, es decir, la cuestión de la responsabilidad.

13. El 25 de junio de 2007 se aprobó por el Consejo la Posición Común 13/2007, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre calidad del aire ambiente y una atmósfera más limpia en Europa (DOCE de 6 de noviembre de 2007). Se debe tener en cuenta que el 31 de octubre de 2007 se ha aprobado el Proyecto de ley de calidad del aire y protección de la atmósfera, estando pendiente de publicación.

14. Su fundamento es que debe garantizarse al suelo el mismo nivel de protección que el otorgado por la ley a otros ámbitos del medio ambiente, como la atmósfera o las aguas, porque las funciones del suelo son cruciales para la supervivencia humana y de los ecosistemas.

15. DOCE de 11 de abril de 2006, señalando un plazo de transposición hasta el 1 de mayo de 2008. Existe así mismo una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos.

16. El 29 de junio de 2007 la Comisión presentó al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones el *Libro verde de adaptación al cambio climático en Europa: opciones de actuación para la UE*.

17. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 24 de enero de 2001, sobre el sexto programa de acción de la Comunidad Europea en Materia de Medio Ambiente, "Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos". Dentro del mismo se inserta el *Libro verde sobre el cambio climático* arriba referido.

Centrándonos en el ámbito de la Unión Europea, las políticas y actuaciones de los poderes públicos necesariamente deben integrar las exigencias concernientes a la protección del medio ambiente (artículo 6 del TCE), a fin de conseguir un desarrollo sostenible.

No olvidemos que tanto la promoción de un desarrollo sostenible, como también la consecución de un elevado nivel de protección y mejora del medio ambiente, se erigen como fines de la Comunidad Europea en el artículo 1 del TCE.

Los principales principios que rigen en esta materia (artículo 174.2 del TCE) son:

–Principios de prevención y cautela (también conocido como el de precaución).[18]

–Principio de reparación en la fuente.

–Principio de "quien contamina, paga".[19]

La responsabilidad puede ser concebida como el título de imputación de las consecuencias de los hechos, actos y comportamientos a algo o a alguien.

Esta atribución o asunción de los efectos nocivos para el bien jurídico medioambiental, derivados de una conducta determinada (o varias concurrentes), puede producirse bien en el sector de las relaciones *inter privatos,* como consecuencia del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, o bien en el seno del Derecho Administrativo (sancionador, responsabilidad patrimonial).

A su vez, los deterioros o menoscabos ambientales pueden circunscribirse en exclusiva a los recursos naturales afectados (daños ambientales autónomos), o bien pueden proyectarse sobre otros bienes y derechos particulares (daños tradicionales).

En la materia de daños ocasionados al medio ambiente, no existe una normativa uniforme –interna, comunitaria, internacional– que abarque los diferentes títulos y ámbitos en los que se le producen "detrimentos, deterioros o menoscabos" a los recursos naturales, sino que se ha caracterizado por su fraccionamiento en diferentes disciplinas jurídicas (penal, civil y administrativa), y, a su vez, también se producen otras muchas divisiones dentro de estas parcelas del Derecho (dependiendo de si la lesión deriva de una actividad doméstica, profesional o un suceso natural; del tipo de recurso natural al que afecta; si existe o no autorización; si requiere o no la intervención de la culpa, entre otros muchos factores).

Esta dispersión normativa incrementa la dificultad reivindicativa y de obtención de las conductas de prevención o restauración, y consiguientemente, contribuye negativamente a la consecución del mantenimiento y reparación de los valores ambientales.

A los efectos del presente trabajo, podemos distinguir entre: primero, que se requiera la prueba de que la persona –física o jurídica; pública o privada– sobre la que recae este título de asunción de consecuencias haya actuado inobservando el deber de precaución o cuidado que le era exigible (responsabilidad por culpa, subjetiva, extracontractual o aquiliana);[20] segundo, supuestos en que el autor de la conducta responde por el mero hecho de que ésta ha producido efectos lesivos (responsabilidad objetiva o por el resultado).

En todo caso, los deterioros producidos en el medio ambiente deben ser reparados por el agente que ha realizado la actuación lesiva, en aras del principio "quien contamina, paga", erigido como una especie de una "Ley del Talión" en defensa de la naturaleza.

5. Responsabilidad medioambiental en la vía penal

5.1. Acción comunitaria europea

Tradicionalmente, las políticas y acciones comunitarias en general, y medioambientales, en particular, se han dirigido a los poderes públicos de los estados miembros, básicamente a través del nutrido número de directivas existentes en la materia, a partir de las cuales podrían surgir consecuencias en el ámbito de las relaciones civiles o administrativas, pero sin incidir en la potestad punitiva de los estados.

Esta orientación comunitaria "penalmente omisiva" ha variado sustancialmente, como veremos a continuación, incentivada por el reforzamiento del "tercer pilar" (cooperación en los ámbitos de la justicia y asuntos de interior) llevado a cabo tras el Tratado de Ámsterdam y, sobre todo, después del Tratado de Niza de diciembre de 2000.

18. El recurso al principio de precaución –como estrategia en la gestión de los riesgos– presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que, a pesar de que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente, se estima que éste es inaceptable. Sus límites son la proporcionalidad, no-discriminación, coherencia, análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o de la falta de acción, y estudio de la evolución científica (Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución, COM/2000/0001).

19. Principio incorporado mediante el Acta Única Europea en el año 1987, surgido en la Convención de Estocolmo (1972) como base analítica de los instrumentos económicos para regular la contaminación.

20. La responsabilidad por culpa es la generalmente admitida en el ámbito del Derecho Civil, procedente del Derecho Romano, *Lex Aquilia, "honeste vivere, neminem laedere, suum quique tribuere"*, recogida en el artículo 1902 del CC, si bien existen excepciones, como en los artículos 1905 y 1908.2 y 3 del CC, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños ocasionados por productos defectuosos, y la Ley 2/1964, de 29 de abril, de energía nuclear.

1) El 11 de febrero de 2000, Dinamarca presentó una iniciativa para instaurar una cooperación policial y judicial destinada a luchar contra los delitos ambientales graves, la cual desembocó en la adopción de la Decisión 2003/80/JAI del Consejo.

2) La Decisión 2003/80 fue anulada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas mediante sentencia (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2005, en el asunto C-176/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Consejo de la Unión Europea.

El Tribunal anuló la Decisión impugnada, al considerar que ésta debió haberse aprobado en el ámbito del Tratado CE y no del Tratado UE, explicando que *la Comisión puede adoptar decisiones relacionadas con el Derecho penal de los estados miembros si la aplicación de sanciones penales constituye una medida imprescindible para combatir los atentados graves contra el medio ambiente*.

2) La Comisión, por su parte, adoptó el 13 de marzo de 2001 una propuesta de Directiva sobre la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, la cual fue informada por el Parlamento Europeo el 9 de abril de 2002.

3) Tras la sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005, y con sustento en sus razonamientos, la Comisión retiró la propuesta de 2001 y adoptó una nueva, denominada Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de febrero de 2007, relativa a la protección del medio ambiente, mediante el Derecho Penal,[21] que incorpora el contenido de los artículos 1 a 7 de la Decisión marco anulada.

El objeto de esta propuesta de Directiva es obligar a los estados miembros a imponer sanciones penales para algunos comportamientos que perjudican gravemente al ambiente, enunciándose una serie de conductas punibles con carácter de *numerus apertus,* considerando que este umbral mínimo de armonización permite aplicar mejor el Derecho medioambiental, de conformidad con el objetivo de protección del medio ambiente que establece el artículo 174 del Tratado CE.

En cuanto a las sanciones, se señala que deben ser eficaces, proporcionadas y disuasorias, incluyendo la prisión para los supuestos cometidos con agravantes, *así como posibilitando que los estados miembros pueden prever otros tipos de sanciones y medidas complementarias,* entre ellas, la obligación de rehabilitar el perjuicio causado y la obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de conductas análogas a aquella en la que se basó la responsabilidad penal (artículos 6 y 7 de la Propuesta, referidos a autores personas físicas y jurídicas, respectivamente).

Las citadas medidas complementarias se encuentran previstas en el artículo 339 del CP (Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), en cuya virtud "los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este título".

5.2. Responsabilidad medioambiental derivada de los ilícitos penales

Las infracciones penales descansan en la existencia de una conducta humana dolosa o culposa, por mor del principio de culpabilidad, que además sea típica, antijurídica y punible, estando desterrada y descartada cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva o de resultado, manifestación del principio *versari in re illicita*, tal como se prevé en el artículo 5 del CP.

Los comportamientos penales, además de la lesión del bien jurídico protegido, pueden derivar consecuencias negativas patrimoniales, esto es, daños y perjuicios, originando, junto a una responsabilidad penal, una responsabilidad civil. El artículo 116 del CP dispone que "Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta, lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios".

Derivado de lo expuesto en el primer párrafo, la responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos y faltas contra el medio ambiente en general (tipificados, respectivamente, en los capítulos III y IV del título XVI del CP, y en el artículo 632 del CP)[22] es una responsabilidad dolosa (artículos 325, 326, 328 a 330, 332 a 337 y 632 del CP) o culposa (artículo 331 del CP, imprudencia grave), ello referido al responsable criminal, sin perjuicio de los responsables civiles solidarios o subsidiarios que puedan concurrir (artículos 117 a 121 del CP), cuyo título no deriva de su relación con el comportamiento lesivo, sino de su relación con la persona que responde penalmente.[23]

21. COM (2007) 51 - 2007/0022/COD.

22. El citado precepto ha sido redactado por la Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y recoge como falta contra los intereses generales: "1. El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días. 2. Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el artículo 337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días."

23. Especial interés reviste la responsabilidad subsidiaria de las administraciones públicas en el caso de delitos (y faltas, STS, Sala Segunda, de 26 de septiembre de 1997, "asunto de la colza") cometidos por sus autoridades, agentes, contratados, y funciona-

La responsabilidad civil *ex delicto* consiste en la obligación genérica de reparar el daño ocasionado por su conducta, bien mediante la restitución de la cosa, la reparación –propiamente dicha– del daño y/o la indemnización de los perjuicios materiales y morales (artículos 109 y 110 del CP). La reparación del daño "podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el juez o tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa" (artículo 112 del CP), precepto que aparece conectado con las consecuencias accesorias de la pena, con el fin de la prevención de la continuidad delictiva, restauración y protección ambientales establecidas en el artículo 327 y 339 del CP, las cuales incluso se pueden adoptar como medidas cautelares.

En razón a lo expuesto, tanto la indemnización de los daños tradicionales causados a las personas y sus bienes (derivados del daño medioambiental propio o autónomo), como también la evitación de nuevos daños y la restauración ambiental pueden ser alcanzadas en el seno de un proceso penal, bien como obligación accesoria de la pena (339 del CP), bien por la vía de la responsabilidad civil directa, solidaria o subsidiaria (112, 116 y 117 a 121 del CP).

Dentro de las sentencias más recientes recaídas en procesos sobre delitos medioambientales en los que se abordan las medidas preventivas y restauradoras, así como el tema de la responsabilidad subsidiaria de los entes públicos, podemos, sin ánimo exhaustivo, destacar:

La STS, Sala Segunda, de 30 de septiembre de 2003, condena al alcalde del Ayuntamiento valenciano de Xeresa por un delito de prevaricación medioambiental en concurso ideal con un delito contra el medio ambiente por haber autorizado vertidos de escombros en La Marjal de La Safor, imponiéndole, en concepto de responsabilidad civil, la realización a su costa de las actuaciones necesarias para retirar los escombros, levantar el aterramiento y restituyendo el paraje natural a su estado anterior, sin contemplar la responsabilidad subsidiaria del Ayuntamiento por no haber sido parte.

La STS, Sala Segunda, de 6 de noviembre de 2006, confirma la SAP de Alicante de 31 de diciembre de 2003 que condenó al alcalde, así como al teniente de alcalde, del Ayuntamiento de Pego (quien a su vez era el presidente de la Comunidad de Regantes), por un delito contra el medio ambiente, uno de atentado y uno de desobediencia, por haber causado incendios, realizado actuaciones no autorizadas en un paraje protegido, el Marjal de Pego-Oliva, lo cual causó graves daños en la fauna y flora silvestre, así como en el entorno natural. La desobediencia penal resultó del incumplimiento de las medidas cautelares preventivas impuestas por el órgano judicial instructor. Como condena civil, se les impuso a ambos acusados, por partes iguales y forma solidaria, la obligación de indemnizar a la Generalidad Valenciana en un millón doscientos mil veinticuatro euros con veintiún céntimos por los daños irreparables causados en citado humedal, señalando al Ayuntamiento y a la Comunidad de Regantes de las Tierras Arrozales de la Villa de Pego como responsables subsidiarios.[24]

6. Responsabilidad civil por daños medioambientales

El Derecho Civil, en tanto que despliega sus efectos en el ámbito de las relaciones entre particulares (personas físicas y/o jurídicas), constituye el instrumento actualmente existente (incluso cuando se aplica en un proceso penal, como ya hemos referido) para la obtención de la reparación de los daños y perjuicios causados a éstos como consecuencia de menoscabos ambientales, es decir, la responsabilidad civil resulta ser la única vía para indemnizar los daños tradicionales.

Sin embargo, conviene destacar que tanto la Propuesta de Directiva de responsabilidad civil por daños causados por los residuos[25] (año 1990), el *Libro verde de responsabilidad por daños ecológicos* de 1993, y el Anteproyecto de Ley de responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental, presentado por el Ministerio de Medio Ambiente en noviembre de 1999, contemplaban los daños ocasionados a los recursos naturales, incluyendo los producidos a los particulares, dentro de esta disciplina jurídica.

En la órbita civil, los daños ocasionados al medio ambiente son contemplados desde la perspectiva del particular afectado, es decir, en cuanto incide negativamente en su esfera de derechos e intereses, entre los que no se incluye el derecho de protección "abstracto" a disfrutar de un ambiente "sano y adecuado para el desarrollo de la persona" (STS, Sala Primera, de 14 de marzo de 2005), básicamente por un problema de legitimación al tratarse de un bien común.

rios públicos en el ejercicio de sus cargos y funciones, artículo 121 del CP.

24. Otras sentencias, a destacar de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 1318/2005, de 17 de noviembre; 940/2004, de 22 de julio; 1577/2003, de 24 de noviembre, sobre vertidos de aceites usados de motor en suelo, infiltrando un acuífero y produciendo también perjuicios a una empresa vecina.

25. Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1990 sobre la política en materia de residuos (90/C122/02).

A partir de las reclamaciones de responsabilidad civil esgrimidas ante los tribunales civiles se puede obtener una reparación de los específicos detrimentos patrimoniales derivados de una conducta dañosa para los recursos naturales, pero no se puede obtener, en principio, la restauración del bien común ambiental, como sí se permitía en el malogrado Anteproyecto de Ley mencionado.

6.1. Responsabilidad extracontractual. Título de imputación

La responsabilidad civil extracontractual, en un principio y como regla general, se basa en la existencia de una conducta culpable que lesiona bienes, derechos o intereses de otra persona, la cual no está obligada a soportarlo.[26] Se trata de una responsabilidad subjetiva ligada a la negligencia, la cual está recogida en el artículo 1902 del CC.

Sin embargo, en daños medioambientales con incidencia privada, *la jurisprudencia aplica parámetros de responsabilidad cuasiobjetivos*. En el supuesto del ejercicio de actividades potencialmente peligrosas, contaminantes, se emplea la teoría del riesgo creado,[27] según la cual la diligencia exigida en el artículo 1902 del CC se extiende a todas las actuaciones que la prudencia imponga para prevenir el daño no tolerable, de acuerdo no sólo con las circunstancias de la persona, el tiempo y el lugar (artículo 1104 del CC), sino también el sector del tráfico o vida social donde despliega sus efectos, con una inversión de la carga de la prueba sobre el agente de la actividad.

En leyes sectoriales, como la Ley de energía nuclear, de 29 de abril de 1964, se establece una responsabilidad civil por daños nucleares *tipo objetivo*, para el explotador de una instalación nuclear o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radioactivos o que cuente con dispositivos que pueden producir radiaciones ionizantes, si bien limitando la cobertura del riesgo, exigiendo como garantía la suscripción de una póliza de seguro y un depósito, y recogiendo la responsabilidad subsidiaria del Estado.

En el ámbito del Derecho Comunitario, se debe destacar el reciente Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"),[28] en cuyo considerando 25, aludiendo expresamente a las obligaciones extracontractuales derivadas de los daños medioambientales, refiere que "el artículo 174 del Tratado, que contempla un elevado nivel de protección, basado en los principios de cautela y acción preventiva, en el principio de corrección en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga, justifica plenamente el recurso al principio de favorecer a la víctima. La cuestión de cuándo la persona que reclama el resarcimiento de los daños podrá elegir el Derecho aplicable debe determinarse de conformidad con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional", directriz que se desarrolla en el artículo 7: "*Daño medioambiental*. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño."[29]

6.2. Acciones de cesación basadas en las relaciones de vecindad

El Derecho Civil, por otro lado, cuenta con un instrumento complementario a la responsabilidad aquiliana, las acciones de cesación o negatorias de inmisiones basadas en las relaciones de vecindad, las cuales encuentran cobertura en los artículos 590 y 1908 del CC, junto a alguna normativa autonómica.[30]

Tratándose de actividades autorizadas, en las cuales se han cumplido las condiciones a las que fueron sometidas, *de nuevo se aplican criterios objetivadores*, en concreto, el principio general del derecho *alterum non laedere* en relación con la buena fe, normalidad

26. STS, Sala Primera, de 17 de marzo de 1981, alude a la relación o juicio de antijuridicidad como uno de los requisitos para exigir la responsabilidad civil extracontractual.

27. STS, Sala Primera, de 17 de diciembre de 1986, 16 de enero de 1989, 24 de marzo de 1993 y 7 de abril de 1997, entre otras muchas. Se puede destacar la STS de 17 de marzo de 2004, en la que se analiza un supuesto de coexistencia de causas en la contaminación de un acuífero mediante un vertido de gasolina derivado de los daños ocasionados tras un atentado terrorista en Sant Vicenç dels Horts.

28. DOCE 199/42, de 31 de julio de 2007.

29. El Reglamento se aplica, en virtud del artículo 1, a las obligaciones extracontractuales de carácter civil y mercantil, siendo la regla general de solución del conflicto de leyes aplicables la del artículo 4.1 a la que se refiere el precepto referente a los daños ambientales: "Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión."

30. Debe aludirse a la derogada Ley del Parlamento de Cataluña 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, derogada por la Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

del uso, tolerancia y la institución del abuso del derecho, en virtud del artículo 7 del CC,[31] debiendo el autor del acto lesivo acreditar estas circunstancias.

Debemos destacar que en el ejercicio de estas acciones de cesación, el perjudicado no sólo puede interesar y obtener de los tribunales civiles una indemnización de los perjuicios ocasionados, sino también la adopción de medidas que impidan la continuidad de los daños o bien su nueva producción, las cuales, por vía indirecta, implican la posibilidad de conseguir una reparación ambiental en sede del ejercicio de acciones privadas.

7. Derecho Administrativo y daños al medio ambiente

La reparación de los daños ambientales, sin perjuicio de la vía penal, normalmente se suscita y se consigue en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas.

Dentro de esta esfera jurídica deben distinguir varios supuestos de actuación, activa y pasiva, de las administraciones públicas, a los efectos de obtener la restauración del bien común medioambiental:

–En un gran número de ocasiones, los sucesos que resultan ser lesivos para los recursos naturales guardan una estrecha –cuando no coincidente– relación con conductas previstas como infracciones administrativas en diferentes leyes sectoriales, originando la incoación de un expediente sancionador.

–En otros supuestos, el daño guarda una conexión causal con el funcionamiento normal/anormal de las administraciones públicas, insertándose en el concepto de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, artículos 106.2 de la CE y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC).

–Por último, existen supuestos en que la reparación constituye el único objeto del procedimiento administrativo.

7.1. Reparación y Derecho Sancionador

Existen numerosas previsiones en nuestro ordenamiento jurídico acerca del deber o la obligación de reparar o restaurar el estado anterior de los recursos naturales menoscabados a partir de una conducta que, *prima facie,* se estima constitutiva de un ilícito administrativo.[32]

El punto de partida se encuentra en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPAC), en cuya virtud "Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador 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 podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente".

Dicho precepto contempla tanto los daños ambientales autónomos como los daños tradicionales.

Respecto a la naturaleza de estas medidas reparadoras, debe abogarse por la independencia sustantiva de las sanciones administrativas,[33] y ello a pesar de que se relacionen e inserten en un expediente sancionador, por razones de "economía procedimental" legalmente consagradas.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 252/2006, de 25 de julio, dictada en un recurso de amparo que estimó parcialmente por vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora, al diferir al momento aplicativo de la potestad sancionadora la concreción de la clase de infracción a la que pertenece la conducta, anula las sentencias dictadas por la Sala de la Audiencia Nacional y el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, en cuanto confirmaron la sanción impuesta a la entidad recurrente por el organismo Parques Nacionales, por la comisión de una infracción prevista en el artículo 38.12 de la Ley 4/1989, consistente en sondear sin permiso en una finca sita en el Parque Nacional Cabañeros, pero no extiende la anulación en cuanto el acto establece medidas reparadoras, al no participar éstas de naturaleza sancionadora.[34]

En cuanto a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, también es constante y reiterada

31. Desde la STS, Sala Primera, de 12 de diciembre de 1980, sobre la central termoeléctrica de Soto de Ribera.

32. Artículos 92, 95 y 100 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; artículo 37 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres; artículo 37 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria; artículo 26 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos; artículo 113.5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; artículo 118 del Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de aguas; artículo 38 de la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente; artículo 31 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, y artículo 36 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación.

33. Así se desprende del artículo 6 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, como después veremos.

34. Se remite a las STC 100/2003, de 2 de julio; 210/2005, de 18 de julio; 98/2006, de 27 de marzo (sobre construcción de un invernadero en la zona de protección del Parque Nacional Cabo de Gata), y 187/2006, de 19 de junio.

en el sentido de afirmar esta diferenciación entre sanción y medida reparadora,[35] sobre todo en procedimientos prescritos (STS de 21 de febrero de 2000), nulos (STS de 29 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2002 y 22 de abril de 1999) y caducados.

En tal sentido, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Quinta), de 16 de noviembre de 2005, dictada en interés de ley en el ámbito de la Ley 4/1989, razona y explica en su último fundamento jurídico las diferencias existentes entre las sanciones administrativas y las medidas de reparación, reestablecimiento o rehabilitación (ambiental):

"a) De entrada, porque 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 el artículo 37.2 de la LCEN liga los deberes de reparar e indemnizar.

"b) Porque la interpretación de ese artículo 37.2 de la LCEN no conduce, ni por su dicción literal, ni por su espíritu y finalidad, a entender que la imposición de tales deberes exija como presupuesto necesario la posibilidad cierta de imponer aquella sanción pecuniaria.

"c) Porque los repetidos deberes no constituyen una sanción en sentido estricto, complementaria o añadida a la sanción pecuniaria. Ésta sí es una consecuencia jurídica de naturaleza represiva, retributiva o de castigo; sí es una consecuencia jurídica de naturaleza sancionadora, en la que se ejercita y manifiesta el *ius puniendi* del Estado. La naturaleza jurídica de aquéllos es, en cambio, meramente reparadora del daño causado, encontrando en éste y no en la nota de la represión o castigo, ni en el ejercicio del *ius puniendi*, su causa o razón de ser. Esta distinción, esta separación conceptual y de naturaleza jurídica entre las sanciones en sentido estricto y los deberes de reparar el daño causado al medio ambiente, está ya explícita en el mismo artículo 45.3 de la Constitución; lo está también en el inciso inicial de aquel artículo 37.2 de la LCEN; y lo está, en fin, en la sentencia misma del Tribunal Constitucional número 100/2003 en la que se basó la sentencia impugnada, tal como resulta de la sola lectura de los párrafos tercero y cuarto de su fundamento jurídico segundo y de la de su fundamento jurídico quinto.

"d) Y, en fin, porque la pervivencia a cargo del infractor del deber de reparación del daño o perjuicio causado en supuestos en los que no cabe imponerle una sanción en sentido estricto, es la que como regla está presente en una consolidada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de la que son muestra las sentencias de 21 y 22 de febrero de 2000 y 24 de junio de 2002, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación 1471/1995, 4226/1996) y 3875/1996. Aunque referentes a ámbitos materiales distintos del que ahora nos ocupa, la razón de decidir de dichas sentencias es perfectamente trasladable al supuesto enjuiciado."

Con sustento en los anteriores razonamientos, establece en su fallo la siguiente doctrina legal:

"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 de 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."

Partiendo de las consideraciones expuestas, la reparación del daño ambiental corresponde al sujeto infractor, entendido como autor de la conducta lesiva y con independencia de que el expediente culmine o no con la imposición de una sanción, así como sin tener en cuenta, en los supuestos de no recaer sanción, de si la conducta fue o no negligente.

El infractor-reparador puede ser tanto una persona –física o jurídica– pública y privada, ya que resulta incontrovertido que la potestad sancionadora se puede ejercer sobre administraciones públicas.[36]

7.2. Responsabilidad patrimonial de la Administración

El Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada (entre otras, sentencias de 14 de mayo, 7 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995), que *la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por resultado,* en la cual resulta indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, de forma que cualquier conse-

35. Una reciente excepción la constituye la STS, Sala Tercera, Sección Quinta, de 5 de junio de 2007, que, casando la sentencia recurrida, anuló dos órdenes ministeriales por las que se impuso una sanción de multa y la obligación de retirada de tierras y firme depositados en cauce, zona de policía y servidumbre del Arroyo La Plata, a causa de no haberse notificado la propuesta de resolución, anulando no sólo la sanción, sino también la medida de reestablecimiento.

36. Los supuestos más frecuentes suelen ser los expedientes sancionadores abiertos por confederaciones hidrográficas a ayuntamientos. Sin embargo, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, en su artículo 35 excluye a las administraciones públicas del régimen de infracciones y sanciones que recoge en el capítulo V.

cuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos ha de ser en principio indemnizada, porque, como dice en reiteradas resoluciones el alto tribunal, "de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad".

La restauración de daños ambientales en sede de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración encuentra la dificultad, además de la prueba del nexo causal, en la necesaria existencia de un perjuicio patrimonial que ha de ser real, evaluable económicamente, efectivo e *individualizado* en relación con una persona o grupo de personas.

Como quiera que el medio ambiente es de titularidad común, sólo podrá obtenerse su reparación si, a su vez, éste coincide con un bien privativo del reclamante.

Como sentencias recientes dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ambas de la Sección Sexta, podemos destacar la de 18 de abril de 2007, que declara la responsabilidad de la Junta de Andalucía en relación con los daños producidos en fincas particulares por aves procedentes del Coto de Doñana, considerando probada la deficiente gestión en el cuidado y alimentación de las aves, máxime cuando son conocidos los problemas de sequía en determinadas épocas, omisión administrativa que llevó a los animales a fincas vecinas en busca de alimento. La sentencia de 22 de diciembre de 2004 analiza un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado (Ministerio de Defensa), por el incendio ocasionado en la Sierra de Teleno (León) tras unas prácticas de tiro, con daños en la flora y fauna.

7.3. Otros supuestos

–El título V de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, artículos 27 y 28, recoge un procedimiento administrativo autónomo –del sancionador– y específico para la declaración de suelos contaminados, con la imposición de medidas de limpieza y reparación, normativa desarrollada por el Real decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.[37]

–El artículo 10.1 del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio (EIA), dispone que:

"1. Cuando la ejecución de los proyectos a que se refiere el artículo anterior produjera una alteración de la realidad física, su titular deberá proceder a la restitución de la misma en la forma que disponga la Administración. A tal efecto, ésta podrá imponer multas coercitivas sucesivas de hasta 300,51 euros (50.000 pesetas) cada una, sin perjuicio de la posible ejecución subsidiaria por la propia Administración, a cargo de aquél.

"2. En cualquier caso el titular del proyecto deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. La valoración de los mismos se hará por la Administración, previa tasación contradictoria cuando el titular del proyecto no prestara su conformidad a aquélla."

8. Hacia un régimen común. La Directiva 2004/35/CE y su transposición al ordenamiento jurídico español. La Ley 26/2007, de 30 de octubre

Las instituciones comunitarias, desde el año 1989,[38] se percataron de la necesaria consecución paulatina de un régimen común de responsabilidad medioambiental, si bien no fue erigido como objetivo hasta el año 1997, mediante el Tratado de Ámsterdam.

Los primeros trabajos realizados con dicho fin se originaron en el año 1993, mediante el denominado *Libro verde sobre reparación del daño ecológico*,[39] que ofrecía diversas alternativas, tras cuya consulta la Comisión presentó el *Libro blanco sobre responsabilidad ambiental*,[40] en el que se señalaba como opción más adecuada la aprobación de una directiva marco que contemplara, por un lado, la responsabilidad objetiva por daños ambientales (alcanzando también a los daños producidos a las personas o sus bienes) ocasionados por actividades peligrosas reguladas en la normativa comunitaria, y por el otro, que regulara la responsabilidad subjetiva o por culpa de los daños causados a la biodiversidad por actividades no peligrosas.

Estos escritos preparatorios elaborados en el seno de la Comisión culminaron con la aprobación de la citada Directiva 2004/35/CE, la cual, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, estableció "un marco común para la prevención y la reparación de los daños medioambientales a un coste razonable para la sociedad" (considerando 3).

Las "normas mínimas comunes" contenidas en la Directiva se han insertado, con algunas modificacio-

37. Se trata de un sistema que sigue el ejemplo norteamericano de la *Comprehensive Enviromental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA), de 1980 (modificada posteriormente), también conocida como *Superfund Act*.

38. Propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 1989 presentada por la Comisión sobre la responsabilidad civil a consecuencia de los daños y perjuicios causados al medio ambiente ocasionados por residuos (DOCE de 4 de octubre de 1989).

39. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, de 14 de mayo de 1993.

40. Bruselas, 9 de febrero de 2000.

nes, dentro del ordenamiento jurídico interno a través de la Ley 26/2007, de 23 de octubre,[41] la cual ha entrado en vigor el 25 de octubre siguiente, si bien sus efectos –salvo en las garantías financieras y sanciones– se retrotraen a la fecha límite de transposición de la Directiva, es decir, el 30 de abril de 2007 (disposición final sexta).

El citado cuerpo legal supone un cualificado avance de la aplicación y virtualidad de los principios de prevención y de "quien contamina paga", inspiradores de la normativa internacional y comunitaria relativa al medio ambiente, y recogidos en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Por ello algunos autores consideran que el postulado debería denominarse ahora "quien contamina, paga y repara".

La Ley 26/2007, como reza su preámbulo, incorpora al ordenamiento interno, con el carácter de ley básica, un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo (sin necesidad de prueba de actuación culposa) e ilimitado (comprensivo de todos los costes).

La mencionada Ley (en lo sucesivo, LRM) ha supuesto un paso importante y cualificado en el Derecho Medioambiental, en cuanto ha dado lugar a la positivación de un elenco de potestades y un sistema de exigencia por parte de la Administración, el cual se dirige no sólo a quien contamina (o a quien la Ley considera que contamina, ante las exenciones que contempla, como veremos), sino también, y sobre todo, a quien amenaza inminentemente con contaminar,[42] potestades que se canalizan a través de un procedimiento administrativo (capítulo VI), cuyo resultado es una decisión de actuar y/o abonar íntegramente los costes de la reparación, evitación de mayores daños o prevención de los todavía no producidos, y ello con carácter ejecutorio y ejecutivo, como expresión de la autotutela declarativa y ejecutiva que corresponde, como prerrogativa, a los entes públicos.

La adopción de medidas de prevención y evitación se impone *a todos los operadores*, *ex lege*, una vez producido el daño o la amenaza inminente (artículo 17 de la LRM), sin necesidad de actuación administrativa que origine la obligación del contaminador en este sentido,[43] a diferencia de las medidas de reparación, las cuales no se imponen a todos los agentes –como veremos–, ya que respecto de éstas el operador sólo puede adoptar por sí mismo las medidas provisionales, sino que deben someter a la aprobación de la autoridad competente una propuesta de medidas reparadoras de los daños (artículo 20 de la LRM).

8.1. Aspectos en los que la Ley 26/2007, de 23 de octubre, implica una "mejora" o extensión de las previsiones contenidas en la Directiva comunitaria

Podemos destacar:

1. Entre las "especies y hábitats naturales protegidos" (artículo 2.3 de la Directiva), el artículo 2.4 y 2.5 de la LRM incluye no sólo los comprendidos en las normas sobre la materia mencionadas en la Directiva, sino también a cualesquiera otros protegidos por la legislación comunitaria, estatal o autonómica, así como por los tratados internacionales en que España sea parte, siempre que, en cuanto a la flora y fauna se refiere, "se hallen en estado silvestre en el territorio español, tanto con carácter permanente como estacional", excluyendo a las "especies exóticas invasoras".

2. Los "daños al suelo" no sólo se refieren a la contaminación de la que pueda derivarse efectos adversos para la salud humana [artículo 2.1.c) de la Directiva], sino que el artículo 2.1.d) de la Ley extiende de tales efectos nocivos al medio ambiente.

3. Los *operadores* no sólo pueden ser las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas que desempeñen o controlen una actividad económica o profesional (artículo 2.6 de la Directiva), tenga o no fines lucrativos, sino también quienes *tengan un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico* (artículo 2.10 de la LRM).[44]

4. En cuanto al régimen de responsabilidad objetiva *por daños y las amenazas inminentes de daños* al medio ambiente (artículo 3 de la Directiva), no sólo se extiende a las actividades "potencialmente peligrosas" previstas en el anexo III[45] de la Directiva y de

41. Ley básica dictada al amparo del artículo 149.1.23 de la CE, que incluye entre las competencias exclusivas del Estado la "legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias", correspondiendo a las comunidades autónomas, en el supuesto de previsión estatutaria, dictar la normativa de desarrollo y la gestión de la protección medioambiental, artículo 148.1-9 de la CE. Se expresa en el artículo 7 y la disposición adicional primera de la Ley 26/2007.

42. Entendida como *probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo* (artículo 2.13 de la Ley).

43. Sin perjuicio de la obligación del operador de informar a la autoridad competente y someterse a sus instrucciones, artículos 9 y 17.4 de la LRM.

44. El concepto de operador, sin embargo, contiene una limitación respecto de las administraciones públicas, como veremos posteriormente.

45. Las cuales coinciden, sustancialmente, con las señaladas en la Ley 16/2002, de 16 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

la Ley, sino también a cualesquiera otras actuaciones distintas, ciñéndose en cuanto a éstas a las medidas de prevención y de evitación.

La responsabilidad objetiva de reparar sólo opera para las actividades enumeradas en el anexo III, requiriendo la presencia de culpa en las restantes (artículo 3.1 y 3.2 de la LRM), con la excepción de que no se hubieren adoptado previamente las medidas de evitación o las preventivas, como recoge el artículo 19.2 *in fine*.

5. La responsabilidad subjetiva, en el supuesto de daños y amenazas inminentes de producirlos, engloba a todos los recursos naturales incluidos en el ámbito de la ley, no sólo a las especies de flora y fauna silvestres y a sus hábitats, como en el artículo 3.1.b) de la Directiva.

6. En cuanto al acceso de los interesados para solicitar información e instar ante la Administración competente (autonómica, artículo 7 de la LRM) la iniciación de un expediente por responsabilidad medioambiental (capítulo VI de la LRM), no sólo se ciñe a los daños, sino también a la amenazas inminentes (artículo 41 de la LRM en relación con el artículo 12.5 de la Directiva).[46]

7. La disposición transitoria única matiza la irretroactividad recogida en el artículo 17 de la Directiva, ya que se pueden exigir medidas de prevención y de evitación de nuevos daños, a pesar de que la emisión, suceso, incidente o actividad específica se hubieren producido, realizado y concluido antes del 30 de abril de 2007.

8. La responsabilidad objetiva de los operadores de las actividades del anexo III viene reforzada con dos presunciones *iuris tantum,* recogidas en los artículos 3.1 y 9.1 de la Ley, acerca de la existencia de nexo causal entre el daño o amenaza y su empresa.

8.2. Régimen común, no completo, de responsabilidad por daños ambientales

Sin embargo, a pesar de este marco común, no puede ni mucho menos considerarse completo, ya que ni la Directiva –y, consecuentemente, tampoco la Ley– abarcan todos y cada uno de los aspectos que pueden derivarse de los menoscabos al medio ambiente.

Ciñéndonos al texto legal, podemos observar las siguientes omisiones y limitaciones:

1. Elementos del medio ambiente: sólo se aplican a los daños y amenazas de daños ocasionados a las especies –excepto las exóticas invasoras– y hábitats naturales protegidos, a las aguas integradas en el dominio público hidráulico (Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio), a la ribera del mar y de las rías (comprendiendo el dominio público marítimo-terrestre y las playas, artículo 3.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio), y al suelo.

–No se contemplan los daños al aire, los cuales se engloban en la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, hasta que se publique el ya aprobado Proyecto de Ley sobre calidad del aire y protección de la atmósfera, en el que se establece un régimen de prevención y reparación basado en el principio de corresponsabilidad (entre ciudadanos, sociedades y poderes públicos), consagrado desde la Declaración de Estocolmo (1972).[47]

–Respecto de la ribera del mar y de las rías, el artículo 2.8 de la LRM remite al artículo 3.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, que incluye la zona marítimo-terrestre y las playas, quedando, por ende, fuera de su ámbito los daños y amenazas de daños producidos en las aguas interiores y mar territorial.

2. A pesar de que la Directiva, en su artículo 3, dejó abierta la puerta a extender sus efectos, en el ámbito de las legislaciones nacionales, a los daños tradicionales derivados de daños y amenazas de daños medioambientales,[48] se ha excluido dicha posibilidad expresamente en el artículo 5 de la Ley, remitiéndose a la normativa que resulte de aplicación, esto es, como hemos visto más arriba, a la penal, civil (responsabilidad aquiliana e inmisiones) y administrativa (básicamente, en la esfera de la responsabilidad patrimonial), con las dificultades que comporta la dispersión normativa y jurisdiccional.

3. Respecto al concepto de operador, sobre el que recae la responsabilidad (artículo 9 de la LRM), si bien la Ley incluye a las personas jurídico-públicas, el artículo 2.10 *in fine* de la Ley recoge la siguiente matización respecto de las mismas: "Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14.1.b), no quedan incluidos en este concepto los órganos de contratación de las administraciones públicas cuando ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación sobre contratación pública en relación con los contratos administrativos o de otra naturaleza que hayan suscrito con cualquier clase de contratista, que será quien tenga la condición de operador a los efectos de lo establecido en esta Ley."

Atendiendo a que los daños y amenazas de daños al medio ambiente pueden producirse en el seno de

46. Ello responde a los principios incorporados a Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (transpone las directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

47. La razón de este proceder, considero, puede estar debida al origen difuso y continuado en el tiempo de la contaminación atmosférica, quedando excluido en el artículo 4.5 de la Directiva y 3.3 de la Ley.

48. Como recogía el *Libro blanco* en el año 2000.

la ejecución de un contrato suscrito por la Administración (entendida ésta en el concepto extenso recogido en el artículo 1.2 del vigente Texto refundido de la Ley de contratos de 16 de junio del año 2000, habiendo quedado, si puede, ampliado en el artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre), resulta objetable esta exclusión de responsabilidad, ya que no cabe duda de que los poderes públicos deberían ostentar un especial papel de garante de la producción de estos menoscabos ambientales en el seno de la contratación administrativa en general, y ello sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda asumir al contratista, sobre todo cuando no existe una orden o instrucción obligatoria [artículo 14.1.b)], sino una dejación de ejercicio de competencias de control.

Siguiendo esta tónica favorable de la Ley hacia la Administración, la cual por acción, y sobre todo, por omisión o comisión por omisión, puede contaminar o amenazar con hacerlo, en el artículo 9.4 de la LRM se incluye una nueva norma sorprendente: "4. La Administración pública que hubiera adjudicado un contrato o autorizado una actividad cuyo desarrollo diese lugar a daños medioambientales, o a la amenaza de los mismos, colaborará con la autoridad competente, sin que se derive responsabilidad medioambiental de la Administración pública por las actuaciones del operador, salvo en el supuesto previsto en el artículo 14.1.b)."

Y para finalizar este asombro, para qué decir de la disposición adicional décima, referente a la "Responsabilidad medioambiental de las obras públicas", en cuya virtud, "De conformidad con lo previsto en el artículo 2.1 de esta ley y en la disposición adicional cuarta del Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, en las obras públicas de interés general la autoridad competente no podrá exigir la adopción de las medidas previstas en esta Ley, ni ejecutarlas subsidiariamente, cuando se haya seguido el procedimiento establecido para la evaluación de su impacto de acuerdo con la información existente, y se haya cumplido con las prescripciones establecidas en la declaración de impacto ambiental. La normativa autonómica aplicable en la materia determinará la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior a la declaración de impacto ambiental o figura equivalente de las obras públicas cuya titularidad corresponda a las comunidades autónomas".

Se trata de un supuesto de exención de la responsabilidad, no sólo del pago, privilegiado para el *macrosector* de las obras públicas, que extiende la exoneración de asunción de costes prevista en el artículo 14.2.a) de la LRM, la cual abordaremos seguidamente.

4. En el artículo 9 se describen las diferentes obligaciones que ostenta el responsable, entre las cuales, además de las concernientes a deberes de información y colaboración con la Administración competente, se incluyen:

a) Adoptar y ejecutar medidas de prevención y evitación, en todo caso, cualquier operador. Se trata de una responsabilidad objetiva, en virtud del artículo 3.1 y 3.2 de la LRM.

Sin embargo, esta obligación "de actuar" no se extiende a la de sufragar su coste en los supuestos del artículo 14.1 de la LRM, los cuales podemos englobarlos bajo la denominación "hechos de un tercero":

"a) La actuación de un tercero ajeno al ámbito de la organización de la actividad de que se trate e independiente de ella, a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas.

"b) El cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria dictada por una autoridad pública competente, incluyendo las órdenes dadas en ejecución de un contrato a que se refiere la legislación de contratos de las administraciones públicas.

"Se exceptúan los supuestos en los que la orden o la instrucción se hayan dictado para hacer frente a una emisión o a un incidente previamente generado por la propia actividad del operador.

"La aprobación de proyectos por las administraciones públicas, cuando así lo exija la normativa aplicable, no tendrá la consideración de orden o instrucción, a los efectos de lo previsto en este apartado. En particular, los proyectos aprobados por la administración contratante no podrán considerarse como orden o instrucción obligatoria a los efectos de este apartado respecto de daños medioambientales no previstos expresamente en la declaración de impacto ambiental o instrumento equivalente.

"Cuando los daños medioambientales sean consecuencia de vicios en un proyecto elaborado por la Administración en un contrato de obras o de suministro de fabricación, el operador no vendrá obligado a sufragar el coste de las medidas que se adopten."

Ante la concurrencia *exclusiva* de cualquiera de estas actuaciones ajenas a la actividad del operador, que rompen el nexo causal, quien ha adoptado y ejecutado las medidas puede repetir contra el tercero (vía civil) o frente a la Administración que expidió la orden o instrucción (vía administrativa, responsabilidad patrimonial), en virtud del artículo 15.1 de la LRM.

Parece que estas excepciones, además de referirse a la relación de causalidad, excluyen también toda posibilidad de concurrencia de conducta culpable del operador.

Por ende, la Ley no cumple aquí, de forma directa, con el principio "quien contamina, paga", ya que

difiere la asunción de los costes a un proceso judicial y/o administrativo posterior.

b) Adoptar y ejecutar medidas de reparación, en su caso, ya que, como hemos referido, la reparación corresponde a las actividades del anexo III y, cuando medie dolo o culpa, a las restantes.

Asimismo, en los supuestos de responsabilidad objetiva previstos en el artículo 3.1 (anexo III) se exonera de la obligación de asunción de los importes que genera dicha labor restauradora, no sólo en los dos casos del artículo 14.1 de la LRM, sino también, siempre que no exista dolo o culpa, en los supuestos recogidos en el artículo 14.2 de la LRM, esto es, transformándose en una especie de "responsabilidad subjetiva en el pago":[49]

"a) Que la emisión o el hecho que sea causa directa del daño medioambiental constituya el objeto expreso y específico de una autorización administrativa otorgada de conformidad con la normativa aplicable a las actividades enumeradas en el anexo III.

"Adicionalmente, será necesario que el operador se haya ajustado estrictamente en el desarrollo de la actividad a las determinaciones o condiciones establecidas al efecto en la referida autorización y a la normativa que le sea aplicable en el momento de producirse la emisión o el hecho causante del daño medioambiental."

Constituye una circunstancia exonerativa del pago que puede convertirse en un auténtico "cajón de sastre" para que los operadores que desarrollen actividades "peligrosas" incluidas en el anexo III puedan eludir la obligación de asumir los costes, ante la amplitud interpretativa a que tal precepto puede dar lugar.

"b) Que el operador pruebe que el daño medioambiental fue causado por una actividad, una emisión, o la utilización de un producto que, en el momento de realizarse o utilizarse, no eran considerados como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente con arreglo al estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en aquel momento."

Se trata de los "riesgos de la técnica", de acuerdo con el artículo 141.1 de la LPAC, cuya inclusión es discutida por algún sector de la doctrina.[50]

5. El artículo 6 de la LRM proclama la compatibilidad entre el régimen de responsabilidad previsto en ella con las sanciones penales y administrativas que pudieren derivarse.

En cuanto a la exigibilidad de las medidas de prevención, evitación y reparación en el curso de un proceso penal o un expediente administrativo sancionador, se limita sólo a los supuestos generales de responsabilidad objetiva (actividades del anexo III para todo tipo de medidas; medidas de prevención y de evitación para las restantes actividades).

En otro caso, en tanto el expediente administrativo o el proceso penal está en marcha, sólo son exigibles las medidas de reparación a operadores de las actividades "potencialmente no contaminantes" cuando en el respectivo procedimiento se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia del operador.

Diversas dudas plantea este precepto: ¿Quién adoptará las medidas provisionales y de reparación? ¿Se requiere para su exigibilidad la firmeza de la resolución administrativa o la condena penal?

6. El artículo 11 de la LRM determina la mancomunidad en el caso de concurrencia de varios responsables,[51] con las dificultades que, con toda seguridad, se darán en la práctica a la hora de apreciar el grado de participación de cada uno de ellos, máxime teniendo en cuenta las dificultades técnicas que conlleva la apreciación de los daños a los recursos naturales.

7. Las administraciones públicas quedan excluidas del régimen de infracciones y sanciones establecido en el capítulo V de la Ley, cuando la potestad sancionadora puede ser ejercitable, y de hecho se ejercita, entre los entes públicos, como hemos referido en epígrafes anteriores.

8. En la disposición adicional séptima se exonera a la Administración General del Estado y a sus organismos públicos de las garantías financieras reguladas en el capítulo IV de la Ley. Las comunidades autónomas tienen abierta la posibilidad de autoexcluirse o no de éstas.

9. Conclusiones

A pesar de este paso en firme que ha supuesto la transposición de la Directiva 35/2004/CE, sin embargo considero que la Ley 26/2007 no ha agotado todas las posibilidades que permitía la norma comunitaria a fin de obtener una norma integral e integradora de todos los detrimentos, deterioros y menoscabos que pueden derivarse de las actividades contaminantes, y ello sin dejar de lado la situación de ventaja a la que

49. En virtud del artículo 15.2 de la LRM, en los supuestos del artículo 14.2, los costes se pueden recuperar en los términos que determine la normativa autonómica, sin perjuicio del Fondo Estatal de Reparación de Daños Medioambientales previsto en el artículo 34 de la LRM, dotado con recursos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado.

50. J. Esteve Pardo, *Técnica, riesgo y derecho,* Ariel, Barcelona, 1999.

51. A diferencia del sistema de responsabilidad solidaria previsto en el borrador del Anteproyecto de ley de responsabilidad medioambiental.

parece dejar al agente contaminante cuando se trata de un ente, órgano u organismo público.

No se incluyen los actos nocivos al medio ambiente derivados de comportamientos privados, sino que se requiere una "actividad económica o profesional", al mismo tiempo que no se aplica a los daños, e incluso amenazas, que los particulares pueden sufrir en sus bienes y derechos y que se deriven de riesgos o males a los recursos naturales. El Derecho Administrativo Sancionador, en el primer caso, y el Derecho sobre responsabilidad extracontractual (civil o administrativo), en el segundo, parecen ser los únicos cauces para conseguir entonces la reparación ambiental y patrimonial, respectivamente, sin que opere una garantía para su satisfacción, como un seguro obligatorio.

La responsabilidad objetiva e ilimitada queda desdibujada a través de las exenciones de pago que la Ley contempla en su artículo 14.2, resultando objetable que no se haya establecido un régimen de responsabilidad solidaria ante la concurrencia de responsables, e incluso un régimen de responsabilidad subsidiaria, cuando no directa, por parte de la Administración autorizante o contratante.

Parece que la Ley sustenta toda la carga de la responsabilidad en el operador privado, sujetándolo a la asunción de ciertas garantías financieras (seguro, aval, fondo de reserva social *ad hoc,* artículo 24, con un fondo de compensación previsto en el 33), de las que se ha excluido al Estado de forma expresa. Para evitar la realización de actuaciones nocivas para el, ya delicado de salud, medio ambiente, no es suficiente con que alguien asuma el coste de los riesgos que recaen sobre el mismo, sino que se precisa que el pagador sea realmente quien ha perjudicado, por acción y/u omisión, a la naturaleza, como bien común que nos pertenece a todos y sin el cual no somos nada ni nadie, y ello a fin de que tenga virtualidad práctica la acción preventiva.

En resumen, "quien contamina, a veces paga".

Bibliografía

Aguilera Lull, Ariadna; Azagra Malo, Albert. "Transposición de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en Alemania y en España", *Indret*, Barcelona, julio de 2007.

García López, Tania. "El principio de reparación del daño ambiental en el derecho internacional público y en la Unión Europea", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 3, marzo de 2007.

–"Incidencia medioambiental y Derecho sancionador", Consejo General del Poder Judicial, VIII-2006.

–"Responsabilidad civil medioambiental", *Estudios de Derecho Judicial*, 80 (año 2005), Consejo General del Poder Judicial.

–"Reparto competencial en materia de medioambiente. Control medioambiental de la Administración pública", *Estudios de Derecho Judicial*, 56 (año 2004), Consejo General del Poder Judicial.

–"La protección jurisdiccional del medioambiente", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 12 (año 2001), Consejo General del Poder Judicial.

–"Protección administrativa del medioambiente", *Cuadernos de Derecho Judicial*, 28 (año 1994), Consejo General del Poder Judicial.

Jordano Fraga, Jesús *et al*. *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE, de responsabilidad por daños ambientales, y su incidencia en el ordenamiento español* (monografía), Thomson-Aranzadi, 2005.

–"Los derechos de última generación", *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Año judicial 2006-2007,* Tribunal Supremo, Madrid, 2007.

Lozano Cutanda, Blanca. "La responsabilidad por daños ambientales: La situación actual y el nuevo sistema de responsabilidad de Derecho público que introduce la Directiva 2004/35/CE", *Justicia Administrativa,* 26, enero de 2005, p. 5 a 33.

Martí Martí, Joaquín, "Conceptos indemnizables por la contaminación acústica, lumínica, telúrica, olorígena, pulvígena, visual y paisajística", *La Ley,* 6802, 18 de octubre de 2007.

–"El Derecho Europeo Medioambiental: Estado actual de la transposición del Derecho Comunitario al ordenamiento jurídico", *Estudios de Derecho Judicial,* 67-2004, Consejo General del Poder Judicial.

Sánchez Somolinos, Jorge. "Responsabilidad ambiental. Una directiva compleja de complicada aplicación", *Otrosí,* 72, 2006.

Sart Lamiga, Francisco Javier. "El concepto de responsabilidad compartida y el principio de subsidiariedad en el derecho ambiental", *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo xxi,* tomo III, Tirant lo Blanch, 2000.

Serrano Gómez, Eduardo. "La protección medioambiental: Especial consideración de la responsabilidad civil por daños al medioambiente", *Actualidad Civil,* 2001-1, p. 273-301.

–"Medioambiente urbano", *Estudios de Derecho Judicial,* 82, Consejo General del Poder Judicial-Junta de Andalucía, 2006. ■

6. Los nuevos estatutos de autonomía

Luis Ignacio Ortega Álvarez
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

1. El intento de una nueva formulación de lo básico desde el proyecto de Estatuto de autonomía de Cataluña.
2. El medio ambiente en los nuevos estatutos de autonomía como derecho, deber, objetivo o principio rector.
2.1. Cataluña. 2.1.1. Los derechos estatutarios. 2.1.2. Los deberes estatutarios. 2.1.3. Los principios estatutarios. 2.2. Andalucía. 2.2.1. Los objetivos básicos estatutarios. 2.2.2. Los derechos estatutarios. 2.2.3. Los deberes estatutarios. 2.2.4. Las políticas públicas del título VII del Estatuto. 2.3. Comunidad Valenciana. 2.3.1. Los derechos estatutarios. 2.3.2. Los derechos relacionados con el agua. 2.3.3. Normas programáticas. 2.4. Islas Baleares. 2.4.1. Los derechos estatutarios. 2.4.2. Normas programáticas. 2.5. Aragón. 2.5.1. Los derechos estatutarios. 2.5.2. Los deberes estatutarios. 2.5.3. Los derechos referidos al agua.
3. El medio ambiente en los nuevos estatutos de autonomía como título competencial. La doble tipología competencial.

1. El intento de una nueva formulación de lo básico desde el proyecto de Estatuto de autonomía de Cataluña

La extensión que debe respetar este trabajo en el conjunto de la obra no consiente una profundización del reto conceptual de lo básico que se contenía, en términos generales, en la Propuesta de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña, presentada por el Parlamento de Cataluña ante el Congreso de los Diputados.[1] La entidad de este planteamiento teórico, pese a su importante modificación con ocasión de la discusión de dicha Propuesta de reforma en el Congreso de los Diputados, tiene su reflejo en los nuevos estatutos de autonomía aprobados hasta ahora, donde nos vamos a encontrar con una ruptura de la anterior uniformidad de definición competencial en materia ambiental. Por ello, es necesario que le dediquemos una mínima atención.

En un apretado resumen,[2] en la mencionada reforma estatutaria se pretendía salir al paso de los excesos que, a juicio del legislador catalán, había cometido el Estado en materia de legislación básica[3] y que se concretaban en cinco puntos principales:

–La incapacidad de haber establecido un alcance claro y limitado de esta competencia estatal.

–La utilización por el Estado de esta competencia para establecer una legislación uniforme y difícilmente diferenciable respecto del ejercicio de una competencia legislativa general.

–La práctica inexistencia de ámbitos materiales sobre los que no se proyecte, en mayor o menor medida, una competencia básica.

–La incapacidad de establecer criterios claros y seguros a partir de los cuales pueda diferenciarse entre una norma básica y otra que no lo es.

–La condición de autosuficiente de la ley básica, sin necesidad de que sea completada por la norma autonómica.

Para contrarrestar lo anterior, en el artículo 111 de la Propuesta de reforma[4] se disponía lo siguiente:

"En las materias que el Estatuto atribuye a la Generalidad de forma compartida con el Estado, corresponde a la Generalidad la potestad legislativa y la integridad de la potestad reglamentaria y de la función ejecutiva, en el marco de los principios, los objetivos y los estándares mínimos que fije el Estado en las normas con rango de ley, salvo en los casos que establecen expresamente la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Generalidad puede establecer políticas propias. El Parlamento debe concretar a través de una ley la efectividad normativa y el desarrollo de estas disposiciones estatales."

Esta norma se completaba con la disposición transitoria tercera, que establecía:

"Con relación a las competencias compartidas, mientras el Estado no dicte la legislación básica en forma de principios, objetivos o estándares mínimos, la Generalidad debe deducirlos de la normativa básica vigente."

Hay que recordar que esta función estatutaria respecto de la concreción del concepto de lo básico fue avalada plenamente por el Dictamen previo del Consejo Consultivo de Cataluña en los términos siguientes:

"Al permitir la Constitución distintos entendimientos de las diversas competencias, la norma estatutaria puede especificar y asumir cualquiera de los constitucionalmente posibles: por eso […] puede disponer que la competencia legislativa en las materias en las que el Estado se le ha reservado la competencia sobre las bases deberá exclusivamente ajustarse a los principios, objetivos y estándares mínimos que fije el Estado en normas con rango de ley. Así pues, en defecto de una definición de las bases estatales contenida en la misma Constitución (lo que hubiera sido más coherente con la lógica jurídica de un Estado políticamente descentralizado) y en defecto también de una reforma constitucional en el mismo sentido, debe concluirse que no hay impedimento constitucional explícito para que esa tarea de concreción la asuma el Estatuto de autonomía."

Sin embargo, los efectos de esta regulación estatutaria en el concepto de legislación básica, modificando los criterios de interpretación sostenidos hasta ese momento por el Tribunal Constitucional, hubiesen sido esencialmente los siguientes:

–Interpretación de lo básico por el propio Estatuto de autonomía, lo que tendría como consecuencia hurtar al Tribunal Constitucional de esta interpretación derivada directamente del texto constitucional y eventualmente la existencia de distintos conceptos de lo básico en la medida en que no en todos los estatutos se siguiese la misma definición de lo básico.

–Eliminación de la posibilidad de que lo básico pueda establecerse en disposiciones reglamentarias e, incluso excepcionalmente, en medidas ejecutivas del Estado.

1. BOCG, serie B: Proposiciones de ley, 21 de octubre de 2005, núm. 210-1.

2. Para un estudio más detenido, ver mi trabajo "Legislación básica y estatutos de autonomía", Colección Foro, CEPCO, 2006.

3. Ver en este sentido las críticas contenidas en el "Informe sobre la reforma del Estatuto", Instituto de Estudios Autonómicos, 2003, especialmente en p. 20 y ss.

4. Los argumentos a favor de la posibilidad de realizar esta operación desde un Estatuto de autonomía pueden encontrarse en VIVER PI-SUNYER, C., "En defensa dels estatuts d'autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica juridicoconstitucional", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 1, 2005, p. 97 y ss.

–Supresión de la efectividad directa en el ordenamiento de las decisiones básicas estatales en relación con las materias compartidas, al requerirse para ello una ley interpuesta del Parlamento catalán que concrete y desarrolle lo establecido por el Estado.

Estos tres efectos han sido corregidos sustancialmente en el debate que tuvo lugar en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados.[5] En efecto, de la redacción final se desprende, por una parte, que las potestades autonómicas de desarrollo quedan sometidas a las bases estatales, ya se expresen éstas en normas con rango de ley como principios o mínimo común normativo, ya se expresen en todas las otras posibilidades que la Constitución, y por consiguiente, la interpretación dada a la misma hasta ahora por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de legislación básica estatal.

En definitiva, del texto final del actual Estatuto puede derivarse que en el mismo se recoge, bien que a través de una redacción muy forzada, la doctrina vigente del Tribunal Constitucional en esta materia, lo que no quiere decir que esta función interpretativa contenida en los propios estatutos pueda ser discutida, como así sucede en los recursos de inconstitucionalidad formulados por el Partido Popular y por el Defensor del Pueblo contra el nuevo Estatuto de Cataluña.

Ello no podía ser de otra manera, ya que si en cada Estatuto se permitiese definir el alcance de los contenidos de la legislación básica en el territorio de esa comunidad autónoma, las bases tendrían una distinta penetración en la legislación autonómica, perdiendo así su carácter de regla de aplicación uniforme en todo el territorio estatal en cuanto que traslada al ordenamiento la regulación de intereses que la Constitución ha depositado en manos del Estado.[6]

Queda por ver, además, el efecto que tendrá el modelo de atribución competencial de este Estatuto, en que se combinan repartos competenciales referidos, en general, a la materia de que se trate y referidos, específicamente, a submaterias. Lo veremos a continuación, entre otras cosas porque, en los cuatro estatutos de autonomía aprobados al cierre de este trabajo, se observan cuatro fórmulas diferentes de atribución competencial en materia de medio ambiente.

2. El medio ambiente en los nuevos estatutos de autonomía como derecho, deber, objetivo o principio rector

Una vez analizado que el efecto de la definición del sistema competencial entre el Estado y las comunidades autónomas que pueda estar previsto en un estatuto no puede diferir del sistema constitucional mismo, tal como es interpretado por el Tribunal Constitucional, pasamos a estudiar la forma en que los distintos estatutos de autonomía modificados hasta ahora han regulado la materia ambiental.

Además de la explicitación del medio ambiente como título competencial, lo que veremos más adelante, esta materia aparece recogida expresamente en los títulos que los diferentes estatutos de autonomía dedican a los derechos y deberes de ciudadanos y a los principios rectores que deben orientar las políticas públicas de las autoridades autonómicas.[7]

Utilizamos para este estudio los cinco primeros estatutos de autonomía reformados, los de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Baleares y Aragón, que en sí mismos configuran una dualidad de modelos que son suficientes para exponer los problemas que lleva consigo la nueva configuración del medio ambiente en los nuevos estatutos de autonomía.

2.1. Cataluña

En el Estatuto de Cataluña, el título I regula los "Derechos, deberes y principios rectores". Dentro del capítulo I, relativo a los "Derechos y deberes del ámbito civil y social", aparecen recogidos en el artículo 27 los "Derechos y deberes con relación al medio ambiente"[8] y, a su vez, dentro del capítulo V, denominado "Principios rectores", el artículo 46 se refiere al "Medio ambiente, desarrollo sostenible y equilibrio territorial".

5. El texto del actual 111 del Estatuto de Cataluña queda así: "En las materias que el estatuto atribuye a la Generalidad de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalidad la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Generalidad puede establecer políticas propias. El Parlamento debe desarrollar y concretar a través de una ley aquellas previsiones básicas."

6. Sobre estos aspectos me he pronunciado más extensamente en "Reforma Constitucional y reforma estatutaria", *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2005, p. 53 y ss.

7. Sin entrar, por razones obvias de espacio y de limitarnos a la materia objeto de este comentario, en el debate acerca de la oportunidad y adecuación de este tipo de derechos, sólo se debe señalar que, en ningún caso, el Derecho al medio ambiente ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad.

8. Artículo 27: "1. Todas las personas tienen derecho a vivir en un medio equilibrado, sostenible y respetuoso hacia la salud, de acuerdo con los estándares y los niveles de protección que determinan las leyes. Tienen también derecho a gozar de los recursos naturales y del paisaje en condiciones de igualdad y tienen el deber de hacer un uso responsable de los mismos y evitar su despilfarro. 2. Todas las personas tienen derecho a la protección ante las distintas formas de contaminación, de acuerdo con los estándares y los niveles

2.1.1. Los derechos estatutarios

Estos derechos en gran parte no van más allá de su consideración de principios, ya que su contenido está remitido, por lo general, a la ley y, por tanto, al propio espacio normativo que le corresponde al legislador autonómico, que en todo caso deberá respetar los contenidos presentes en la legislación básica estatal y que, en uso de su libertad política, podrá incrementar los umbrales de protección ambiental. Recuérdese que el artículo 37.4 del Estatuto de Cataluña determina que "Los derechos y principios del presente título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes".

Sin embargo, determinadas cualificaciones conceptuales adquieren plena operatividad como derechos contenidos en una norma de rango superior, limitando la libertad de configuración del propio legislador autonómico. Así, por ejemplo, en el caso de Cataluña, se determina expresamente que "el derecho a la información sólo puede ser limitado por motivos de orden público justificados, en los términos que establezcan las leyes". Pues bien, no cabe duda de que las leyes autonómicas deberán tener en cuenta que los motivos que limiten el derecho a la información ambiental deberán pasar el filtro conceptual de ser considerados "motivos de orden público justificados". Ello implicará que, como veremos en su momento, el Estatuto podría limitar ya la aplicación de alguno de los supuestos que la legislación básica estatal sobre el acceso a la información contempla como causas que legitiman la denegación de la información solicitada. Además, en el caso catalán, esta regla implica, sin duda, que tales motivos de orden público deban estar contemplados en una norma con rango de ley y que sobre todos estos aspectos puede ejercer sus funciones el Consejo de Garantías Estatutarias, mediante la emanación de dictámenes vinculantes acerca de la adecuación de dichas leyes al Estatuto y a la Constitución.

Si, como consecuencia de todo ello, no fuesen aplicables para las autoridades catalanas algunos motivos de denegación de acceso a la información que posibilita la legislación básica estatal, no se produciría ninguna contravención de esta legislación, al estar formulada como habilitaciones a las autoridades públicas, pero sí podrían dificultar el acceso de estas autoridades a flujos de información de otros centros administrativos que quisieran mantenerlos en reserva, ya que en la medida en que las autoridades catalanas dispusieran de dicha información podrían verse obligados a proporcionarla.

2.1.2. Los deberes estatutarios

Los deberes estatutarios, en cambio, aparecen formulados como verdaderos mandatos normativos dirigidos a los ciudadanos, lo que produce de forma indirecta una habilitación de los poderes públicos para articular las medidas necesarias que posibiliten la exigencia de su cumplimiento. Lo que desde el punto de vista de la Administración local tiene una importancia nada desdeñable.

2.1.3. Los principios estatutarios

La construcción estatutaria de los principios rectores[9] guarda una absoluta identidad con la regulación de los "Principios rectores de la política social y económica" del capítulo II del título I de la Constitución, al limitarlos, igual que hace el artículo 53.3 de la CE, a una función informadora y a remitir su exigibilidad ante los jueces a lo establecido en las leyes que los desarrollen.

En la medida en que, al igual que los derechos, no pueden suponer una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes, en nada alteran el ámbito de la legislación básica estatal.

2.2. Andalucía

También en el Estatuto de Andalucía aparecen recogidos objetivos, derechos, deberes y principios referidos al medio ambiente, pero contienen determinadas variantes con relación al Estatuto catalán que conviene desarrollar.[10]

2.2.1. Los objetivos básicos estatutarios

En el caso de Andalucía aparecen en primer lugar unos objetivos básicos contenidos en el artículo 10 dentro del título preliminar del Estatuto. Esencialmente, en sus dos primeros apartados, se trata de proclamar los principios de igualdad real, como reproducción del artículo 9.3 de la Constitución y de una afirmación expresa de la igualdad de géneros.

Como instrumento de lo anterior se enumeran una larga serie de objetivos básicos entre los que se encuentran, en el 5, "el aprovechamiento y la potenciación de los recursos naturales y económicos de Andalucía bajo el principio de sostenibilidad" y, en el

que se determinen por ley. Tienen también el deber de colaborar en la conservación del patrimonio natural y en las actuaciones que tiendan a eliminar las diferentes formas de contaminación, con el objetivo de su mantenimiento y conservación para generaciones futuras. 3. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos."

9. Artículo 39 del Estatuto de Cataluña.

10. Ver, en este sentido, CÁMARA VILLAR, "Derechos, deberes y principios rectores", en *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Balaguer (coord.), Tecnos, 2007, p. 23 a 45.

7, "la mejora de la calidad de vida de los andaluces y andaluzas, mediante la protección de la naturaleza y del medio ambiente".

En garantía del alcance de estos objetivos se declara la obligación de los poderes públicos autonómicos de adoptar las medidas adecuadas mediante "el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas".

Hay dos notas que deben destacarse. Por una parte, se trata de preceptos meramente programáticos sin sanción jurídica posible, que en nada afectan a la formulación por parte del Estado de una legislación ambiental básica. Por otra, que en el caso andaluz, como veremos en el terreno de los derechos, existe una limitación de los objetivos ambientales al beneficio de los andaluces, olvidando el sentido universal de las reglas relativas al medio ambiente.

2.2.2. Los derechos estatutarios

Los derechos, deberes y principios rectores aparecen regulados en el título I del Estatuto, con un primer capítulo de disposiciones generales, que debe ser correctamente interpretado.

Tal como acabamos de señalar, los derechos y deberes estatutarios y las políticas públicas a las que se refieren los principios rectores aparecerían limitados a las personas con vecindad administrativa en Andalucía.[11]

Si esto fuese así, se estaría produciendo una clara vulneración constitucional, dado que, en gran parte, estos derechos se corresponden con servicios, cuyo prestador obligado es la comunidad autónoma, como competente en su ejecución y gestión, pero con relación a todos los ciudadanos.

Debe tenerse en cuenta que, junto a esta restricción de la titularidad de los derechos a los vecinos andaluces, se prohíbe en el artículo 14 del Estatuto todo tipo de discriminación "en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios" contemplados en el título I y que en el propio articulado se definen los sujetos de los derechos sin estar referidos a la limitación de vecindad, sino con expresiones como "todos", "todas las personas", "todas las parejas no casadas", etc.

Por ello, hay que concluir que la limitación vecinal andaluza sólo tiene el sentido, aunque técnicamente mal articulado, de reflejar que el Estatuto y las competencias autonómicas tienen una dimensión territorial referida a los poderes que el ordenamiento atribuye a las instituciones de Andalucía y que no se ha pretendido, desde el Estatuto, otorgar derechos a los ciudadanos respecto de otras administraciones públicas.

Todo ello es evidente en el caso del medio ambiente, donde el sujeto titular de este derecho son "todas las personas".[12] No hay, por tanto, un problema derivado de que sólo fuesen titulares del derecho al ambiente y, por ende, beneficiarios de los derechos contenidos en la legislación ambiental, los vecinos andaluces. Por el contrario, estos derechos estatutarios son de carácter programático, al estar su contenido remitido a lo que dispongan las leyes. Así, tampoco hay que tener en cuenta que las garantías de estos derechos estatutarios se refieran exclusivamente al medio ambiente natural, y se haya olvidado la norma de garantizar los derechos ambientales referidos a los residuos o al ambiente urbano.

2.2.3. Los deberes estatutarios

En el caso andaluz, los deberes estatutarios aparecen, tanto en el articulado de los derechos (artículo 28) como en un artículo específico, el 36, referido a los "Deberes". Así, en el artículo 28 junto al derecho al ambiente se liga el deber de "hacer un uso responsable del mismo para evitar su deterioro y conservarlo para las generaciones futuras", lo que, como en el caso catalán, produce un efecto habilitador de políticas para la exigencia de su cumplimiento.

Por su parte, en el artículo 36.1.b) se realiza una habilitación para que mediante ley se pueda establecer la obligación genérica dirigida a "todas las personas" de "conservar el medio ambiente", que al igual que lo anteriormente dispuesto en el artículo 28 no deja de ser una cláusula de habilitación de políticas ambientales limitadoras de actividades económicas y sociales en garantía de finalidades conservacionistas de espacios naturales, recursos materiales, entornos vitales, o relativas a la flora y la fauna.

Más importancia tiene la previsión específicamente dirigida a las empresas en el apartado 2 del artículo 36, donde se concreta que:

"Las empresas que desarrollen su actividad en Andalucía se ajustarán a los principios de respeto y conser-

11. Dice el artículo 12: "Los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este título son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía, sin perjuicio de lo establecido para el derecho de participación en los asuntos públicos en el artículo 30 y de acuerdo con las leyes reguladoras de los derechos fundamentales y libertades públicas."

12. Artículo 28: "1. Todas las personas tienen derecho a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable, así como a disfrutar de los recursos naturales, del entorno y el paisaje en condiciones de igualdad, debiendo hacer un uso responsable del mismo para evitar su deterioro y conservarlo para las generaciones futuras, de acuerdo con lo que determinen las leyes. 2. Se garantiza este derecho mediante una adecuada protección de la diversidad biológica y los procesos ecológicos, el patrimonio natural, el paisaje, el agua, el aire y los recursos naturales. 3. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos, en los términos que establezcan las leyes."

vación del medio ambiente establecidos en el título VII. La Administración andaluza establecerá los correspondientes mecanismos de inspección y sanción."

La relevancia de este precepto estriba en el respaldo estatutario que cobra la protección ambiental frente al derecho a la libertad de empresa. Recordemos que la jurisprudencia constitucional ha considerado que el principio rector contenido en el artículo 45 de la Constitución respecto del medio ambiente, que, como tal principio rector debe ser puesto en práctica por la leyes que lo desarrollen, puede legitimar la imposición de limitaciones a la libertad de empresa recogida como derecho fundamental en el artículo 38 de la Constitución.

Recordemos igualmente que el Tratado de la Comunidad Europea en su artículo 6 recoge una cláusula horizontal de integración de las exigencias ambientales en la realización de las políticas económicas, con objeto de fomentar un desarrollo sostenible.

2.2.4. Las políticas públicas del título VII del Estatuto

Una especialidad del nuevo Estatuto andaluz es el énfasis que se ha dedicado a la protección del medio ambiente, mediante la inclusión de un título VII, especialmente dedicado al medio ambiente.

El contenido normativo de este título se refiere esencialmente a cláusulas habilitadoras de políticas públicas ambientales que actúan como principios rectores, en su mayor parte, con alguna mínima indicación al sistema competencial. Sistemáticamente, queda fuera de lugar, sin embargo, la inclusión de políticas de autonomía agroalimentaria y de calidad alimentaria contenidas en el artículo 199.

Prácticamente todo el panorama de políticas ambientales aparece mencionado en este título como orientación o como mandatos dirigidos a la actuación de las autoridades autonómicas:

–Protección del medio ambiente, conservación de la biodiversidad, conservación de la riqueza y variedad paisajística (artículo 195).

–Desarrollo sostenible, uso racional de los recursos naturales, garantía de la renovación de los recursos naturales, reducción de emisiones contaminantes a la atmósfera (artículo 196).

–Desarrollo de la agricultura ecológica, turismo sostenible, protección del litoral, protección de la red de espacios naturales protegidos, fomento de una tecnología eficiente y limpia, compatibilidad de la actividad económica con la óptima calidad ambiental, protección efectiva del medio ambiente por los sectores productivos, protección del ciclo integral del agua, promoción de su uso sostenible, eficiente y responsable de acuerdo con el interés general (artículo 197).

–Planificación, supervisión y control de la gestión de los residuos urbanos e industriales, garantía del cumplimiento de las normas y medidas dirigidas a la reducción, el reciclaje y reutilización de los residuos (artículo 199).

–Lucha contra la desertificación, deforestación y erosión, planificación de la prevención y extinción de incendios forestales, recuperación medioambiental de las zonas afectadas (artículo 200).

–Promoción de políticas que mejoren la calidad de vida de la población mediante la reducción de las distintas formas de contaminación y la fijación de estándares y niveles de protección, protección frente a la contaminación acústica, control de la calidad del agua, del aire y del suelo (artículo 201).

–Promoción de estrategias integrales de desarrollo rural dirigidas a constituir las bases necesarias para propiciar un desarrollo sostenible (artículo 202).

–Uso eficiente y sostenible del suelo, configuración de áreas urbanizadas sostenibles, desarrollo del transporte público colectivo, especialmente aquél más eficiente y menos contaminante (artículo 203).

–Promoción de estrategias dirigidas a evitar el cambio climático, potenciación de las energías renovables y limpias, promoción de la utilización sostenible de los recursos energéticos, la suficiencia energética y el ahorro (artículo 204).

–Protección de los animales, especialmente de las especies en peligro de extinción (artículo 205).

A mi juicio, merece destacar de toda esta panorámica de medidas ambientales, las relacionadas con la actividad económica y la urbanística. La primera porque, como vimos anteriormente, aparece conectada con los deberes de las empresas señalados en el artículo 36.2. Las políticas públicas señaladas en este título VII cubren una amplia gama de contenidos de garantía ambiental que afectan a la actividad económica en general y a los sectores económicos más diversos.

Así, con relación a la primera, se sienta un principio general de compatibilidad de la actividad económica con la "optima" calidad ambiental, lo que traduce el principio comunitario de "alta protección ambiental". Igualmente se prefigura una política de exigencia de resultados ambientales al exigirse a todos los sectores productivos una protección "efectiva" del medio ambiente y se eleva al sistema económico el concepto de sostenibilidad como una parte integrante del mismo, tanto como instrumento de actuación, como de legitimación de límites a la actividad económica. Desde esta perspectiva, Andalucía ha apostado por un modelo económico propio de países tecnológicamente avanzados, exigiendo tecnologías eficientes y limpias, reducción, reciclaje y reutilización de residuos y uso de energías renovables y limpias.

Respecto de sectores específicos, la construcción, por ejemplo, se ve afectada por la garantía de la rique-

za y variedad paisajística, la protección del litoral y de la red de espacios naturales protegidos, la recuperación medioambiental de los espacios afectados por los incendios, el uso eficiente y sostenible del suelo, la prohibición de áreas urbanizadas insostenibles y la reducción de emisiones contaminantes aplicable a las cerámicas y cementeras. Y se proclama la vertiente ambiental de determinados sectores económicos, como la agricultura o el turismo.

También, las actividades económicas de extracción o de recolección de recursos se ven emplazadas al respeto a su capacidad de renovación, a la conservación de la biodiversidad, a la protección frente a la desertificación y deforestación y al fomento de la utilización sostenible de recursos energéticos.

Toda esta capacidad de intervención y regulación respecto de los sectores económicos se ve acompañada de la posibilidad de establecer políticas de incentivos a particulares y de establecer medidas de fiscalidad ecológica, preventivas, correctoras y compensatorias del daño ambiental contempladas en el artículo 206, que hace de artículo de cierre de este título VII. Su importancia estriba en su posible adecuación, al estar basado en la finalidad ambiental, a los límites de ayudas públicas que se derivan de la política comunitaria de libre competencia.

Finalmente, este título VII, al realizar una amplia labor de descripción de los sectores afectados por la protección ambiental, son un indicador de que el medio ambiente trasciende de la protección del conocido como ambiente natural, para operar en el ámbito de la economía, en general, y en sectores específicos como la agricultura, el turismo y el urbanismo. De forma implícita, esta descripción habilita al legislador básico estatal del medio ambiente para poder incidir en los mismos sectores materiales desde el título competencial del medio ambiente.

2.3. Comunidad Valenciana

2.3.1. Los derechos estatutarios

El nuevo título II del Estatuto tiene por denominación "De los derechos de los valencianos y las valencianas", que debe interpretarse, pese a su dicción literal, del mismo modo que lo ya analizado para el caso andaluz en términos de universalidad del sujeto, salvo lo relativo a los derechos políticos ante las instituciones de representación política.

En el caso valenciano los derechos estatutarios al medio ambiente aparecen detrás de los derechos relativos al agua, en el apartado 2 del artículo 17, que reza del siguiente modo:

"2. Toda persona tiene derecho a gozar de una vida y un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado, la Generalitat protegerá el medio ambiente, la diversidad biológica, los procesos ecológicos y otras áreas de especial importancia ecológica."

Lo singular de este precepto es que, al igual que sucede en el caso de Baleares, el contenido concreto de la declaración estatutaria del derecho no se formula en términos de remisión a la legislación autonómica ordinaria. Ello hace que nos encontremos ante una declaración en la cual el derecho es plenamente operativo y eficaz, actuando además como norma que transforma el principio rector contenido en el artículo 45 de la CE en un derecho exigible ante la jurisdicción ordinaria, en los términos del artículo 53.3 de la CE. Para ello no debe importar que este Estatuto no contenga un sistema desarrollado de medidas de garantía de estos derechos, salvo la referencia contenida en el artículo 10 a la vinculación de los poderes públicos valencianos a los derechos estatutarios y el deber de velar por su protección y respeto.

En este caso, el principal elemento que debe ser puesto sobre la mesa es el de su fuerza, que opera, en todo caso, como límite negativo a otras regulaciones de menor rango y a las actuaciones administrativas que pongan en riesgo o debiliten la plena tutela de los derechos ciudadanos contenidos en el mismo. Límite negativo que es, como decíamos antes, directamente accionable ante la jurisdicción ordinaria.

Hay que resaltar que en el caso del Estatuto valenciano, por haber sido aprobado antes del debate en el Congreso del Estatuto catalán y plantearse como una reforma del mismo Estatuto, no de un Estatuto nuevo, que respetaba el ámbito competencial del Estado, no se incluyó en el mismo una cláusula similar a la del artículo 37.4 del Estatuto de Cataluña, en la que se clarifica que las declaraciones estatutarias de derechos no supone una creación de títulos competenciales nuevos. A mi juicio, además de que existe una lógica interpretativa, de extensión a Valencia de las interpretaciones sistemáticas que el Tribunal Constitucional haga de las declaraciones estatutarias de derechos, las potestades referidas a los poderes públicos valencianos respecto de los derechos estatutarios, están, como toda norma estatutaria, sometidos en sí a su acomodación al orden constitucional de competencias.

2.3.2. Los derechos relacionados con el agua

Dentro del mismo artículo 17, en su primer apartado, aparecen los derechos de los valencianos y valencianas relacionados con el agua:

"1. Se garantiza el derecho de los valencianos a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal.

"Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad suficiente y segura para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la ley."

En este precepto se agrupan tres derechos. En primer lugar nos encontramos con el derecho a "disponer de abastecimiento suficiente de agua de calidad", en segundo término, el derecho a la "redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias", y, por último, y con algo de reiteración respecto a los anteriores, "a gozar de una cantidad de agua de calidad suficiente y segura para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales".

En primer lugar, hay que señalar que el derecho de redistribución de las aguas sobrantes de cuencas excedentarias ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional por las comunidades autónomas de Aragón y de Castilla-La Mancha, basándose en la prefiguración del reparto de dichas aguas que implicaría la garantía estatutaria valenciana, respecto a los usos de dichas aguas en otros territorios de la misma cuenca, con lo que se limitarían las competencias del Estado como regulador de las cuencas supraautonómicas.

En segundo término, que en la medida en que se formulan como una norma de garantía, implica una obligación especial de las autoridades valencianas con relación a los ciudadanos, que tendrá consecuencias en la medida en que la tecnología, por ejemplo la de desalación de agua del mar, permita satisfacer la garantía declarada.

En todo caso, estos criterios de uso del agua limitan y ordenan el uso de las competencias propias autonómicas en materia de gestión del agua, con relación a las cuencas intraautonómicas.

2.3.3. Normas programáticas

Además de los derechos anteriores, el medio ambiente aparece, de forma bastante residual, como parte de normas programáticas, ligado a determinados sectores productivos como el agrario y a valores culturales y de la identidad valenciana.

Así lo podemos apreciar de la lectura del artículo 21 de la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, que modifica el artículo 18 del anterior Estatuto:

"Desde el reconocimiento social y cultural del sector agrario valenciano y de su importante labor de actividad productiva, en el mantenimiento del paisaje, del territorio, del medio ambiente, de la cultura, de las tradiciones y costumbres más definitorias de la identidad valenciana, la Generalitat adoptará las medidas políticas, fiscales, jurídicas y legislativas que garanticen los derechos de este sector, su desarrollo y protección, así como de los agricultores y ganaderos."

También aparece mencionado de forma indirecta el medio ambiente con relación al impulso de una economía sostenible en el artículo 22.1, que modifica el 19:

"En el ámbito de sus competencias la Generalitat impulsará un modelo de desarrollo equitativo, territorialmente equilibrado y sostenible, basado en la incorporación de procesos de innovación, la plena integración en la sociedad de la información, la formación permanente, la producción abiertamente sostenible y una ocupación estable y de calidad en la que se garantice la seguridad y la salud en el trabajo."

Nos encontramos también en este caso en meras normas programáticas y habilitadoras de políticas ambientales que, por su referencia meramente incidental, tienen un ámbito legitimador más limitado que lo que hemos podido ver con relación al Estatuto de Andalucía.

2.4. Islas Baleares

2.4.1. Los derechos estatutarios

El nuevo Estatuto de autonomía de las Islas Baleares, aprobado por la Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero, también contiene un título II, denominado "De los derechos, los deberes y las libertades de los ciudadanos de las Islas Baleares", respecto del cual son reproducibles aquí también las observaciones que hemos realizado respecto del Estatuto andaluz relativas a la referencia que se hace como sujetos de los derechos estatutarios a los ciudadanos baleares.

Dentro de este título II aparece un artículo dirigido de forma específica al medio ambiente.

En efecto, en el primer apartado del artículo 23 se puede leer:

"1. Toda persona tiene derecho a gozar de una vida y de un medio ambiente seguro y sano. Las administraciones públicas de las Illes Balears, en el ámbito de sus competencias, protegerán el medio ambiente e impulsarán un modelo de desarrollo equitativo, territorialmente equilibrado y sostenible."

Se debe resaltar del enunciado de este precepto el hecho de que en él, al igual que en la Comunidad Valenciana y a diferencia de los casos catalán y andaluz, se consagra un verdadero derecho estatutario a gozar de un medio ambiente seguro y sano, sin remisión específica a la legislación autonómica. Se produce, así, en el propio texto estatutario el complemento de desarrollo legislativo exigido por el artículo 53.3 de la Constitución para que el derecho constitucional al medio ambiente adquiera su plena exigibilidad ante los tribunales ordinarios. Por ello, los enuncia-

dos de políticas ambientales que el Estatuto remite al desarrollo autonómico parten ya de esta declaración de derecho al medio ambiente seguro y sano, que vincula a partir de ahora la actuación de las autoridades autonómicas baleares.

2.4.2. Normas programáticas

Además del reconocimiento anterior del derecho al medio ambiente, el apartado 2 del propio artículo 23 dispone:

"2. Los poderes públicos de la comunidad autónoma velarán por la defensa y protección de la naturaleza, del territorio, del medio ambiente y del paisaje. Establecerán políticas de gestión, ordenación y mejora de su calidad armonizándolas con transformaciones que se producen por la evolución social, económica y ambiental. Asimismo, la comunidad autónoma cooperará con las instancias nacionales e internacionales en la evaluación y en las iniciativas relacionadas con el medio ambiente y el clima."

Además del artículo 23, el medio ambiente aparece también como criterio de compatibilidad de dos actividades económicas concretas, la actividad turística (artículo 24.1) y las actividades del sector primario, que engloba como sabemos la agricultura, ganadería y pesca (artículo 24.2).

Se trata, así, al igual que decíamos en el caso de la Comunidad Valenciana, de normas programáticas que tienen su incidencia en los efectos de habilitación del ejercicio de las potestades públicas de la comunidad autónoma.

2.5. Aragón

2.5.1. Los derechos estatutarios

También en Aragón la materia del medio ambiente aparece sólo relacionada con los derechos, junto con los que se entremezclan deberes, y, si bien en el Estatuto existe un capítulo dedicado a los principios rectores, no se refieren éstos en modo alguno a esta materia. No obstante, también como en el caso de la Comunidad Valenciana, junto con el derecho al medio ambiente como título genérico, aparecen derechos ciudadanos con relación al agua.

Así, en el artículo 18 existen una serie de derechos ambientales cuyos estándares y niveles de protección concretos aparecen reenviados a la ley. En primer lugar aparece el genérico derecho a "vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y respetuoso con la salud", y el "derecho a gozar de los recursos naturales en condiciones de igualdad" (artículo 18.1). A ellos se unen el "derecho a la protección ante las distintas formas de contaminación" (artículo 18.2) y el "derecho de acceso a la información medioambiental de que disponen los poderes públicos".

El contenido concreto de todos estos derechos se remite, como decíamos, a la ley autonómica ordinaria. Recuérdese a este respecto que en el artículo 6, el Estatuto de Aragón contiene una cláusula relativa a la eficacia del listado de derechos estatutarios en virtud de la cual los mismos "vinculan" a los poderes públicos aragoneses, los cuales "deben velar por su protección y respeto, así como promover su pleno ejercicio".

2.5.2. Los deberes estatutarios

Junto a estos derechos, en el artículo 18 se contiene también una referencia a los deberes ambientales, empezando con el correlativo al derecho a gozar de los recursos naturales, del cual se predica el deber de "hacer un uso responsable de los mismos y evitar su despilfarro". Del mismo modo, respecto del derecho a no verse perjudicado por la contaminación, surge el deber de "colaborar en la conservación del patrimonio natural y en las actuaciones que tiendan a eliminar las diferentes formas de contaminación, con el objetivo de su mantenimiento y conservación para las generaciones presentes y futuras".

2.5.3. Los derechos referidos al agua

Respecto de los derechos con relación al agua, en el artículo 19 se recoge el derecho de los aragoneses a "disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficientes para atender sus necesidades presentes y futuras, tanto para consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón", derecho que se ejerce "en el marco del desarrollo sostenible, de la participación y de la utilización eficaz y eficiente del recurso".

Si se observa, en la estructuración de este derecho aparecen planteados los problemas inherentes a la prioridad de aprovechamientos, no ya con relación a otros territorios autonómicos, sino también a los potenciales usuarios aragoneses. En primer lugar, el equilibrio entre necesidades presentes y futuras; en segundo término, el uso de consumo humano frente a las actividades sociales y económicas; y, en tercer lugar, el criterio de la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón.

Junto a estos derechos de los que pueden ser potenciales usuarios individuos o grupos, se sitúa en el mismo precepto un deber dirigido a los poderes públicos aragoneses de velar "por la conservación y mejora de los recursos hidrológicos, ríos, humedales y ecosistemas y paisajes vinculados, mediante la promoción del uso racional del agua, la fijación de caudales ambientales apropiados y la adopción de sistemas de saneamiento y depuración de aguas adecuados". En las prescripciones anteriores encon-

tramos, así, un nuevo uso del agua, su uso para el mantenimiento de los caudales ecológicos, el cual, como un derecho colectivo, compite con los derechos anteriormente descritos y un deber dirigido a los poderes públicos de conservación y mejora, que incluye políticas adecuadas de saneamiento y depuración, con las consecuencias que ello tiene para la disposición del recurso, aguas abajo.

Finalmente, el precepto incluye un segundo deber dirigido también a los poderes públicos aragoneses, el de "velar especialmente para evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la comunidad autónoma que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras". Se trata de un deber, que, como todas las actuaciones de los poderes públicos aragoneses, debe realizarse (como así lo recoge expresamente este precepto) dentro del marco de las competencias que, en materias de aguas de cuencas supraautonómicas, le corresponden a la comunidad.

3. El medio ambiente en los nuevos estatutos de autonomía como título competencial. La doble tipología competencial

Teniendo en cuenta los cuatro nuevos estatutos de autonomía estudiados en este trabajo, podemos observar una doble tipología competencial.

Por una parte, se encuentran los estatutos valenciano y balear, en los que con pequeñas variaciones se reproducen los anteriores textos estatutarios.

Así, en el caso valenciano, sus competencias se desdoblan, por un lado, en virtud de lo dispuesto en el nuevo artículo 49.10, la competencia exclusiva sobre montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias y pastos, espacios naturales protegidos y tratamiento especial de las zonas de montaña de acuerdo con lo que dispone el número 23, del apartado 1, del artículo 149 de la Constitución. Además, en base a lo dispuesto en el artículo 50.6, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Generalitat el desarrollo legislativo y la ejecución de la protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de la Generalitat para establecer normas adicionales de protección.

Por su parte, el Estatuto balear describe la competencia ambiental autonómica en el artículo 30.46, como una competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución, referida a la protección del medio ambiente, ecología y espacios naturales protegidos, sin perjuicio de la legislación básica del Estado y a normas adicionales de protección del medio ambiente.

Pese a la forzada forma de expresar una competencia compartida, no se produce una innovación respecto al estado actual de la cuestión, respetándose, así, el espacio legislativo básico estatal.

El segundo modelo es el constituido por los estatutos catalán y andaluz. En estos cuerpos normativos la competencia ambiental aparece descrita de forma exhaustiva,[13] incluyendo las submaterias en las que se atribuye una competencia específica a las comunidades autónomas.

Esta forma de legislación, en lo que se refiere a la materia ambiental, no ha sido cuestionada en el recurso de inconstitucionalidad que ha interpuesto el Partido Popular contra el Estatuto de Cataluña, pero sí por parte del Defensor del Pueblo. En concreto aparece como objeto de la impugnación constitucional:

"Artículo 144, relativo al medio ambiente, espacios naturales y meteorología. Apartado 1, inciso 'esta competencia compartida incluye en todo caso' y las letras subsiguientes, y apartado 2, inciso 'incluye, en todo caso' hasta el final del apartado porque inciden en la interpretación de los artículos 148.1.9 y 149.1.23 de la CE."

La razón de esta impugnación estriba para el Defensor en que se realiza con esta técnica un *blindaje competencial por descripción*, mediante la cual se reduce la indefinición de una materia, y con ello los márgenes de interpretación de los que el Estado hubiera podido venir disfrutando para configurar sus títulos competenciales, con el respaldo, en su caso, del Tribunal Constitucional.

13. Respecto del Estatuto de Cataluña:

Artículo 144. Medio ambiente, espacios naturales y meteorología.

1. Corresponde a la Generalitat la competencia compartida en materia de medio ambiente y la competencia para el establecimiento de normas adicionales de protección. Esta competencia compartida incluye en todo caso:

a. El establecimiento y la regulación de los instrumentos de planificación ambiental y del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos.

b. El establecimiento y la regulación de medidas de sostenibilidad, fiscalidad e investigación ambientales.

c. La regulación de los recursos naturales, de la flora y la fauna, de la biodiversidad, del medio ambiente marino y acuático si no tienen por finalidad la preservación de los recursos pesqueros marítimos.

d. La regulación sobre prevención en la producción de envases y embalajes en todo su ciclo de vida, desde que se generan hasta que pasan a ser residuos.

e. La regulación sobre prevención y corrección de la generación de residuos con origen o destino en Cataluña y sobre su gestión y traslado y su disposición final.

f. La regulación de la prevención, el control, la corrección, la recuperación y la compensación de la contaminación de suelo y subsuelo.

g. La regulación y la gestión de los vertidos efectuados en las aguas interiores de Cataluña, así como de los efectuados en las aguas superficiales y subterráneas que no pasen por otra comunidad autónoma. En todo caso, dentro de su ámbito territorial, corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva sobre la intervención administrativa de los vertidos en las aguas superficiales y subterráneas.

A mi juicio no constituye una inconstitucionalidad en sí la especificación de las submaterias, pues en todo caso éstas deben concretar conceptualmente el contenido de la propia materia constitucionalmente utilizada para definir el reparto de competencias. No es, por tanto, el hecho de la desagregación de la materia entre sus posibles elementos lo que la hace inconstitucional, sino el exceso de referir, en su caso, determinados elementos a una materia concreta. Son estos excesos los que deberá ir determinando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en los conflictos competenciales a los que tal interpretación diera lugar. Debe tenerse en cuenta a este respecto que el sistema competencial ha terminado por ordenarse en torno al listado competencial del artículo 149, de forma que lo que allí consta está reservado al Estado y lo allí no previsto puede formar parte de las competencias autonómicas. Es decir, así como los espacios competenciales del Estado derivan de las materias del 149, los espacios competenciales autonómicos, si bien están decididamente condicionados directamente por dicha reserva constitucional estatal, añaden los listados materiales que puedan no aparecer contenidos en el 149, como en su día fue paradigmática la materia "defensa de los consumidores y usuarios". En definitiva, en la medida en que, como a mi juicio no puede dejar de ser, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete

h. La regulación del ambiente atmosférico y de las distintas clases de contaminación del mismo, la declaración de zonas de atmósfera contaminada y el establecimiento de otros instrumentos de control de la contaminación con independencia de la administración competente para autorizar la obra, la instalación o la actividad que la produzca.

i. La regulación del régimen de autorización y seguimiento de emisión de gases de efecto invernadero.

j. La promoción de las calificaciones relativas a productos, actividades, instalaciones, infraestructuras, procedimientos, procesos productivos o conductas respetuosas hacia el medio.

k. La prevención, restauración y reparación de daños al medio ambiente, así como el correspondiente régimen sancionador.

l. Las medidas de protección de las especies y el régimen sancionador.

2. Corresponde a la Generalitat, en materia de espacios naturales, la competencia exclusiva que, respetando lo dispuesto en el artículo 149.1.23 de la Constitución incluye, en todo caso, la regulación y la declaración de las figuras de protección, delimitación, planificación y gestión de espacios naturales y de hábitats protegidos situados en Cataluña.

3. La Generalitat, en el caso de los espacios naturales que superan el territorio de Cataluña, debe promover los instrumentos de colaboración con otras comunidades autónomas para crear, delimitar, regular y gestionar dichos espacios.

4. La declaración y la delimitación de espacios naturales dotados de un régimen de protección estatal requiere el informe preceptivo de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado. Si el espacio está situado íntegramente en el territorio de Cataluña, la gestión corresponde a la Generalitat.

5. Corresponde a la Generalitat el establecimiento de un servicio meteorológico propio, el suministro de información meteorológica y climática, incluyendo el pronóstico, el control y el seguimiento de las situaciones meteorológicas de riesgo, así como la investigación en estos ámbitos y la elaboración de la cartografía climática.

6. La Generalitat ejerce sus competencias mediante el Cuerpo de Agentes Rurales, competentes en la vigilancia, el control, la protección, la prevención integral y la colaboración en la gestión del medio ambiente. Los miembros de este cuerpo tienen la condición de agentes de la autoridad y ejercen funciones de policía administrativa especial y policía judicial, en los términos previstos en la ley.

Respecto del Estatuto de Andalucía:

Artículo 57. Medio ambiente, espacios protegidos y sostenibilidad.

1. Corresponde a la comunidad autónoma la competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 149.1.23 de la Constitución, en materia de:

a) Montes, explotaciones, aprovechamientos y servicios forestales.

b) Vías pecuarias.

c) Marismas y lagunas, y ecosistemas acuáticos.

d) Pastos y tratamiento especial de zonas de montaña.

e) Delimitación, regulación, ordenación y gestión integral de los espacios naturales protegidos, incluyendo los que afecten a las aguas marítimas de su jurisdicción, corredores biológicos, y hábitats en el territorio de Andalucía, así como la declaración de cualquier figura de protección y establecimiento de normas adicionales de protección ambiental.

f) Fauna y flora silvestres.

g) Prevención ambiental.

2. Corresponde a la comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia de caza y pesca fluvial y lacustre que incluye en todo caso la planificación y la regulación de estas materias; y la regulación del régimen de intervención administrativa de la caza y la pesca, de la vigilancia y de los aprovechamientos cinegéticos y piscícolas.

3. Corresponde a la comunidad autónoma la competencia compartida en relación con el establecimiento y la regulación de los instrumentos de planificación ambiental y del procedimiento de tramitación y aprobación de estos instrumentos; el establecimiento y regulación de medidas de sostenibilidad e investigación ambientales; la regulación de los recursos naturales; la regulación sobre prevención en la producción de envases y embalajes; la regulación del ambiente atmosférico y de las distintas clases de contaminación del mismo; la regulación y la gestión de los vertidos efectuados en las aguas interiores de la comunidad autónoma, así como de los efectuados a las aguas superficiales y subterráneas que no transcurren por otra comunidad autónoma; la regulación de la prevención, el control, la corrección, la recuperación y la compensación de la contaminación del suelo y del subsuelo; la regulación sobre prevención y corrección de la generación de residuos con origen o destino en Andalucía; la regulación del régimen de autorizaciones y seguimiento de emisión de gases de efecto invernadero; el establecimiento y la regulación de medidas de fiscalidad ecológica; y la prevención, restauración y reparación de daños al medio ambiente, así como el correspondiente régimen sancionador. Asimismo, tiene competencias para el establecimiento de normas adicionales de protección.

4. La Comisión Bilateral Junta de Andalucía-Estado emite informe preceptivo sobre la declaración y delimitación de espacios naturales dotados de un régimen de protección estatal. Si el espacio está situado íntegramente en el territorio de Andalucía, la gestión corresponde a la comunidad autónoma.

5. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía el establecimiento de un servicio meteorológico propio, el suministro de información meteorológica y climática, incluyendo el pronóstico, el control y el seguimiento de las situaciones meteorológicas de riesgo, así como la investigación en estos ámbitos y la elaboración de la cartografía climática.

de la Constitución, tiene la plena libertad interpretativa para determinar si las submaterias realmente corresponden al ámbito competencial autonómico, no vemos en esta técnica, como tal, un elemento de inconstitucionalidad.

A este respecto, si bien es censurable la posición institucional del Partido Popular de no haber recurrido el Estatuto de Andalucía, allí donde éste reproduce preceptos impugnados del Estatuto de Cataluña, mucho más lo es la posición del Defensor del Pueblo al no recurrir las submaterias presentes en el Estatuto de Andalucía, y en menor medida y bajo una técnica diferente, en el valenciano y en el balear.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, dado que lo que está recurrido es la técnica del *blindaje por descripción* como tal, ello no quiere decir que los contenidos concretos de la referidas submaterias no correspondan, en la realidad decidida casuísticamente por el legislador básico o por la doctrina del Tribunal Constitucional, al ámbito competencial autonómico. ■

7. Posibilidades de reacción local frente a la problemática medioambiental: limitaciones competenciales y su incidencia en la autonomía local

Pedro Luis Roás Martín
Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla)

1. Sobre el régimen de las actividades clasificadas.
2. Sobre la protección del ambiente atmosférico.
3. Sobre las técnicas de evaluación de los riesgos medioambientales y la democracia ambiental.
4. Sobre los envases y residuos.
5. Sobre las telecomunicaciones.
6. Sobre la responsabilidad medioambiental.

1. La idea de esta ponencia gira en torno al carácter polimórfico de la cuestión medioambiental, la cual ofrece múltiples manifestaciones e incide en los diversos ámbitos competenciales de las diferentes administraciones públicas. Por lo demás, se atenderá en especial a la mencionada problemática desde la perspectiva que ofrece la actividad de los entes locales, completándose su estudio con una referencia a algunos de los supuestos medioambientales frente a los que haya de posicionarse dicho sector de la Administración.

El indicado carácter de la materia medioambiental, calificado por alguna doctrina como transversal (así, J. Agudo González, *Incidencia de la protección del medio ambiente en los usos del suelo*), así como por la propia doctrina constitucional (Tribunal Constitucional, Pleno, sentencia 306/2000, de 12 de diciembre, entre otras, y en la que se añaden calificativos como complejo y polifacético), destaca una especial problemática que pone de manifiesto, en primer término, la necesidad de deslindar la materia propiamente medioambiental, que tradicionalmente giró en torno al tratamiento de las actividades clasificadas –sobre las que las exigencias de intervención municipal se vuelven imprescindibles– y que el Tribunal Constitucional hace radicar en aquellas actividades encaminadas directamente a la preservación, conservación o mejora de los recursos naturales, de aquellos otros ámbitos materiales relacionados directamente o en alguna medida con la anterior.

La trascendencia de la mencionada controversia se muestra en todo su esplendor a partir de las posibilidades de intervención que el núcleo central de la materia medioambiental y sus consecuencias ofrece a las distintas administraciones públicas con arreglo a sus respectivos ámbitos competenciales (STC 102/1995).

2. El artículo 149.1.23 de la Constitución española atribuye al Estado la competencia para dictar legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección.

En síntesis, en la ya mencionada STC 306/2000 el Tribunal Constitucional aclara que el anterior título competencial habilita al Estado, en primer lugar, para proceder al encuadramiento de una política global de protección ambiental, habida cuenta del alcance no sólo nacional sino internacional que tiene la regulación de esta materia y de la exigencia de la indispensable solidaridad colectiva consagrada en el artículo 45.2 de la CE (con cita de la STC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 4).

Siguiendo dicha tesis, esta legislación básica no pretendería la consecución de un uniformismo normativo estricto o rígido, sino relativo, a través de mínimos que deberán ser respetados en todo caso, pero también permitir que las comunidades autónomas establezcan niveles de protección más altos, que no entrarían, por ese solo hecho, en contradicción con la normativa básica del Estado.

Por otra parte, tampoco cabe obviar que, al amparo de esa labor de uniformización relativa, la proyección de la materia justifica el reforzamiento de las competencias estatales en dicho ámbito en la medida que ello redunde en una mayor garantía de la preservación del medio ambiente (STC 227/1988, sobre la Ley de aguas).

3. El artículo 148.1.9 de la Constitución atribuye competencias a las comunidades autónomas sobre la gestión en materia de protección del medio ambiente.

Para el Tribunal Constitucional, por tanto, corresponde al Estado dictar la legislación básica, integrada tanto por normas de rango legal como reglamentario, siempre que estas últimas resulten imprescindibles y se justifiquen por su contenido técnico o por su carácter coyuntural o estacionario (STC 149/1991 y 102/1995), y a las comunidades autónomas el desarrollo legislativo y la ejecución del complejo normativo tanto de procedencia estatal como autonómica, así como las competencias de gestión.

La novedosa cláusula relativa a las normas adicionales de protección permite, a su vez, una potenciación de los niveles de protección previstos en la legislación básica del Estado, siempre que no contradigan, ignoren o limiten la protección establecida en la misma.

Como se observa, la problemática aparece ya servida, pues la diferenciación entre la normativa autonómica de desarrollo y aquella empleada para la creación y articulación de normas adicionales de protección no siempre será objeto de fácil deslinde en la práctica, si bien no es éste un aspecto que afecte directamente a la extensión y alcance de la presente ponencia.

En cualquier caso y para el Tribunal Constitucional, el sentido del artículo 149.1.23 de la Constitución es el de que las bases estatales son de carácter mínimo y, por tanto, los niveles de protección que el Estado establezca en desarrollo del mismo pueden ser elevados o mejorados por la normativa autonómica (STC 170/1989, 102/1995, 156/1995 y 15/1998, citadas por la STC 306/2000 o STC 194/2004).

Para terminar esta primera aproximación, véase que si la problemática expuesta surge en la materia medioambiental propiamente dicha, fíjese la trascendencia de la anterior delimitación material en relación con otros ámbitos más o menos relacionados con la misma, como la organización de las instituciones de autogobierno por las comunidades autónomas, la ordenación del territorio, urbanismo y vivien-

da, la agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía, los montes y aprovechamientos forestales, los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la comunidad autónoma, las aguas minerales y termales, la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial (todas ellas de posible asunción por las comunidades autónomas a partir de sus respectivos estatutos de autonomía *ex* artículo 148.1.1, 3, 7, 8, 10 y 11 de la Constitución, respectivamente; o, por otra parte, ferrocarriles y carreteras (artículos 149.1. y 148.5 de la CE) o puertos y aeropuertos (artículo 149.1.20 y 148.6 de la CE). Sectores estos respecto de los que la doctrina (López Menudo) ha proclamado la naturaleza residual del concepto de medio ambiente, operando a modo de competencia complementaria o de cierre con relación a aquellos aspectos que no tienen un tratamiento competencial más específico o preciso.

4. En el concreto ámbito de la Administración local y a diferencia de lo que sucede con el sistema de atribución de competencias que resulta para las comunidades autónomas de los artículos 148 y 149 de la Constitución, la atribución de competencias de los entes locales se realiza por el legislador ordinario.

La STS de 23 de mayo de 1997 sentó los criterios que en relación con el sistema de atribución de competencias a los entes locales se desprenden de las normas vigentes, y así señaló que:

"El sistema sobre la atribución de competencias a los entes locales puede sintetizarse en los siguientes criterios:

"a) La Ley reguladora de las bases de régimen local, que es ley de bases, no en el sentido de los artículos 82 y 83 de la CE, sino en el del artículo 149, esto es, como legislación básica del Estado, cuyo desarrollo compete a las comunidades autónomas, establece las 'directrices para llevar a cabo la asignación de competencias' que no puede ignorar el legislador autonómico (STC 214/1989): 'Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, reguladora de los distintos sectores de la acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y máxima proximidad de gestión administrativa a los ciudadanos' (artículo 2.1).

"b) La propia Ley reguladora de las bases de régimen local efectúa una declaración de capacidad o de legitimación para actuar en lo que se refiere al fomento y administración de los intereses peculiares de cada ente local. No se trata, en este caso, propiamente de una atribución de competencia sino del reconocimiento de la capacidad o de la legitimación de los entes locales para actuar válidamente o promover actividades y servicios en el ámbito de las necesidades y aspiraciones de sus respectivas comunidades.

"c) La Ley reguladora de las bases de régimen local establece un núcleo competencial mínimo. Esta atribución representa el reconocimiento de un 'círculo de protección' competencial, como consecuencia de la atribución que efectúen las leyes sectoriales del Estado y de la comunidad autónoma.

"d) De acuerdo con el artículo 7 de la Ley reguladora de las bases de régimen local las competencias de las entidades locales pueden ser no sólo propias sino también delegadas. Las primeras se determinan por la ley, estatal o autonómica, y se ejercen en régimen de autonomía y autorresponsabilidad, aunque en coordinación con las competencias de las demás administraciones públicas. Las segundas se ejercen bajo la dirección y control que establezca la Administración que delega sus competencias."

Con arreglo a esta precisiones y siguiendo la meritada interpretación, la autonomía local no está constituida por un catálogo de competencias objetivamente determinado o que pueda determinarse sobre la base de unas características invariables, sino más bien mediante la facultad de asumir, sin título competencial especial, todas aquellas tareas que afecten a la comunidad vecinal que integra el municipio y que no hayan puesto en funcionamiento otras administraciones públicas. De ahí la importancia del principio de subsidiariedad que se introduce en el artículo 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, según el cual "el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos".

Y, en lo que hace a la materia medioambiental es, sin duda, un aspecto que destaca entre las aspiraciones e intereses de la comunidad local, lo que conduce necesariamente al reconocimiento de competencias locales en este ámbito, si bien serán los legisladores estatal y autonómico los que determinen el concreto alcance que corresponde a los entes locales en la materia (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, sentencia de 26 de julio de 2006).

El artículo 5 de la Ley 7/1985 señala que para el cumplimiento de sus fines y en el ámbito de sus respectivas competencias, las entidades locales, de acuerdo con la Constitución y las leyes, tendrán plena capaci-

dad jurídica para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, establecer y explotar obras o servicios públicos, obligarse, interponer los recursos establecidos y ejercitar las acciones previstas en las leyes.

Se trata precisamente esta última previsión de la primera consagración legal en nuestro ordenamiento, tras la proclama al máximo nivel recogida en los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución, del principio de autonomía local.

Es lo anterior una garantía institucional, en el entendimiento de diseño constitucional mínimo del régimen local (STC de 5 de julio de 2001, derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, constituyendo en todo caso un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal. Noción muy similar a la que luego fue acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985, en su artículo 3; o la STC de 31 de octubre de 2002, "la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional", con cita de la STC 170/1989, fundamento jurídico 9; garantía respecto de la que se ha destacado su propia irrenunciabilidad o indisponibilidad a partir de la más reciente jurisprudencia (STS de 5 de octubre y 30 de diciembre de 2005).

Como se ha expuesto, esta garantía supone, por una parte, que el legislador autonómico no puede desconocer los criterios generales de los artículos 2.1, 25.2 y 26 de la Ley 7/1985 y, por otra (STC 214/1989, de 21 de diciembre), que las leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en la materia que regulen; lo que se traduce en el ámbito medioambiental en la imposibilidad de que el legislador ordinario desconozca las competencias propias de los entes locales; y, estando, por otra parte, el grado de intervención del ente local concreto determinado, sustancialmente y siempre bajo el escenario de las competencias estatales y autonómicas, en función de la capacidad de gestión que aquél posea y de acuerdo con los principios de descentralización de la función y el acercamiento de la gestión administrativa a los ciudadanos.

El artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, relaciona como competencias que deberán ser ejercidas en todo caso por el municipio, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, la protección del medio ambiente. También se enumeran otras materias que de manera directa exhiben una relevancia medioambiental, como la protección de la salubridad pública, los servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. Y, por último, otras materias también conexas o relacionadas con la anterior, esto es, la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas; la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de las vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales, y la defensa de usuarios y consumidores.

Por su parte, la letra b) del apartado primero del artículo 26 de la norma anterior indica como servicios de prestación obligatoria en los municipios con población superior a 5.000 habitantes, además el tratamiento de residuos; y, la letra d) del anterior, para los municipios con población superior a 50.000 habitantes, la protección del medio ambiente.

Señala la mencionada STS de 26 de julio de 2006 que la atribución de competencias que de manera obligada parece establecer el artículo 26 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, en función del número de habitantes del municipio, y que reserva en el apartado 1.d) la protección del medio ambiente para aquellos que tengan una población superior a 50.000 habitantes, queda relativizada por el hecho de que en los apartados anteriores se encomienda a municipios de menor población actividades que también poseen trascendencia medioambiental, y porque al ser ésta una materia sobre la que se reconocen competencias concurrentes sin que exista separación de responsabilidades también han de tenerse en cuenta la capacidad de gestión de cada municipio, y, sobre todo, el acercamiento de la gestión administrativa a los ciudadanos y la afectación de los intereses concretos de los vecinos que el municipio debe asegurar y defender en cada caso.

Uno de los instrumentos con los que cuenta la Administración local para la protección del medio ambiente es la potestad reglamentaria [artículo 4.1.a) de la Ley 7/1985], que ha de ser ejercida inexcusablemente dentro de sus competencias y, por tanto, en relación con la protección del medio ambiente, en la medida en que se dote a esta materia de contenido por la legislación sectorial y dentro del límite que representan las leyes del Estado y de las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias. Desde antiguo las ordenanzas municipales, a tenor de lo previsto en el Decreto 2107/1968, de 16 de agosto, constituyeron el único soporte normativo aplicable en la regulación de la contaminación atmosférica en sus distintas manifestaciones.

Sobre la tipificación de infracciones y el establecimiento de sanciones en las anteriores disposiciones, la jurisprudencia ha admitido dicha actividad frente a determinadas conductas relacionadas con el medio ambiente, como era la ocupación de las vías públicas

con contenedores de residuos. Así debe entenderse, pues si se otorga la potestad reglamentaria a las entidades locales, sin duda para ordenar los asuntos públicos de su competencia, y no se deduce ninguna consecuencia jurídica del incumplimiento de aquella ordenación, los supuestos titulares de la potestad reglamentaria, en este caso los entes locales, no tienen una capacidad efectiva de llevar a cabo la ordenación. Es palmario que una norma que puede incumplirse sin consecuencia alguna puede carecer por completo de efectividad. Por ello, si es ésta la situación se está ante una disminución de la autonomía local contraria al precepto de la Carta.

Del anterior modo, las ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no, por supuesto, de forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por ley estatal o autonómica. En cualquier caso, al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las leyes. Por lo demás, la tipificación de que se habla no podrá hacerse por ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas (el primero es el caso de la policía de dominio público referido a las vías urbanas) o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o comunidad autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad (STS de 29 de septiembre de 2003 o de 25 de mayo de 2004).

En este contexto, debe tenerse presente que el título XI de la Ley 7/1985, relativo a la tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias, fue introducido por el apartado cuarto del artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local (también, en este sentido, los artículos 127.1 y 129.1 de la Ley 30/1992); y, desde la mencionada perspectiva, el artículo 139 de la Ley 7/1985 señala que para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, los entes locales podrán, en defecto de normativa sectorial específica, establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes.

Esto es, y de la forma expuesta por la anterior jurisprudencia, el precepto restringe la anterior posibilidad, dada la confrontación evidente que la anterior genera entre los principios de legalidad y de autonomía local, a la falta de normativa sectorial específica y para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia y uso de servicios y bienes de interés local.

Por otra parte, las autorizaciones de funcionamiento de la instalación de que se trate, que genera una relación duradera que legitima la intervención del ente local para la comprobación del cumplimiento de las condiciones ambientales y su adecuación a las circunstancias concurrentes y la imposición, en su caso, de medidas correctoras a la actividad desarrollada; si bien se incidirá en el examen de esta posibilidad en relación con el régimen de las actividades clasificadas.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que las actuales manifestaciones de intervención administrativa en el ámbito medioambiental ofrecen múltiples posibilidades que van desde las anteriores hasta la prevención y el control integrados de la contaminación, la responsabilidad medioambiental o las técnicas de evaluación de los riesgos medioambientales; y, respecto de las que las entidades locales tendrán necesariamente que decir algo.

Tampoco debe obviarse que el artículo 28 de la Ley 7/1985 recoge la posibilidad de que los municipios puedan realizar actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas y, en particular, las relativas a la protección del medio ambiente.

Ese precepto, que se refiere a los ámbitos de competencias de actuación complementaria, no puede entenderse si no se relaciona con lo dispuesto por la disposición transitoria segunda 2 de la Ley de bases y el principio de subsidiariedad que introduce el artículo 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local. Así, el segundo de los párrafos de la disposición transitoria segunda señala que "los municipios ostentarán, además, en las materias a que se refiere el artículo 28 de esta ley, cuantas competencias de ejecución no se encuentren conferidas por dicha legislación sectorial a otras administraciones públicas".

Conjugando la expresión de ese precepto con el principio de subsidiariedad mencionado, en este caso sí que se están atribuyendo a los municipios auténticas funciones de ejecución residuales en todas aquellas materias incluidas en este artículo, respecto de las que la legislación sectorial no haya atribuido su ejercicio a otras administraciones, o, habiéndoselo conferido, éstas no hayan desarrollado esa normativa sectorial, de modo que corresponde a los entes locales concernidos por el problema la regulación correspondiente, respetando los límites en aquélla establecidos de forma que no podrán contradecir ni ir más allá de lo en ella dispuesto, pero sí complementar la actividad de aquéllas (complementariedad).

Por su parte y en relación con la competencia de la provincias, también ofrece su trascendencia al res-

pecto la labor de coordinación de los servicios municipales en orden al ofrecimiento de una prestación garantizada e integral de los mismos y la prestación de servicios públicos que excedan del ámbito territorial de las competencias municipales (artículo 26.1 y 2 de la Ley 7/1985).

1. Sobre el régimen de las actividades clasificadas

1. Esta materia se halla regulada con carácter general por el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, de 30 de noviembre de 1961, y por la Orden ministerial de 15 de marzo de 1963, que aprobaba la instrucción para la aplicación de dicho Reglamento.

El mencionado Reglamento ha sido desarrollado, entre otras, por la Ley 8/1995, de 30 de marzo, de atribución de competencias a los consejos insulares en materia de actividades clasificadas y parques acuáticos, reguladora del procedimiento y de las infracciones y sanciones, en Baleares; por la Ley 1/1995, de 8 de marzo, de protección del medio ambiente de la Región de Murcia, en esta región; por la Ley 1/1995, de 2 de enero, de protección ambiental, en Galicia; o por la Ley 1/1998, de 8 de enero, de régimen jurídico de los espectáculos públicos y actividades clasificadas, en Canarias.

Todas las actividades a las que se refiere su ámbito de aplicación deben supeditarse en cuanto a su emplazamiento a lo dispuesto en las ordenanzas municipales y en los planes de urbanización del respectivo ayuntamiento; en defecto de estas normas, será generalmente el órgano competente de la comunidad autónoma el que determinare el lugar adecuado donde debieren emplazarse.

Ofrece especial ilustración del carácter de este régimen de intervención administrativa y de la plena competencia de los ayuntamientos sobre el mismo el supuesto examinado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de enero de 2002, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (ponente, Juan Antonio Xiol Ríos), con ocasión de un recurso de casación formulado frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el 10 de mayo de 1996, que desestimaba el recurso contencioso-administrativo contra la resolución de un alcalde sobre improcedencia de la instalación de una actividad con destino a bar restaurante, al no cumplir con el artículo 13 de la Ordenanza municipal de protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones, sobre distancia mínima con otros establecimientos similares. En esta resolución y con cita de los artículos 45.1 de la Constitución y 25.f) de la Ley de 2 de abril de 1985, se hacía proclamación de la atribución de los entes locales a intervenir en la actividad de los ciudadanos con el fin de garantizar el derecho a disfrutar por la comunidad en general de un medio ambiente adecuado, y su traducción, por otra parte, en cuanto tal título de intervención administrativa en limitaciones al absoluto ejercicio de los derechos de propiedad y libertad de empresa, limitados, en este supuesto, por los artículos 4 y 30.c) del Reglamento de 30 de noviembre de 1961, por el que se habilita a la Administración municipal para el emplazamiento de las actividades clasificadas como molestas, insalubres, nocivas y peligrosas para autorizarlas, según lo dispuesto en particular en una ordenanza, teniendo en cuenta sus posibles efectos aditivos.

Por otra parte, corresponde a los órganos técnicos de las comunidades autónomas la competencia para calificar las actividades y señalar las medidas correctoras, siendo dicha calificación vinculante para la Administración local, que a su vez es la competente para otorgar la licencia de apertura y funcionamiento. Además, fija el Reglamento un nomenclátor abierto en el que se señalan las actividades calificadas como tales.

En el ámbito local, corresponde a los alcaldes la concesión de licencias, la vigilancia y la facultad sancionadora y a los ayuntamientos elaborar y aprobar las ordenanzas municipales relativas al emplazamiento de estas actividades, que serán obligatorias en los municipios de más de 50.000 habitantes, en capitales de provincia y en las de predominio industrial.

Con arreglo a la normativa autonómica de desarrollo, en general, tales ordenanzas se elaborarán previo informe autonómico, y serán los organismos autonómicos correspondientes los que podrán proponer a los alcaldes medidas correctoras y emitir informes que serán vinculantes para la autoridad municipal en el caso de que los mismos impliquen denegación de licencias. Por su parte, el alcalde podrá imponer sanciones consistentes en multa, clausura o cese de la actividad y retirada definitiva de la licencia concedida.

De este modo, no existe obstáculo alguno para que los ayuntamientos puedan normar reglamentariamente aspectos relacionados con el emplazamiento y ejercicio de las actividades que pudieren entrañar efectos incómodos, nocivos o peligrosos para el medio ambiente, mediante ordenanzas locales (también, en este sentido, sentencia de 16 de mayo de 2002, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia de 16 de mayo de 2002, ponente José Antonio Méndez Barrera).

2. Sin embargo, el sentido de la norma de 1961, con su complejo régimen de intervención administrativa, fue sustancialmente modificado a partir de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (y su posterior desarrollo por

el Real decreto 509/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación), dictada con el carácter de legislación básica a tenor del artículo 149.1.23 de la Constitución, que tiene por objeto evitar o, cuando ello no sea posible, reducir y controlar la contaminación mediante el establecimiento de un sistema de prevención y control integrados de la contaminación, aplicándose sus disposiciones tanto a las instalaciones de titularidad pública como privada en las que se desarrolle alguna de las actividades industriales incluidas en las categorías enumeradas en el anejo de la propia Ley, con excepción de las instalaciones o partes de las mismas utilizadas para la investigación, desarrollo y experimentación de nuevos productos y procesos.

Tiene su fundamento en la necesaria transposición de la Directiva 96/91/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrado de la contaminación, mediante la que se establecen medidas para evitar, o al menos reducir, las emisiones de estas actividades en la atmósfera, el agua y el suelo, incluidos los residuos para alcanzar un nivel elevado de protección del medio ambiente considerado en su conjunto.

La complejidad derivada del régimen preexistente, en el que intervenían diferentes administraciones en función de sus respectivos ámbitos competenciales en el otorgamiento de los títulos habilitantes, control y seguimiento en el desarrollo de las actividades, se sustituye por un régimen de autorización administrativa única, esto es, la autorización ambiental integrada (título III, artículos 9 y siguientes de la Ley), pilar fundamental del control integrado de la contaminación y que, en fin, viene a aglutinar el conjunto disperso de autorizaciones de carácter ambiental exigibles hasta el momento.

La autorización ambiental integrada es definida como técnica preventiva ambiental cuya finalidad es controlar las emisiones que las actividades potencialmente contaminantes pudieren realizar en la atmósfera, el agua y el suelo, supeditando su instalación y funcionamiento a la obtención de un permiso en el que se fijen las condiciones requeridas para evitar o, al menos, reducir los efectos nocivos que las mismas pudieran ocasionar a los elementos citados (M. C. Alonso García, *El procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada*).

Para esta autora, la labor integradora que se predica de este título habilitante se logra a partir de dos premisas diferentes, una de naturaleza globalizadora, pues aglutina una serie de actuaciones ambientales y trámites que se incluirán en el mismo (declaración de impacto ambiental o autorizaciones de vertidos o permiso para la gestión de residuos), y, otra, sustituyendo otras exigencias ambientales que pasan ahora a ser consideradas una reiteración innecesaria (informe ambiental en materia de actividades clasificadas).

Así, el procedimiento para el otorgamiento de la autorización ambiental integrada sustituirá al procedimiento para el otorgamiento de la licencia municipal de actividades clasificadas regulado por el Decreto 2414/1961, salvo en lo referente a la resolución definitiva de la autoridad municipal. A estos efectos, la autorización ambiental integrada será, en su caso, vinculante para la autoridad municipal cuando implique la denegación de licencias o la imposición de medidas correctoras, así como en lo referente a todos los aspectos medioambientales recogidos en el artículo 22 (contenido mínimo de la autorización ambiental integrada). Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las normas autonómicas sobre actividades clasificadas o que en materia de medio ambiente fueran, en su caso, aplicables (extremo de especial trascendencia, dado que el Reglamento de 1961 ya no resulta aplicable en algunas comunidades autónomas tras la aprobación de sus respectivas normas en la materia).

Así, debe tenerse en cuenta que el Reglamento de 1961 quedó sin aplicación directa en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, desde el 2 de julio de 2002, según dispone la disposición adicional 4 de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid; que no resulta de aplicación en Cataluña, según lo establecido en la disposición adicional 6 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental; no resulta de aplicación en Navarra, según lo establecido en la disposición adicional 3 de la Ley foral 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental. Por lo demás, no cabe obviar la incidencia en esta materia de otras normas autonómicas como la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de prevención de la contaminación y calidad ambiental, aprobada en la Comunidad Valenciana, o la Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención ambiental de Castilla y León, recientemente modificada ésta por la Ley 8/2007, de 24 de octubre.

En este contexto, se atribuye igualmente por la Ley básica una especial relevancia a la cooperación interadministrativa en orden a hacer efectiva la exigencia de la Directiva 96/61/CE de coordinar los procedimientos de concesión de este tipo de permisos cuando intervengan varias administraciones públicas.

De la misma forma, se introducen en este procedimiento de intervención integral mecanismos de coordinación con el procedimiento de evaluación de impacto ambiental; así y cuando corresponda al órgano ambiental de la Administración General del Estado –estamos ante una ley estatal– la formulación de la

declaración de impacto ambiental, no podrá otorgarse la autorización ambiental integrada sin que previamente se haya dictado dicha declaración.

En todos aquellos aspectos no regulados en esta Ley, el otorgamiento de la autorización ambiental integrada se ajustará a lo establecido en la Ley 30/1992. Destaca la exclusión de los efectos positivos del silencio administrativo.

Mediante esta autorización únicamente se fijan las condiciones exigibles, desde el punto de vista ambiental, para la explotación de las instalaciones afectadas, por lo que se otorga con carácter previo y sin perjuicio, en consecuencia, de otras autorizaciones o licencias sustantivas exigibles.

En lo relativo al procedimiento, la solicitud de la autorización deberá deducirse ante el órgano designado por la comunidad autónoma, exigiéndose la aportación junto con la solicitud inicial de un informe del ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación, pero únicamente acreditativo de la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico.

Sobre el carácter de este informe, el artículo 15 de la Ley previene que, previa solicitud del interesado, el ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación deberá emitir el mismo en el plazo máximo de treinta días. En caso de no hacerlo, dicho informe se suplirá con una copia de la solicitud del mismo.

Esta última previsión parece destacar el carácter no preceptivo del anterior documento, pues permite la continuación del proceso hasta su resolución –como, por otra parte, se deduce del siguiente apartado del mismo precepto– sin que aun tal informe hubiere sido incorporado al expediente. Ello, no obstante y una vez incorporado el informe, en el que caso que lo fuere, sí ofrece naturaleza vinculante, pues previene el indicado apartado segundo del artículo anterior que, en todo caso, si el informe urbanístico regulado en este artículo fuera negativo, con independencia del momento en que se haya emitido, pero siempre que se haya recibido en la comunidad autónoma con anterioridad al otorgamiento de la autorización ambiental integrada, el órgano competente para otorgar dicha autorización dictará resolución motivada poniendo fin al procedimiento y archivará las actuaciones.

Es en el artículo 18 de la Ley donde se ofrece la posibilidad de informe al ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación sobre la adecuación de la instalación analizada a todos aquellos aspectos que sean de su competencia, por tanto, también en lo relativo a los aspectos de salubridad pública y protección medioambiental que le correspondan.

En la exposición de motivos de la Ley se justifica la exigencia de los anteriores como garantía de la participación local en lo referente a las materias de su exclusiva competencia.

No es, empero, el segundo de los informes mencionados de naturaleza preceptiva, pues el precepto señala que de no emitirse el informe en el plazo de treinta días, se proseguirán las actuaciones, a pesar de que el informe emitido fuera de plazo pero recibido antes de dictar resolución deberá ser valorado por el órgano competente de la comunidad autónoma –tampoco vinculante.

Aun la doctrina anteriormente expuesta considera que la anterior previsión, en relación con el mantenimiento de las atribuciones de la autoridad municipal para la resolución de las solicitudes de licencias de actividades clasificadas, puede llevar a prescindir de este permiso sin merma de las competencias municipales, al integrarse todos los trámites de aquél en éste y siempre dentro del ámbito de las actividades relacionadas en el anexo I de la Ley.

Por lo demás, parece que la Ley descarta una nueva intervención del ayuntamiento en el curso del expediente de autorización en lo relativo a los intereses municipales ligados a la protección del medio ambiente, pues aun cuando los interesados, haciendo uso del trámite de audiencia tras la notificación de la propuesta de resolución formularen alegaciones, el artículo 20 de la norma indica que sólo en tal supuesto se dará traslado de las mismas, junto con la propuesta de resolución, a los órganos competentes, pero sólo para emitir informes vinculantes en trámites anteriores; lo que hemos visto no sucede en el caso del informe del ayuntamiento al que se refiere el artículo 18.

Sí se garantiza la publicidad de la resolución al ayuntamiento donde se ubique la instalación.

A pesar de que no existe un reconocimiento específico a la legitimación del ayuntamiento para la impugnación de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento de otorgamiento desde una perspectiva exclusivamente ambiental –los apartados segundo y tercero del artículo 24 vuelven a referirse a los informes vinculantes–, parece que no cabría concluir en sentido contrario, dado el evidente interés que se muestra en este ámbito.

Sin embargo, no puede obviarse que se ha sostenido alguna interpretación restrictiva al respecto de la legitimación procesal de los ayuntamientos en el contexto medioambiental; así, y aun cuando haga referencia a un supuesto incardinado en un ámbito de posterior análisis, la sentencia de fecha de 29 de mayo de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, en relación con la pretensión municipal relativa a la anulación de un acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias que formuló una declaración de impacto ecológico desfavorable sobre dos proyec-

tos de labores mineras de explotación y extracción de zahorra natural de montaña, descarta que el ayuntamiento de referencia pudiere ser considerado titular de un interés individual –que correspondería a la entidad peticionaria de la autorización del proyecto– o colectivo –que la LJCA, reserva a corporaciones, asociaciones, sindicatos, grupos o entidades que resulten afectados por la decisión administrativa o que estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos; ni siquiera cabría hablar de lo que la doctrina científica ha calificado de interés difuso, entendido como interés de un grupo indeterminado de personas, que ha sido construido doctrinalmente como modo de permitir el ejercicio de la acción judicial en supuestos en los que la ley no reconoce la acción pública.

Lo anterior lleva a este Tribunal a considerar que la posibilidad de un ayuntamiento de impugnar el contenido de la declaración de impacto ecológico carece de cobertura en nuestro sistema procesal, por mucha amplitud que se otorgue al concepto de legitimación de las entidades locales, pues la declaración de impacto no afecta, en principio, al ejercicio de las competencias locales. Estamos ante un procedimiento (la evaluación ambiental) que incumbe al ente público que tiene a su cargo las actuaciones de gestión o ejecución en materia de protección medioambiental, que no interfiere ni afecta a las competencias municipales de autorización del proyecto, que deben ejercerse a la vista de lo decidido por el órgano ambiental. Dicho en otras palabras, la finalidad de la declaración es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, sin perjuicio de que, cuando es vinculante, cierre el paso a la autorización del proyecto por el órgano competente.

Precisamente, ese carácter vinculante de la declaración de impacto, característico de la legislación canaria, hace que no puedan atisbarse otros intereses que no sean los del promotor del proyecto que promueve la declaración de impacto ecológico con vistas a la posterior autorización. Sólo es el promotor, o quien le sustituya, o quien se encuentre vinculado con dicho proyecto de una u otra forma, el que puede accionar, pero no el ayuntamiento, que, en el Derecho español, no figura autorizado para ejercer la defensa de un particular, o, en otras palabras, la defensa de intereses legítimos de terceros.

De la forma expuesta, el nuevo régimen de intervención integral que, con carácter básico, vino a establecer la norma expuesta ha reducido sustancialmente la posibilidad de intervención local en el ámbito de las actividades clasificadas, a diferencia del tradicional régimen instaurado por el Reglamento de 1961. Por lo demás, cabe destacar que ello no obsta a la intervención y control de otros aspectos relativos al emplazamiento, características de la instalación y funcionamiento de la misma que no tienen por qué aparecer vinculados con la materia medioambiental propiamente dicha.

El principal protagonismo que el nuevo régimen básico de intervención y control integrados de la contaminación ofrece a las comunidades autónomas es plenamente ajustado al régimen constitucional de distribución de competencias en materia de medio ambiente y, en definitiva, responde en lo relativo a los entes locales a los criterios de reconocimiento y atribución competencial que, en el mismo sentido, fija el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, que no es en sí mismo título competencial para los municipios, sino una norma dirigida al legislador sectorial, sea el Estado o las comunidades autónomas. Como reconoce Mercedes Montes Rodríguez, en su artículo relativo a las competencias locales en las aguas continentales, constituye el mencionado precepto un marco o escenario para la asignación de futuras competencias locales, sin que la afirmación relativa a que los municipios deban ejercer competencias, "en todo caso", en esas materias no sea por sí mismo suficiente, dado que requiere la necesaria intervención posterior del legislador sectorial. Hasta tanto éste no realice esa operación de delimitación y concreción de las competencias municipales, estamos ante un sistema de determinación legal de las competencias municipales articulado en un doble nivel. El del legislador básico estatal, en primer lugar, y en segundo lugar el del legislador sectorial, que es el verdaderamente determinante, al delimitar, siguiendo los criterios materiales recogidos en el artículo 2 de la Ley de bases, las precisas y específicas competencias atribuidas a los municipios.

La propia jurisprudencia también se pronuncia específicamente en dicho sentido; así, en su sentencia de fecha de 11 de marzo de 2005, dictada por la Sección Cuarta de la Sala Tercera (ponente, Mariano Baena del Alcázar), en la que se analiza un recurso de casación frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que declara la conformidad con el ordenamiento jurídico de una norma autonómica que contiene una regulación sectorial para la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente (Decreto autonómico 200/1997, de 9 de diciembre, por el que se aprueban las directrices parciales sectoriales sobre actividades e instalaciones ganaderas), y en la que se rechazaba cualquier infracción de los artículos 137 y 140 de la Constitución o de los artículos 2 y 25 de la Ley básica de régimen local 7/1985, de 2 de abril, al regular la mencionada materia, pues los entes locales ejercen sus competencias conforme a

la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, y en el caso de autos se ha dictado una normativa autonómica que afecta sectorialmente a los entes locales, los cuales deben actuar en uso de su competencia ateniéndose a dicha normativa. En definitiva, la argumentación revierte a la cuestión, adecuadamente resuelta por la sentencia, de la competencia autonómica para la regulación efectuada. Lo cierto es que ni se está aprobando una normativa que sustituya a la que deban aprobar exclusivamente los entes locales, ni menos aún se están revocando decisiones municipales o sustituyendo actos que son de competencia de los municipios.

3. La propia tangencialidad, sin embargo, de la materia medioambiental advierte, no obstante, la concurrencia de supuestos en los que de manera refleja o indirecta el ayuntamiento respectivo, al amparo de las competencias que le correspondieren en la protección del medio ambiente y de la salubridad ciudadana, pueda asumir posibilidades de reacción frente a la instalación o desarrollo de actividades susceptibles de generar consecuencias molestas o nocivas. Así, la sentencia de 28 de diciembre de 2005, dictada por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (ponente, Rafael Fernández Valverde) y en relación con la instalación de una estación depuradora de aguas residuales en suelo no urbanizable, destaca esta responsabilidad municipal al amparo de los artículos 25 y 26 de Ley reguladora de las bases de régimen local –y en relación con el artículo 43 de la Constitución–, que impone a las entidades locales la obligación de proceder al alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, con sometimiento a las disposiciones contenidas en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, en cuyo artículo 4 se fija el emplazamiento de las industrias fábricas que deban ser consideradas como peligrosas o insalubres a una distancia superior a 2.000 metros a contar del núcleo urbano más próximo. Con cita de la doctrina contenida en las STS de 1 de abril y 19 de julio de 2004, se expone que la norma de la distancia mínima de los 2.000 metros a que se refiere el artículo 4 del Reglamento de precedente cita "engarza directamente con los títulos competenciales relativos (1) a la protección del medio ambiente […]; y (2) a la sanidad […] lo cual excluye, también, el apartamiento en su territorio de aquella norma del artículo 4 por el solo hecho de que dicha comunidad hubiera dictado su propia Ley sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas", rechazándose, incluso, la argumentación de que el emplazamiento de la EDAR viniera determinado por el PGOU.

Es ésta, empero, una interpretación que no recibe un unánime acogimiento favorable. Así, para René Javier Santamaría Arinas, en su artículo titulado "La técnica del alejamiento de actividades clasificadas en las comunidades autónomas y otras cuestiones suscitadas por la STS de 19 de julio de 2004", examina el supuesto resuelto por esta última resolución, que anula parcialmente el Plan Gestor de Residuos Especiales de Navarra, creado por la Ley foral 13/1994, de 20 de septiembre, de gestión de los residuos especiales de Navarra, destaca la existencia en la comunidad foral de una regulación propia en esta materia, que había llevado a la doctrina al entendimiento de que producía el desplazamiento del Reglamento de 1961, al igual que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de fecha de 18 de julio de 2003. Frente a la tesis del Tribunal Supremo, que sostiene el carácter básico del mencionado artículo 4 del Reglamento, se apuntan argumentos que atienden a la posible inconstitucionalidad de dicha norma (así y en lo que atañe al mencionado precepto, que regularía materias de ordenación del territorio y urbanismo de manera contraria a los criterios sostenidos en la famosa STC 61/1997, de 20 de marzo, y aplicados en la STC 164/2001, de 11 de julio); la invocación de la doctrina recogida en las STC 37/2002, de 14 de febrero, y 1/2003, de 16 de enero, en las que se enjuicia la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964, llegándose en ambos casos a la conclusión de que, pese a que evidentemente el Estado es titular de competencias para fijar las bases del régimen estatutario de los funcionarios de todas las administraciones públicas, los preceptos impugnados carecen de carácter básico. En cuanto a este extremo, se razona, "Por salir al paso de otra eventual objeción añadiremos que en el razonamiento del Tribunal Constitucional adquiere relevancia el hecho de que el Estado haya legislado en esa materia con posterioridad a la Constitución renunciando a incidir en los aspectos controvertidos. Salvando las distancias, puede sostenerse que esto último también ha ocurrido con la regulación preconstitucional de las actividades clasificadas, al menos desde la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación".

Todo lo anterior lleva al autor a considerar que no hay ningún fundamento para presumir que el Reglamento de 1961 tenga hoy carácter básico, sin que sus preceptos vinculen al legislador autonómico, siendo su eventual aplicación en las comunidades autónomas que debería analizarse a la luz del principio de supletoriedad.

En otras ocasiones, es el artículo 28 de la Ley 7/1985 el que ha justificado la necesidad de la intervención local en la reglamentación de actividades reservadas a la competencia de las comunidades autónomas por la propia normativa sectorial de éstas y con plena justificación, además, en la cobertura ofrecida por la garantía institucional de la autonomía local, el princi-

pio de subsidiariedad y en relación con la potestad reglamentaria de los entes locales y su capacidad de gestión. Así, en la ya mencionada sentencia de fecha de 26 de julio de 2006, la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (ponente, Santiago Martínez-Vares García), que conoce del recurso de casación formulado frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección Tercera, de 10 de noviembre de 2003, pronunciada en el recurso interpuesto frente al acuerdo de un ayuntamiento por el que se aprobó definitivamente una ordenanza municipal de "regulación de la liberación de olores a la atmósfera", que estimó en parte el recurso. En ésta, siendo la cuestión principal del litigio la declaración que efectúa la sentencia de que el municipio no puede invadir las competencias propias de la Generalidad, y, por ello, no puede desarrollarlas a través de una ordenanza cuando la Administración competente, en este caso la autonómica, no lo ha hecho, el Tribunal Supremo afirma que si las corporaciones poseen autonomía para gestionar los intereses propios de sus correspondientes colectividades y esa autonomía queda asegurada para intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad de que se trate y a la capacidad de gestión que posea la corporación y de acuerdo con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos y que les hayan sido reconocidos por la legislación básica correspondiente como ocurre en relación con el medio ambiente, y si estas corporaciones poseen potestad reglamentaria legalmente otorgada mediante ordenanza, es obvio que podrán ejercer esas competencias por ese medio y en relación con las atribuidas a las comunidades autónomas siempre que éstas no las hayan utilizado, y que el uso que de ellas se haga no contravenga lo establecido legalmente, para de ese modo realizar las actividades complementarias de otras administraciones públicas a que se refiere el artículo 28 de la Ley reguladora de las bases de régimen local. Así se hace efectiva la autonomía local constitucionalmente reconocida, puesto que de otro modo la corporación no estaría cumpliendo con la ineludible obligación que le vincula de atender las necesidades propias de los vecinos.

Concretando la cuestión, afirma el Tribunal Supremo que es impensable que en una localidad como la que rige el ayuntamiento demandado en la que existe una fuerte contaminación atmosférica mediante la emisión al aire de olores que perjudican a la salud de los vecinos y en el que la autoridad que posee competencias para controlar esas emisiones no las ejercita, no pueda el ente local activar los medios para efectuar ese control siempre que respete el mandato legal y se ajuste a la legislación vigente. Y ello podrá hacerlo ejerciendo esas actividades complementarias de las de las demás administraciones públicas que la legislación básica del Estado le otorga, artículo 28 de la Ley reguladora de las bases de régimen local en relación con la disposición transitoria segunda segundo párrafo.

En consecuencia, el motivo y con él el recurso debe estimarse y la sentencia de instancia casarse y declararse nula y sin ningún valor ni efecto en tanto que la misma niega al municipio recurrente la posibilidad de asumir las competencias de ejecución en materia de medio ambiente que no se están aplicando en su término municipal por la Administración autonómica siempre que no contradiga el contenido de la norma sectorial que con rango de ley ha dictado la comunidad autónoma. Ello sin perjuicio de que si la Administración catalana ejerce sus competencias la ordenanza se adapte a ellas o se dicte otra que cumpla con esa finalidad. Esa conclusión no la desluce tampoco el artículo 28 de la Ley 7/1985, relativo sólo al ejercicio de actividades complementarias, cláusula competencial genérica que, ciertamente, no menoscaba ni obstaculiza las competencias del Estado o de la comunidad autónoma, tal como declaró el Tribunal Constitucional en la sentencia número 214/1989.

2. Sobre la protección del ambiente atmosférico

La legislación estatal básica sobre la materia está constituida por la Ley de 22 de diciembre de 1972, de protección del ambiente atmosférico, derogada por la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, en lo relativo a las autorizaciones e informes vinculantes en materia de contaminación atmosférica, con excepción, a su vez, de los preceptos que regulan la exigencia de requisitos establecidos en la legislación sectorial aplicable [en particular los regulados en los artículos 5.b), 12.1.c), 12.1.e), 19.3, 22.1.g), 26.1.d), 26.1.e) y 31]; el Decreto de 6 de febrero de 1975, por el que se desarrolla la Ley de 1972 en lo relativo a instalaciones industriales.

Las competencias en materia de contaminación atmosférica se ejercen también en los tres niveles: estatal, autonómico y local.

La intervención de los ayuntamientos aparece contemplada en esta Ley en tres supuestos, fundamentalmente como instancia informadora de la necesidad de que la autoridad estatal o autonómica prohíba la instalación, ampliación o modificación de instalaciones (artículo 3); o previamente a la imposición por parte de la Administración estatal o autonómica de medidas consistentes en la utilización de combusti-

bles o fuentes de energía de menor poder contaminante, disposición de instalaciones o empresas de reserva de combustibles especiales que cubran sus necesidades de consumo durante un mínimo de seis días para ser utilizadas si se declarase y mientras dure la situación de emergencia, la prohibición de instalar nuevos incineradores de residuos sólidos urbanos que no cumplan los límites de emisión especialmente fijados para la zona (artículo 6.2); por último, cabe destacar que corresponde a los ayuntamientos, cuyos términos municipales, en todo o en parte, sean declarados zonas de atmósfera contaminada, la promulgación de las correspondientes ordenanzas o la adaptación de las existentes, de acuerdo con los fines y medidas previstos en esta Ley. En su defecto o hasta en tanto de promulguen o adopten estas ordenanzas, será la Administración estatal o autonómica la que apruebe un reglamento que será aplicable a las zonas declaradas de atmósfera contaminada.

Téngase en cuenta, no obstante, que el número 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, establece que, en particular, se derogan, respecto de las actividades industriales incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, las prescripciones establecidas en la legislación sectorial que se cita a continuación, en relación con los procedimientos de solicitud, concesión, revisión y cumplimiento de las siguientes autorizaciones ambientales: autorizaciones e informes vinculantes en materia de contaminación atmosférica reguladas en la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico y en sus normas de desarrollo.

3. Sobre las técnicas de evaluación de los riesgos medioambientales y la democracia ambiental

D. T. Berberoff Ayuda, en su ponencia sobre "La autonomía local ante el medio ambiente. Incidencia del Derecho de la Unión Europea. Hacia un desarrollo sostenible", viene a destacar que tras la aprobación de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, aparecen tres círculos de protección *ex ante* en los que queda fuera de toda duda la capacidad de intervención de los entes locales y que se regularía, en primer término, por la mencionada Ley 9/2007, donde la política preventiva se hace patente con relación a los instrumentos de planeamiento urbanístico; en un plano intermedio, el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, sobre evaluación de impacto ambiental, a su vez desarrollado por el Real decreto 1131/1988, de 30 de septiembre; y, en el último de los escalones, el aspecto ya analizado y relativo a la intervención administrativa de policía a través de la correspondiente autorización de determinadas actividades que pudieren incidir sobre el medio ambiente.

1. La Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente –evaluación ambiental estratégica–, tiene por objeto (artículo 1) promover un desarrollo sostenible, conseguir un elevado nivel de protección del medio ambiente y contribuir a la integración de los aspectos ambientales en la preparación y adopción de planes y programas mediante la realización de una evaluación ambiental de aquellos que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente. Se incorpora la Directiva de 27 de junio de 2001 del Consejo y del Parlamento. En este contexto, los planes y programas [artículo 2.a)] aparecen como el conjunto de estrategias, directrices y propuestas que prevé una administración pública para satisfacer necesidades sociales, no ejecutables directamente, sino a través de su desarrollo por medio de un conjunto de proyectos. Así y de esta forma se pretende (exposición de motivos) evitar o corregir los efectos ambientales, complementando de esta forma la evaluación de impacto ambiental, en el caso de las tomas de decisión de las fases anteriores a la de proyectos.

En lo relativo a las competencias, el artículo 5 de la Ley previene que corresponde realizar las actuaciones previstas en esta Ley a la Administración pública competente para la elaboración y aprobación del plan o programa, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión a las Cortes Generales o, en su caso, a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas. Es precisamente en relación con los entes locales que la Ley excepciona el anterior régimen general, pues contempla en el apartado segundo de este precepto que, en dicho supuesto, las actuaciones previstas en esta Ley corresponderán a la Administración que determine la legislación autonómica. Todo lo anterior sin perjuicio del reflejo de la lealtad institucional en esta materia, en la forma que describe el apartado tercero de este artículo.

Véase, en este sentido, el supuesto anteriormente examinado al socaire de la legitimación procesal de un ayuntamiento para la impugnación de una declaración desfavorable y que la legislación autonómica reservaba a un órgano de la comunidad, a pesar del carácter vinculante de la declaración y de insertarse en un proceso autorizatorio cuya resolución correspondería al ayuntamiento. En este caso, como se examinaba, el Tribunal Superior de Justicia rechazaba la legitimación del ayuntamiento.

Por otra parte, la propia jurisprudencia había exigido la necesidad de evaluar los posibles efectos ambientales adversos de los planes urbanísticos (STS de 30 de octubre de 2003, de 3 de marzo de 2004 o de 15 de marzo de 2006); ahora, y además de la normativa anterior, el artículo 15 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, relativo a la evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, reconoce que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental de conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y en este artículo, sin perjuicio de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que se requieran para su ejecución, en su caso.

Las administraciones competentes en materia de ordenación y ejecución urbanísticas deberán elevar al órgano que corresponda de entre sus órganos colegiados de gobierno, con la periodicidad mínima que fije la legislación en la materia, un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística de su competencia, que deberá considerar al menos la sostenibilidad ambiental y económica a que se refiere este artículo; si bien la anterior obligación se matiza al respecto de los municipios cuando lo disponga la legislación en la materia y, al menos, cuando deban tener una junta de gobierno local (apartado quinto).

Por su parte, el apartado sexto del anterior precepto señala 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 (también, en este sentido, la disposición transitoria cuarta de la Ley. Si, transcurrido un año desde la entrada en vigor de esta Ley, la legislación sobre ordenación territorial y urbanística no estableciera en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación, esta nueva ordenación o revisión será necesaria cuando la actuación conlleve, por sí misma o en unión de las aprobadas en los dos últimos años, un incremento superior al veinte por ciento de la población o de la superficie de suelo urbanizado del municipio o ámbito territorial).

De modo más claro, la última previsión resalta la verdadera trascendencia de este mandato que viene a constatar, desde una perspectiva competencial, la proclamación de la primacía medioambiental frente a la acción urbanizadora de los entes públicos y exhibe la problemática que en este ámbito competencial pudiere conllevar, especialmente en perjuicio de los ayuntamientos.

2. El procedimiento de evaluación de impacto ambiental, por otra parte, tiene dos elementos esenciales sobre los que se articula: el estudio de impacto ambiental y la declaración de impacto ambiental.

El estudio de impacto ambiental es un informe que ha de realizar la entidad pública o privada que pretende ejecutar un proyecto sometido a dicha normativa. Comprende todos los elementos necesarios para conocer el propio proyecto, públicos o privados, consistentes en la realización de las obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo I del presente Real decreto legislativo, su posible incidencia en el medio ambiente, las medidas previstas para eliminarlas y las posibles alternativas. Incluye un resumen del estudio y conclusiones en términos fácilmente comprensibles. Informe, en su caso, de las dificultades informativas o técnicas encontradas en la elaboración del mismo.

De acuerdo con el artículo 3 del citado Real decreto legislativo, en la redacción dada por la Ley 9/2006, sobre evaluaciones de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, el estudio de impacto ambiental será sometido, dentro del procedimiento aplicable para la autorización o realización del proyecto y conjuntamente con éste, al trámite de información pública y demás informes que en el mismo se establezcan. Además, contempla la remisión de la misma documentación a las administraciones afectadas para su examen y formulación de observaciones. Los resultados de las consultas e informaciones públicas deberán ser tomados en consideración por el promotor en su proyecto, así como por el órgano sustantivo en la autorización del mismo.

Debe, además, tenerse en cuenta que el estudio expuesto a información está sujeto a la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 27/2006, y que alcanza el derecho a obtenerla en soporte material disponible.

Por otra parte, la declaración de impacto ambiental, siendo éste el objetivo y fin último que persigue el procedimiento de evaluación, es un acto administrativo del órgano ambiental por el que se determina la conveniencia o no de realizar el proyecto y fijar las condiciones que deben establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente (artículo 4, también en la redacción dada por la Ley 9/2006). La competencia de las comunidades autónomas en esta materia determina la existencia de especialidades procedimentales (poseen normas propias, bien legales, bien reglamentarias, que regulan el procedimiento de evaluación de impacto ambiental), teniendo, a estos efectos, el Derecho Comunitario un indudable componente unificador. Así, cabe resaltar que no puede obtenerse una declaración de impacto

ambiental por silencio positivo, pronunciándose en dicho sentido el Tribunal de Luxemburgo en sentencia de fecha 28 de febrero de 1991.

La Ley 9/2006 incorpora el artículo 4.bis en el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, que previene que, cuando se adopte, la decisión sobre la aprobación del proyecto será hecha pública, que pondrá a disposición del público la información que describe sobre el contenido de la decisión y condiciones impuestas; motivación; una descripción de las principales medidas cuando procedan, para evitar los efectos adversos. Información que también será remitida a los estados miembros que hayan sido consultados.

En lo relativo a la competencia para la emisión de la declaración de impacto ambiental, el Tribunal Constitucional, Pleno, en sentencia 101/2006, de 30 de marzo, rec. 2870/1998 (ponente, Francisco Javier Delgado Barrio), recoge la doctrina incorporada a su sentencia 13/1998 y que fue expresamente asumida por el legislador, que en la exposición de motivos de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, que modifica el Real decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, subraya que se incluyen en el artículo 5 del Real decreto legislativo los cambios necesarios para adaptar la legislación estatal a los criterios recogidos en la STC de 22 de enero de 1998.

Establece dicho precepto que, a efectos de lo establecido en este Real decreto legislativo y, en su caso, en la legislación de las comunidades autónomas, el Ministerio de Medio Ambiente será el órgano ambiental en relación con los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la Administración General del Estado. 2. Cuando se trate de proyectos distintos a los señalados en el apartado 1, será órgano ambiental el que determine cada comunidad autónoma en su respectivo ámbito territorial. 3. Cuando corresponda a la Administración General del Estado formular la declaración de impacto ambiental, será consultado preceptivamente el órgano ambiental de la comunidad autónoma en donde se ubique territorialmente el proyecto.

De la forma expuesta, la regla general relativa a la correspondencia de la competencia para la emisión de la declaración de impacto ambiental al órgano encargado de la elaboración o autorización del proyecto correspondiente puede ser igualmente excepcionada al respecto de los entes locales en la legislación autonómica y, en consecuencia, también matiza a nivel local la doctrina constitucional que admite la conformidad con el orden constitucional de competencias que la normativa confíe la evaluación del impacto ambiental a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia, a tenor del bloque de la constitucionalidad. "La Administración está ejerciendo sus competencias sectoriales propias cuando asegura que el organismo o la empresa que promueve la obra u otra actividad proyectada realiza el estudio de impacto ambiental, cuando somete el proyecto, y el estudio de impacto, a información pública, cuando realiza consultas con otras autoridades, y les pide informes, y cuando finalmente, a la vista del resultado del estudio, de las alegaciones de los particulares y de los puntos de vista de los restantes departamentos y administraciones públicas, formula la declaración de impacto ambiental, la cual viene a formar parte de la autorización final del proyecto (también, en este sentido, la STC 33/2005)."

3. Por otra parte, la Ley 27/2006 regula (título II), en primer término, el mencionado derecho de acceso a la información ambiental, en su doble faceta de suministro activo y pasivo de información, como recoge su exposición de motivos. En la primera vertiente, se obliga a las administraciones públicas y, con arreglo a las definiciones incorporadas en su artículo segundo, también a los entes locales, a informar a los ciudadanos sobre los derechos que les reconoce la Ley (artículo 5) y a ayudarles en la búsqueda de la información, al tiempo que se impone la obligación de elaborar listas de las autoridades públicas que poseen información ambiental, que deberán ser públicamente accesibles con el fin de que los ciudadanos puedan localizar la información que precisan con la mayor facilidad (capítulo II de este título). En cuanto a la segunda vertiente, la Ley pretende superar algunas de las dificultades detectadas en la práctica anterior, de forma que la obligación de suministrar la información no deriva del ejercicio de una competencia sustantiva sino del hecho de que la información solicitada obre en poder de la autoridad a la que se ha dirigido la solicitud, o del de otro sujeto en su nombre (artículo 10.1).

En lo relativo al derecho de participación pública en los asuntos de carácter ambiental, el título III de la norma sólo hace referencia a su ejercicio en relación con la elaboración, revisión o modificación de determinados planes, programas y disposiciones de carácter general. La regulación de las demás modalidades de participación previstas en el convenio y en la legislación comunitaria, según la exposición de motivos de la norma, esto es, en aspectos tales como procedimientos administrativos que deben tramitarse para la concesión de autorizaciones ambientales integradas, para evaluar el impacto ambiental de ciertos proyectos, para llevar a cabo la evaluación ambiental estratégica de determinados planes y programas o para elaborar y aprobar los planes y progra-

mas previstos en la legislación de aguas, se difiere a la legislación sectorial correspondiente. Con carácter básico, la Ley no regula procedimiento alguno, sino que se limita a establecer el deber general de promover la participación real y efectiva del público.

Por último, el acceso a la justicia y a la tutela administrativa tiene por objeto asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial y administrativa, la efectividad de los derechos de información y participación.

4. Sobre los envases y residuos

La regulación en materia de residuos tóxicos está contenida en la Ley 10/1998, de 21 de abril (también afectada por la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y recientemente modificada por la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos determinantes de determinados planes y programas en el medio ambiente, en su artículo 2.1 relativo a la definición de envase). Esta norma, siguiendo el tratamiento que de la cuestión realiza la Directiva 91/156/CEE del Consejo, tiene como objetivo regular, en una norma única, el tratamiento de los residuos, abandonando la dualidad de tratamientos que se establecía en la norma anterior.

Distingue el artículo 4 de la Ley las competencias que corresponden a cada Administración de la siguiente manera:

a) La Administración General del Estado: Le corresponderá la elaboración de los planes nacionales de residuos, la autorización de los traslados de residuos desde o hacia terceros países no miembros de la Unión Europea y la inspección derivada del citado régimen de traslados, así como la aplicación, en su caso, del correspondiente régimen sancionador.

b) Comunidades autónomas: Les corresponderá la elaboración de los planes autonómicos de residuos y la autorización, vigilancia, inspección y sanción de las actividades de producción y gestión de residuos. También les corresponde las competencias en el traslado de residuos desde o hacia países de la Unión Europea.

c) Las entidades locales: Serán competentes para la gestión de los residuos urbanos. Corresponde a los municipios, como servicio obligatorio, la recogida, transporte y, al menos, la eliminación de los residuos urbanos, en la forma en que establezcan las respectivas ordenanzas.

Así, y entre otros aspectos, se deduce de la anterior previsión la competencia que corresponde a la Administración local en la satisfacción de la obligación de poner todos los medios a su alcance para erradicar la existencia de vertederos incontrolados, al tiempo que recupera la salubridad de fincas particulares en las que se vinieren realizando vertidos (Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 21 de noviembre de 2003, rec. 702/2002).

Con carácter general, la Ley 10/1998 establece el régimen al que habrá de adecuarse la producción, la posesión y la gestión de residuos, manteniéndose un mínimo nivel de intervencionismo administrativo, en los supuestos de eliminación y valoración de los residuos dentro del propio proceso productivo.

No obstante, el número 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, establece que, en particular, se derogan, respecto de las actividades industriales incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, las prescripciones establecidas en la legislación sectorial que se cita a continuación, en relación con los procedimientos de solicitud, concesión, revisión y cumplimiento de las siguientes autorizaciones ambientales: autorizaciones de producción y gestión de residuos reguladas en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos.

Por lo demás, múltiples comunidades autónomas han aprobado sus respectivas normas de desarrollo en la materia; así, en Cataluña la Ley 6/1993, de 15 de julio, reguladora de los residuos; en Andalucía, el Decreto 283/1995, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de residuos de la Comunidad Autónoma Andaluza; en Canarias, la Ley 1/1999, de 29 de enero, de residuos de Canarias; en la Comunidad Valenciana, la Ley 10/2000, de 12 de diciembre, de residuos de la Comunidad Valenciana; en la Comunidad de Madrid, la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de residuos de la Comunidad de Madrid; en Galicia, el Decreto 174/2005, de 9 de junio, por el que se regula el régimen jurídico de la producción y gestión de residuos y el Registro General de Productores y Gestores de Residuos de Galicia; o, en La Rioja, el Decreto 4/2006, de 13 de enero, regulador de las actividades de producción y gestión de residuos.

De la forma expuesta y dada la generalidad de los términos en que se pronuncia la Ley 7/1985, las competencias de los entes locales en este ámbito vendrán a desenvolverse en el escenario marcado por la propia norma autonómica, que generalmente servirá de límite negativo; resulta, en este sentido, ilustrativa una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 11 de septiembre de 2006, en la que se analiza una pretensión de nulidad de diversos preceptos de una ordenanza municipal de protección al medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones. A partir de la delimitación de las competencias autonómicas contenida en esta materia

en la Ley 1/1998, de 8 de enero, de régimen jurídico de los espectáculos públicos y actividades clasificadas, el Tribunal considera que se invaden las competencias autonómicas por el ayuntamiento al regular en la mencionada disposición la obligatoriedad de instalación a los titulares de actividades clasificadas de aparatos de control permanente de la emisión fónica y a los titulares de actividades susceptibles de producir ruidos de aparatos fonográficos, con una regulación minuciosa de las características técnicas de los aparatos a instalar, pues con ello se introduce la normativa municipal en la regulación de una materia que le estaba vedada al venir exigido por el legislador que fuere desarrollada por norma con rango de decreto del Gobierno de Canarias. Sólo dentro del marco normativo contemplado en el desarrollo que de la materia realizare el decreto del Gobierno de Canarias, podría ser aprobada la ordenanza municipal.

5. Sobre las telecomunicaciones

Es ésta una de las materias conexas o de relevancia medioambiental que de manera especialmente ilustrativa refleja la tensión existente a la hora de que diversos entes públicos intervengan frente a la problemática que genera; siendo precisamente sobre esta cuestión que se construye la tesis del Tribunal Supremo al respecto del reconocimiento de competencias de los entes locales que incidan sobre materias que fueren de la exclusiva competencia de otras administraciones públicas (STS de 18 de junio de 2001).

Esta idea que se formula en sentido inverso, esto es, la existencia de un reconocimiento de la competencia en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales y se orienta a la admisión de la posibilidad de que la ley dictada con arreglo al esquema competencial fijado por la propia Constitución y demás normas complementarias reconozcan competencias a los entes locales o proclamen aquellas que deban considerarse necesarias para la protección de sus intereses con arreglo al principio de autonomía local.

De especial importancia, como se apuntaba, es esta tesis en materia de telecomunicaciones, que, siendo exclusiva del Estado, no excluye el reconocimiento sobre esta materia mediante el ejercicio de competencias diferentes por las entidades locales, tales como las relativas a urbanismo, sanidad o medio ambiente.

En síntesis, la jurisprudencia ha venido destacando al respecto que los ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones, en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles; lo que no es óbice al derecho de ocupación del dominio público que lleva aparejado la explotación de servicios de telecomunicación, cuya la titularidad corresponde a los operadores. En este sentido, no puede obviarse la titularidad del derecho a la prestación y explotación del servicio, cuyo origen es, además, diverso al local, y que excluye la posibilidad, aun desde la anterior perspectiva de los intereses exclusivamente municipales, de introducción de restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas (idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la limitación resultante para el derecho y del interés público que se intenta preservar).

Lo anterior no es más que una evidente consecuencia de la incidencia que tales instalaciones pueden generar en aspectos específicamente locales –autonomía local–, tales como la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales.

Ello impone la necesidad o exigencia de una regulación local, mediante ordenanza de la materia, desde la mencionada perspectiva y sobre la que aparecen numerosos títulos legitimadores al amparo de la Ley 7/1985 y en el marco de la propia normativa estatal y autonómica aplicable en materia de telecomunicaciones (seguridad en lugares públicos [artículo 25.2.a)], ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas [artículo 25.2.b)], protección civil, prevención y extinción de incendios [artículo 25.2.c)], ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística [artículo 25.2.d)], protección del medio ambiente [artículo 25.2.f)], patrimonio histórico-artístico [artículo 25.2.e)] y protección de la salubridad pública [artículo 25.2.f)]). Y, por otra parte, el establecimiento en el planeamiento urbanístico de condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones (STS de 26 de febrero de 1982, 7 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1986, 15 de octubre de 1988, 23 de noviembre de 1993, 22 de abril, 24 de octubre, 27 de noviembre y 17 de diciembre de 1996 y 11 de febrero de 1999, 24 de enero de 2000, y la citada de 18 de junio de 2001, entre otras muchas).

Así, aparece admisible la reglamentación municipal de aspectos relativos a límites de los emplazamientos, distancias y minimización de impactos, pues no cabe duda que las exigencias de esas normas guardan directa relación con la ordenación urbanística [artículo 25.2.d) de la LBRL], protección del medio ambiente [artículo 25.2.f) de la LBRL] y patrimonio

histórico-artístico [artículo 25.2.e) de dicho texto legal], siendo razonables y proporcionadas.

La mencionada STS de 18 de junio de 2001 ya recoge la afirmación relativa a que los ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública. En este contexto y ante la eventual aparición de conflictos competenciales, destaca la doctrina constitucional relativa a la prevalencia de las decisiones estatales sectoriales en materia de su exclusiva competencia cuando entran en conflicto con las determinaciones contenidas en los instrumentos de ordenación territorial (STC 149/98).

Cuestión vinculada a la expuesta reducción aparente de la intervención administrativa de carácter local en relación con la aparición de la figura de la autorización ambiental integrada, también se suscita en este contexto de las telecomunicaciones e indica la controversia planteada a partir de algunas ordenanzas municipales que vienen a exigir a las operadoras de telefonía móvil una licencia de actividad, en cuanto considerada molesta, nociva, insalubre o peligrosa, siendo diversa la doctrina emanada de las diferentes sentencias de nuestros tribunales autonómicos al respecto.

Por una parte, aquellos que entienden justificada esta exigencia, entre los que destaca la sentencia de fecha 17 de marzo de 2003 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Tercera), basándose en el principio de precaución, por una parte; y, en el artículo 2 del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y concordantes de la normativa autonómica, en la regulación de las actividades clasificadas, que destacan el carácter ejemplificativo o ilustrador de la enumeración de actividades susceptibles de generar los efectos descritos y que lleva a entender la necesidad de obtener licencia de actividad para estas otras actividades no específicamente señaladas en los anexos de las normas correspondientes. En este sentido, también la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Cuarta) de 4 de octubre de 2000, que recoge otras de fechas respectivas de 24 de julio de 1998 y 25 de marzo de 1999.

Desde diverso punto de vista, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, sentencia de 2 de octubre de 2002, con fundamento en principios como el *favor libertatis* y la falta de expresa previsión de las actividades telefónicas en la normativa correspondiente sobre las actividades clasificadas. En el mismo sentido, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que añade un nuevo argumento relativo a la falta de competencia de los ayuntamientos. También, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, en sentencia de 29 de junio de 2006, rec. 241/2003.

Otras sentencias más recientes del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, sentencia de 2 de enero de 2007, han venido, empero, a recoger la posición relativa a la no-exigencia de licencia de actividades clasificadas para la instalación de antenas de telefonía móvil, dadas las exclusivas competencias que el artículo 149.1.21 de la Constitución reconoce al Estado en este ámbito, y considerando, a diferencia de la incidencia urbanística del establecimiento de una red de telecomunicaciones terrestres, la escasa incidencia del establecimiento de la telefonía móvil, lo que justifica la limitación de la intervención municipal a aspectos muy determinados. A lo que se añade que, no obstante el carácter ejemplificativo de la enumeración contenida en las normas correspondientes a las actividades clasificadas, la inclusión de una no específicamente contemplada exige la sustanciación de un procedimiento, que además incorpora un informe sobre la naturaleza de dicha actividad desde esta perspectiva, esto es, si efectivamente es molesta, nociva, insalubre o peligrosa, y su graduación, así como las medidas correctoras y aprobación, que además y generalmente corresponderá a un órgano autonómico y no local.

La ausencia de información consistente que ponga de manifiesto la existencia de peligros para la población general derivados de exposiciones a campos de potencia o intensidades débiles, por debajo de los límites recomendados, y la propia imposibilidad de que los ayuntamientos puedan disponer de informes científicos con resultados válidos en la comunidad científica, conducen a la consecución de la posición expuesta (también, en este sentido, Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 20 de abril de 2007, proc. 549/2005). En el mismo sentido, la sentencia de fecha 21 de marzo de 2006, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que añade que la salvedad relativa a su postura no es definitiva y está dispuesta a revisarla conforme avancen los estudios científicos sobre la materia y justifica el cambio de criterio con respecto a la sentencia 441/2003, de 17 de marzo.

Pronunciamiento, sin embargo, frente al que se formuló un voto particular por el magistrado D. Francisco Hervás Vercher y al que se adhirió el magistrado D. José Martínez Arenas Santos. Partiendo de la inexistencia de conclusiones definitivas en la investi-

gación científica, este pronunciamiento discrepante destaca que no sólo pueden ser biológica y sanitariamente dañinas las emisiones ionizantes, lo que descarta que estas radiaciones deban legalmente considerarse como innocuas. Así, se trae a colación el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico, restricciones a las emisiones radioeléctricas y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, aprobado por Real decreto 1066/2001, de 28 de septiembre, pues si existe una norma que establece medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas hay que concluir que el ordenamiento jurídico no considera innocuas tales emisiones. Ello debe llevar a la necesaria conclusión de que tales actividades merecen la consideración de clasificadas, resultando procedente la solicitud de licencia de actividad, que es el instrumento jurídicamente previsto a tales efectos.

Cuestión diferente es la relativa a la regulación municipal de aspectos técnicos directamente vinculados con las propias instalaciones, de exclusiva competencia del Estado. En relación con éstos se pronuncia la sentencia de fecha de 1 de marzo de 2006, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, que reconoce la exclusión de las competencias municipales de ámbito urbanístico o medioambiental en la regulación de extremos relativos a la imposición a los operadores de un programa de mantenimiento de la instalación y la periodicidad de su revisión, una al menos al año, o el establecimiento de los niveles de exposición, sistema emisor o niveles de emisión. Y que la propia sentencia diferencia al respecto de las posibles limitaciones fijadas en función de la protección de determinados lugares que podríamos calificar de más sensibles, tales como escuelas, centros de salud, hospitales o parques públicos.

También es aspecto que incide en las posibilidades de reacción local en este ámbito el que ofrece el general rechazo a la posible adopción de medidas adicionales de protección por parte de los ayuntamientos en relación con los extremos expuestos, pues sus atribuciones se enmarcarían siempre en el escenario que ofrecen las normas estatales y autonómicas; esto es, salvo que la propia legislación del Estado o de las comunidades autónomas les otorgue una habilitación legal expresa que les confiera la posibilidad de establecer normas más rigurosas en el ámbito del municipio; en caso contrario y como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha anteriormente mencionada (también en la de fecha de 17 de abril de 2006), su actuación deberá limitarse a comprobar el respeto de los niveles de emisión radioeléctrica y distancias fijadas en la normativa europea, estatal o, en su caso, autonómica.

Otras posibilidades de reacción local frente a la problemática suscitada por este tipo de instalaciones son la exigencia de un plan que contemple de forma coordinada la implantación en el término municipal de las diversas infraestructuras de telecomunicaciones por las diferentes operadoras, para una mejor ordenación urbanística, medioambiental, de atenuación de impacto visual y, en definitiva, de ordenación del territorio y de sus servicios. Este extremo es examinado en la sentencia de 26 de abril de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de diciembre de 2003, que contempla en dicha exigencia la finalidad de garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y la pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano; materias estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales y sin que aparezca, en consecuencia, desproporcionada.

Con su aprobación, el ayuntamiento no hace más que posibilitar el control que le corresponde a través de un instrumento que se antoja adecuado y proporcionado al fin perseguido, puesto que sin incidir sobre el sector de las telecomunicaciones, con el conocimiento de los factores necesarios, datos de la empresa, actividad a desarrollar, cumplimiento de las exigencias técnicas, permite el control de los valores ambientales y urbanísticos, y permite adoptar las medidas necesarias para la implantación y ubicación de las instalaciones de forma proporcional al fin pretendido, sin que de la referida regulación se derive ni que el ayuntamiento va a sustituir la función de los órganos estatales competentes, ni que el desarrollo y despliegue de la red y equipos sea decidido por el ayuntamiento y no por las operadoras; siendo al respecto muy significativos los términos vertidos en las sentencias de 24 de enero de 2000 y 18 de junio de 2001 del Tribunal Supremo: "la exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móviles presenta con la finalidad de garantizar la buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la ubicación de las antenas y pertinente protección de los edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano. Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales que antes se han relacionado. Con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine e, incluso, apruebe el ayuntamiento."

Lo anterior debe enmarcarse en exigencias de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la restricción en que se traduce la imposición de tales limitaciones (STS de 24 de mayo de 2005).

También, en dicho sentido, la ya citada sentencia de fecha de 17 de abril de 2006, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que al amparo de las atribuciones municipales en el establecimiento de las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo debe llevarse a cabo la utilización del dominio público que se requiera y que se justifica en las exigencias urbanísticas relativas a la regulación municipal precisa para la evitación de situación de saturación o desorden, reconoce la adecuación del condicionamiento al otorgamiento de la licencia municipal correspondiente a la aprobación de un plan municipal de despliegue de la red. Documento a través del que el Ayuntamiento pretendería conseguir la programación y planeamiento de las instalaciones de radiocomunicación a partir de premisas o parámetros concernientes al esquema de la red, servicios prestados, programa de ejecución y requisitos de emplazamiento.

Del mismo modo, se pronuncia la sentencia de fecha 1 de marzo de 2006 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, en la que se reconoce:

"En fin, dicha información resulta necesaria y adecuada para que el ayuntamiento pueda desarrollar las competencias, en concreto urbanísticas y medio ambientales, que legalmente se le encomienda, ahora bien sí es cierto que respecto de determinada documentación requerida se cumple la finalidad vista en el ejercicio de las funciones que le compete al municipio, también ha de convenirse con la parte actora que respecto de determinada documentación se observa un exceso por resultar extraña a la finalidad y al ámbito competencial en el que debe desarrollarse la misma."

El uso compartido de las instalaciones, que es medida que suelen establecer múltiples de las ordenanzas municipales reguladoras de estas actividades y a partir de la que se pretende reducir el número de antenas móviles, se entiende por algún tribunal que el uso compartido de emplazamiento para instalaciones que se ubiquen en terrenos de dominio público o que persigan la máxima integración en el paisaje urbano es ajustada al ordenamiento jurídico y se realiza dentro del ámbito de competencias municipales. Se admite, por tanto, esta medida, siempre que se limite la ordenanza a posibilitar sin imponer el uso compartido de instalaciones, en base a razones urbanísticas, medioambientales o paisajísticas, que justificarían a la postre la exigencia de tal medida, sin poder obviar que la propia normativa estatal regula tal posibilidad (artículo 4 de la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 11 de enero de 2002, por la que se establecen condiciones para la presentación de determinados estudios y certificaciones por operadores de servicios de radiocomunicaciones).

Así, para la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la sentencia ya citada, la anterior posibilidad puede venir impuesta por motivos de exigencias esenciales, entre las que se encuentra la ordenación urbana y rural, intereses públicos de utilización racional del territorio que deben imponerse a los privados de los operadores, en cuyo caso el ente competente para imponerlas no es otro que aquel que tiene atribuidas las competencias de urbanismo, en función de sus preferencias.

En lo relativo a la exigencia de seguro de responsabilidad civil, los tribunales superiores vienen a rechazar la misma, dada la ausencia de un riesgo acreditado de necesaria cobertura, máxime si tales garantías condicionan el ejercicio de una actividad que cuenta con la autorización y control de la Administración del Estado y no parece que las empresas concesionarias de estos servicios públicos necesiten de una especial cobertura para afrontar sus posibles compromisos; y, por otra parte, la ausencia de cobertura legal, pues no sólo no pueden en su exigencia ampararse los municipios en sus competencias de protección urbanística, medioambiental, del patrimonio histórico o de la salubridad pública, pues se trata de posibles compensaciones a particulares frente a posibles daños, sino que es la Administración del Estado la que detenta la competencia exclusiva sobre legislación mercantil; todo ello sin perjuicio de que los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídico-privadas puedan acordar la suscripción de un seguro, sin que sea exigible por la Administración local como condición necesaria para obtener la preceptiva autorización.

Como último aspecto, rayano en la curiosidad, aparece el supuesto analizado por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, en su sentencia de 24 de noviembre de 2003, que conoce del recurso de casación interpuesto frente a una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, que declaró inadmisible al considerar que la actividad recurrida era una manifestación de actividad política no sujeta al control contencioso-administrativo, una declaración del Pleno de dos ayuntamientos sobre declaración de una empresa de telefonía móvil como "non grata". En esta sentencia, y dados los efectos que en la propia órbita económico-patrimonial de la empresa afecta-

da pudiere generar tal declaración, el Tribunal descarta que se trate de una mera manifestación de la libertad de expresión o manifestación de una discrecionalidad, sin ulterior trascendencia jurídica, sino como un acto administrativo que, para ser legítimo, debe inscribirse en el ámbito de las potestades o competencias municipales. En dicho contexto, una manifestación de tal carácter, que no es predicable de alguno de los miembros de la corporación, sino que constituye la manifestación de un juicio que pretende atribuirse a la propia corporación en cuanto tal, como decisión municipal, ha de encontrar una habilitación legal, que, en el presente caso, no se encuentra ni en las competencias municipales nominadas del artículo 25 de la Ley reguladora de las bases de régimen local, Ley 7/1985, de 2 de abril, ni en las diversas legislaciones sectoriales ni en la propia cláusula de la autonomía municipal al no aparecer concernido el interés municipal o las necesidades de la comunidad vecinal. Y, ello, aun cuando pretendiere justificarse tal pronunciamiento en el desarrollo de una actuación o comportamiento por parte de su destinatario que la Administración municipal considerase no ajustada a Derecho. No es tal declaración un mecanismo de reacción reconocido por el ordenamiento jurídico al que pueda acudir la Administración local, cuando ésta dispone legalmente de suficientes mecanismos de autotutela declarativa, ejecutiva y de coerción, incluso, para evitar o eliminar tal clase de actuación o comportamiento, sin recurrir a una descalificación formal, que puede comportar un desprestigio y, en todo caso, un reproche sin respaldo normativo ni garantía de procedimiento.

6. Sobre la responsabilidad medioambiental

No cabe desconocer, para terminar, que la reciente Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, introduce nuevas posibilidades de reacción administrativa, también local, en orden a la adopción de medidas tendentes a la prevención, evitación y reparación de los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que "quien contamina paga".

Se ampara, en primer término, esta norma en la previsión contenida en el artículo 45.3 de la Constitución, que contempla la existencia de sanciones penales y administrativas para quienes infrinjan lo dispuesto en el apartado anterior, imponiendo, en todo caso, la obligación de reparar el daño causado; y se inserta en la propia tendencia comunitaria que hace girar la acción pública en este ámbito en torno a la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, protección de la salud de las personas y utilización prudente y racional de los recursos naturales. En este último sentido, destaca el preámbulo de la norma que hace efectivas en nuestro país las previsiones recogidas en 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, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico un régimen administrativo de responsabilidad ambiental de carácter objetivo e ilimitado basado en los principios de prevención y de que "quien contamina paga".

Sobre la presente perspectiva y en la interpretación que de sus normas lleva a cabo la propia Ley, se identifica su ámbito de aplicación y objeto en la regulación de la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales; operadores que son entendidos como 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. Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración.

El régimen de responsabilidad que instaura esta norma puede incidir en el ámbito de actividad local desde una perspectiva pasiva, pues los entes locales se hallarían bajo la posibilidad de incurrir en la misma; y activa, como autoridad competente para instar el adecuado cumplimiento de tales responsabilidades.

Se corrobora el primero de los extremos a partir de la propia especificación que al concepto de operador introduce el mencionado precepto, que excluye de su ámbito de aplicación los órganos de contratación de las administraciones públicas cuando ejerzan las prerrogativas que les reconoce la legislación sobre contratación pública en relación con los contratos administrativos o de otra naturaleza que hayan suscrito con cualquier clase de contratista, que será quien tenga la condición de operador a los efectos de lo establecido en esta Ley.

Desde el segundo punto de vista, no cabe obviar que el artículo 7 de la Ley reconoce que el desarrollo legislativo y la ejecución de esta Ley corresponden a las comunidades autónomas en cuyo territorio se localicen los daños causados o la amenaza inminente de que tales daños se produzcan; que con arreglo a la ya expuesta garantía institucional de la autonomía local no se puede desconocer las atribuciones de los ayuntamientos en materia de protección de

medio ambiente. En cualquier caso y con carácter básico, la legislación del Estado garantiza la intervención de los entes locales en el procedimiento correspondiente, al indicar en el quinto apartado de este precepto que en cualesquiera supuestos en los que las decisiones o las actuaciones de la Administración actuante puedan afectar a los intereses o a las competencias de otras, deberá aquélla recabar informe de éstas antes de resolver.

Por lo demás, no cabe obviar que el artículo 6.2 contempla un régimen de concurrencia de responsabilidades, que destaca, en todo caso, su prevalencia en la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores de actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, entre los que se hallan las actividades reguladas en la Ley 16/2002; y, en todo caso, a la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños. En lo relativo a medidas reparadoras de daños medioambientales causados por actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III será exigible únicamente y frente al anterior sistema de responsabilidad objetiva cuando en el procedimiento administrativo o penal correspondiente se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia.

El apartado tercero del precepto parece culminar este régimen de concurrencia con un alegato de subsidiariedad respecto del nuevo régimen de responsabilidad, pues no será aplicado cuando por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable.

En el anterior contexto, no cabe obviar que la norma contempla un intenso régimen de intervención administrativa, que alcanza el reconocimiento de régimen sancionador que corresponda como consecuencia del referido incumplimiento. Preceptos los anteriores en los que se refiere la Ley a la autoridad competente sin especificación alguna, aspecto ligado a la naturaleza básica de la norma. Será, pues, la normativa autonómica la que deberá desarrollar estos extremos, con necesario y evidente reconocimiento de la implicación local de la materia. Asimismo y por último, también es posible, con independencia de la regulación de la anterior materia por las diferentes comunidades autónomas, que los entes locales puedan instar la propia iniciación del procedimiento sancionador contemplado en la Ley (artículos 41 y 42) y en relación con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. ■

8. Actividades industriales

Felipe Fresneda Plaza
Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid)

1. Introducción.
2. Regulación positiva. Títulos competenciales del Estado y las comunidades autónomas.
2.1. Títulos competenciales y ejercicio por el Estado a través de normas básicas. 2.2. El carácter material de lo básico en medio ambiente.
3. Regulación vigente. El Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas como norma estatal. Referencia a algunas normas autonómicas.
3.1. Legislación vigente. 3.2. Contenido del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas e interpretación jurisprudencial del mismo. 3.3. La dicotomía del emplazamiento frente al alejamiento, la perspectiva urbanística y su articulación con el medio ambiente.
4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia.
5. Los emplazamientos en algunas normas autonómicas.
5.1. Cataluña. 5.2. Comunidad de Madrid. 5.3. Navarra. 5.4. Castilla y León. 5.5. Comunidad Valenciana.
6. Reflexiones finales sobre la aplicación del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.
7. Conclusión.
8. Epílogo.

1. Introducción

Dentro del contenido general del curso, deben ser objeto de análisis en el presente trabajo determinados aspectos de las actividades clasificadas, que se encuentran reguladas, aún, como norma de carácter general en el vetusto Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre.

Antes que en un análisis general de las actividades industriales desde la perspectiva medioambiental que nos ocupa, queremos incidir en uno de los aspectos más relevantes, como es el de la ubicación de estas actividades clasificadas –o quizás fuera mejor emplear la denominación clásica de molestas, insalubres nocivas y peligrosas– en relación con la perspectiva urbanística del emplazamiento que venga establecida por el planeamiento, y la medioambiental, tendente a evitar emisiones contaminantes y conjurar, así, los peligros que su ejercicio pudiera generar. Desde esta perspectiva hemos de analizar tanto el carácter de las normas dictadas, estatales, con su carácter básico, como deriva del título competencial que corresponde al Estado –según dimana del artículo 149.1.23 de la Constitución española que preceptúa que corresponde a este la "legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección"–, en relación con el ejercicio del resto de las competencias de otros entes implicados en el proceso y a quienes corresponde fundamentalmente la decisión en la materia, las comunidades autónomas, a quienes compete el ejercicio del resto de competencias de carácter legislativo o de ejecución asumidas en sus respectivos estatutos de autonomía y los municipios, que ejercen importantes funciones de planificación urbanística, en la que se determina cuál es la ubicación de las instalaciones y las ulteriores de autorización a través de las licencias previas para el ejercicio de la actividad –sin perjuicio de la intervención de otras entidades en el ejercicio de esta autorización a través de la técnica de informes vinculantes o en su caso de la denominada *autorización ambiental integrada*, en cuanto fuere de aplicación, que deriva de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación–, aspectos todos estos que exceden del ámbito del presente trabajo y cuyo estudio se efectúa en otras ponencias del presente curso.

Se tratará, pues, de un análisis del régimen jurídico que se prevé en nuestro ordenamiento en relación con el emplazamiento de las actividades clasificadas, y ello partiendo de la consideración del carácter de la normativa estatal prevista en la materia, analizando su naturaleza y posibles carencias –primordialmente del citado RAMINP–, en relación con la posible incidencia de la legislación de las comunidades autónomas, que ha de atenerse al marco previo de la legislación básica del Estado. En tal consideración se tendrá en cuenta, como no podía ser menos, la muy extensa jurisprudencia recaída en la materia con especial consideración a la más reciente sobre emplazamiento de actividades con referencia específica a lo establecido en el artículo 4 del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

2. Regulación positiva. Títulos competenciales del Estado y las comunidades autónomas

2.1. Títulos competenciales y ejercicio por el Estado a través de normas básicas

Nos encontramos, por un lado, con el título competencial que viene constituido por el medio ambiente, y por otro los relativos a la ordenación del territorio y urbanismo, los cuales de alguna forma pueden entrar en colisión, debiendo conciliarse el ejercicio de ambas perspectivas.[1] Si la ordenación del territorio y urbanismo es una competencia de las comunidades autónomas,[2] en lo que respecta al medio ambiente existe una clara competencia del Estado por mor de lo establecido en el artículo 149.1.23. Se debe conciliar el ejercicio de las respectivas competencias tanto legislativas como de ejecución por los diversos intervinientes en el proceso, tanto a nivel legislativo como de ejecución, debiendo fijarse como premisa inicial que la regulación básica estatal en lo relativo al medio ambiente puede condicionar el ejercicio de las intervinientes en el proceso de planificación que determina el concreto emplazamiento de las actividades clasificadas. Otro posible título competencial del Estado en la materia es la sanidad, a tenor del artículo 149.1.16 de la Constitución, que le atribuye en esta materia las bases y coordinación general.

1. A ambos enfoques de análisis se refiere Luis de la Morena de la Morena en *El Consultor de los Ayuntamiento y de los Juzgados*, número 21, de 29 de noviembre de 1997, y número 1, de 29 de enero de 1998.

2. Ello sin perjuicio de los límites que por las mismas se ha de respetar por la existencia de los títulos competenciales del Estado, en la forma establecida en la vigente Ley 8/2007, que viene a definir el ejercicio de "las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal" (según prefigura su artículo 1), conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, que viene configurada por las sentencias 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio.

De esta forma, se ha de trazar un análisis general de esta cuestión, para desde el mismo, fijadas las premisas iniciales, efectuar una consideración de las específicas cuestiones que queremos acometer, cual es el emplazamiento de las actividades clasificadas.

Para ello, aun brevemente, se ha de aludir a cuál es la regulación positiva en la materia, desde la óptica básicamente de las competencias legislativas del Estado y de las comunidades autónomas. Se debe, como no puede ser menos, partir de lo establecido en la Constitución española, que reserva como competencia exclusiva del Estado en su artículo 149.1.23, ya antes aludido, la atinente a la "legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección". En esta legislación básica sobre medio ambiente se encuentra la relativa al régimen de emplazamiento de las actividades clasificadas. Pues bien, como es conocido, el Estado no ha dictado norma alguna específicamente sobre esta materia, de forma tal que rige sobre el particular el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto de 30 de noviembre de 1961.

No ha de olvidarse también la gran importancia que tiene el Derecho Comunitario, que viene constituido en lo fundamental por la Directiva 96/61/CE, de prevención y control integral de la contaminación, cuyo objeto y finalidad fundamental es la de evitar que la parcialidad de las diversas intervenciones administrativas genere contradicciones en la actuación, buscando una actuación integrada de todos los entes intervinientes en el proceso, lo que tiene ciertamente una gran importancia en un país como el nuestro, ampliamente descentralizado. La norma de transposición al ordenamiento interno viene constituida por la Ley 16/2002, de 1 de julio.

Dos son las cuestiones que ya conviene precisar en relación con el reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas: por un lado, que las comunidades autónomas, ante la inexistencia de una norma específica del Estado en que se ejerciten sus competencias sobre la materia, pueden proceder a regular directamente las mismas, sin necesidad de esperar a que el Estado efectúe su regulación básica al respecto, mas ello ha de ser así a condición de que tal regulación respete no solo "los principios que inmediatamente se deriven de la Constitución sino también las bases (en sentido material) que se infiera de la legislación preconstitucional" (sentencias del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio, y 1/1982, de 28 de enero).

Ello constituye una excepción al principio constitucional que se establece en la doctrina del Tribunal Constitucional, que de forma general y en particular sobre la materia medioambiental que nos ocupa vienen considerando que formalmente la normativa básica debe estar constituida por normas con rango de ley, que además deben proclamarse como tales para de esta forma conseguir "una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas". Como exponente de esta jurisprudencia constitucional nos hemos de referir a la sentencia 33/2005, de 17 de febrero, rec. 2231/1996.[3] No obstante lo cual cabe que en determi-

3. Se dice en esta sentencia lo siguiente:

"Por lo que a los requisitos formales respecta, afirmamos también entonces que este Tribunal no ha dejado de prestar atención a una exigencia que puede calificarse de formal de la noción de bases y cuya finalidad esencial es la de excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las comunidades autónomas, sin previa advertencia, 'cualquier clase de precepto, legal o reglamentario, al margen de cual sea su rango y estructura' (STC 80/1988 y 227/1988). Por ello, ya se consideró tempranamente que 'dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la ley' (STC 1/1982, FJ 1). Y hemos precisado que la justificación de esta exigencia de ley formal se encuentra en que sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas. De suerte que 'la propia ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica' (STC 69/1988, FJ 5. Reiterada, entre otras, en las STC 80/1988, 13/1989 y 179/1992). En suma, la claridad y certeza normativa, la propia estabilidad de una materia y el equilibrio del sistema de fuentes son los elementos determinantes de la forma que han de adoptar las bases (STC 132/1989).

"Este Tribunal, cierto es, ha admitido que la exigencia aquí considerada no es absoluta; y consecuentemente ha estimado que 'excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas con rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases' [STC 48/1988, FJ 3.c). Asimismo, STC 69/1988, 80/1988, 132/1992 y 179/1992]. Sin embargo, no cabe olvidar, en contrapartida, que la atribución de carácter básico a normas reglamentarias, a actos de ejecución o incluso a potestades administrativas ha sido entendida por este Tribunal como una 'dispensa excepcional'. Y, por otro lado, que esta excepción venía impuesta por una situación de transición, en la que era necesario adecuar la legislación preconstitucional a situaciones nuevas derivadas del orden constitucional, como ya se dijo en la STC 69/1988. En el presente caso, la Generalidad de Cataluña no pone en tela de juicio el cumplimiento de la garantía formal, sino que su argumentación se circunscribe al incumplimiento de la garantía material por parte de la normativa básica estatal."

nados supuestos lo básico pueda estar contenido en normas reglamentarias, como se deduce de diversas sentencias del Tribunal Constitucional, como son la 158/1986, 227/1988, 86/1989 o 141/1993, como puede ser por la existencia de razones de orden técnico o coyuntural que hagan imposible una determinación legal de lo que deba ser lo básico o si se trata de actividad normativa que reúna unas características de rapidez y capacidad de ajuste que la ley no permite. Sin embargo, esta posibilidad de establecimiento de normas básicas a través de normas reglamentarias ha de configurarse de una forma hasta cierto punto excepcional, como se ha expresado en la sentencia antes citada 33/2005, por razones de orden coyuntural respecto a normas preconstitucionales del Estado, lo que puede acontecer, apuntamos ya, de determinadas disposiciones del Reglamento de actividades molestas, Decreto de 30 de noviembre de 1961, del que haya que deducir tal carácter de básico.

Como definición de lo básico podemos decir con Joaquín García Morillo[4] que "lo básico –y, por tanto, su determinación– se configura, pues, como un factor decisivo a la hora de delimitar el ámbito material de autonomía de las comunidades autónomas, y su mayor o menor capacidad de determinar políticas propias –vale decir, diferentes de otras políticas– en su campo competencial: con las palabras, de Tomás y Valiente, lo básico cobra "un efecto delimitador de las competencias, aunque sólo sea en sentido negativo".

Las normas básicas del Estado, según ya se ha apuntado, con carácter general, a salvo de los supuestos de excepción que ya se han referido, respecto a normas preconstitucionales, debe venir establecido en su aspecto formal con normas con rango de ley, que como requisito de certeza y seguridad jurídica han de expresar su carácter básico, salvo que el mismo pueda deducirse de su propia estructura. Como expresión de esta doctrina hemos de referirnos a la sentencia ya citada 33/2005, de 17 de febrero de 2005, rec. 2231/199.[5]

2.2. El carácter material de lo básico en medio ambiente

Además de lo que se ha expresado con anterioridad sobre el concepto de lo básico, hemos de referirnos particularmente a la conceptuación que se ha efectuado por el Tribunal Constitucional a propósito de esta cuestión en diversas sentencias en que ha dado respuesta a ello. El criterio del Tribunal no es ciertamente uniforme,[6] lo que sin duda obedece a la diversidad de los supuestos de hecho planteados y a las circunstancias cambiantes y nuevas realidades evolutivas que pueden justificar un diferente análisis.

4. En su artículo "La versatilidad de lo básico", publicado en la *Revista de Administración Pública*, 139, enero-abril de 1996, y que con referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia expresa:

"Lo que, a modo de resumen, hay que destacar es la absoluta mutabilidad de los parámetros utilizados para definir el alcance de lo básico, tanto en el terreno formal como material. En el primero, el parámetro permanece, no cabe negarlo, fijo, pero parece –al menos parece– sometido a un permanente cuestionamiento, algo claramente poco deseable. En el segundo campo, el material, la versatilidad de los parámetros es, puede ser, absoluta, y la evolución en las competencias medioambientales nos ofrece un excelente ejemplo al respecto: primero se dijo que en lo medioambiental lo básico se reducía a lo mínimo, luego se pasó al extremo contrario, afirmando que era admisible que lo básico agotase la regulación y dejase, por tanto, de ser básico para pasar a ser de detalle, y luego se afirmó que se abandonaba esta línea –¿para seguir cuál?–, aunque en realidad se mantenía, toda vez que, declaraciones retóricas aparte, se declaraban básicas regulaciones que difícilmente pueden admitirse como tales.

"La delimitación del terreno de lo básico es clave para deslindar los ámbitos competenciales de las distintas administraciones ya que, en definitiva, como el ámbito de poder global está definido, la expansión del campo de actuación estatal se traduce forzosamente en una disminución del autonómico, y la contracción de aquél redunda forzosamente en la ampliación de éste. Es claro que no cabe demandar una estricta y detallada determinación de lo que es básico y de lo que no lo es, entre otras cosas por la variabilidad –y consiguiente eventual alteración– de su ámbito; pero, ya que no podemos aspirar a conocer de antemano lo que es básico y lo que no lo es, quizá no sea disparatado que pretendamos, al menos, saber cuáles son los parámetros de determinación de lo básico, que tales parámetros gocen de una razonable estabilidad –la muy debilitada estabilidad que se espera de los conceptos jurídicos– y que cuando se modifiquen la alteración no tenga lugar por un voluntarismo selectivo, sino por razones justificadas, y esté adecuadamente razonada."

5. Esta sentencia expresa:

"Por lo que a los requisitos formales respecta, afirmamos también entonces que este Tribunal no ha dejado de prestar atención a una exigencia que puede calificarse de formal de la noción de bases y cuya finalidad esencial es la de excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las comunidades autónomas, sin previa advertencia, 'cualquier clase de precepto, legal o reglamentario, al margen de cual sea su rango y estructura' (STC 80/1988 y 227/1988, EDJ 1988/543). Por ello, ya se consideró tempranamente que 'dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la ley' (STC 1/1982, FJ). Y hemos precisado que la justificación de esta exigencia de ley formal se encuentra en que sólo a través de este instrumento normativo se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas. De suerte que 'la propia ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica' (STC 69/1988, FJ 5. Reiterada, entre otras, en las STC 80/1988, 13/1989 y 179/1992). En suma, la claridad y certeza normativa, la propia estabilidad de una materia y el equilibrio del sistema de fuentes son los elementos determinantes de la forma que han de adoptar las bases (STC 132/1989)."

6. Esta cuestión es asimismo analizada por Joaquín García Morillo, en la obra anteriormente citada.

Ha de tenerse en cuenta al respecto que el término básico puede hasta cierto punto resultar polisémico, en cuanto que se debe distinguir entre "legislación básica", que aludiría fundamentalmente a un carácter normativo, frente a lo "básico", que aludiría también a funciones de carácter ejecutivo. Así en la STC 102/1995, de 26 de junio, si bien de una pausada lectura de la misma se puede llegar a la conclusión de que se da primacía en el aspecto normativo a que ésta se produzca a través de leyes formales, si bien de una forma un tanto excepcional se admite en determinados supuestos que lo básico pueda estar definido por normas reglamentaria, e incluso en determinadas hipótesis que quepan competencias ejecutivas del Estado.

La idea a resaltar es que el artículo 148.1.9 atribuye a las comunidades autónomas la posibilidad de asumir la gestión en materia de protección del medio ambiente, sin perjuicio de que se deba respetar el parámetro de lo materialmente básico, definido por el Estado, en cuanto que existe un interés general que exige dar un tratamiento normativo común, definidor del "común denominador normativo" aplicable a todo el territorio estatal. Las comunidades autónomas podrán dictar normas de desarrollo, que permitan desarrollar su específica política, estableciendo medidas adicionales de protección

Recogiendo esta formulación general, las sentencias del Tribunal Constitucional han venido a establecer en una primera concepción la posibilidad –STC 32/1981– de que "de acuerdo con la tendencia general actual, la necesidad de que el Estado fije las normas que impongan un encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente […]. Pero se atribuye también a las comunidades autónomas una competencia propia no sólo de ejecución sino de 'desarrollo legislativo' de la legislación básica, y la de imponer medidas adicionales de protección; todo lo cual supone que dentro del marco de la política global del medio ambiente y de respeto al principio de solidaridad son constitucionalmente posibles una diversidad de regulaciones".

La jurisprudencia constitucional no es uniforme en lo que deba entenderse por básico en este ámbito. Así, se suele hablar en casos de que la legislación básica medioambiental debe ser una legislación de mínimos, antes que una legislación uniformadora general –STC 170/1989, FJ 2–. En términos análogos, la STC 147/1991. Mas en otros casos se llega a una conclusión hasta cierto punto distinta, como es en la sentencia de la misma fecha que la anterior de 4 de julio de 1991, STC 149/1991, que confiere al Estado una mayor función homogenizadora de la legislación básica. Para esta sentencia, "en principio también el desarrollo reglamentario de las leyes sobre la materia es competencia estatal o, dicho de otro modo, que la legislación básica incluye tanto las normas con rango de ley como las reglamentarias dictadas en su desarrollo". Ciertamente en este caso la posibilidad de dictar normas adicionales de protección es muy inferior. Es decir, en cuanto que la normativa básica pueda agotadoramente prever una regulación exhaustiva, la regulación de desarrollo de las comunidades autónomas, dictando normas adicionales de protección, se reduce consiguientemente.

Con todo ello se quiere poner de manifiesto la nouniformidad de criterios en esta materia en la doctrina del Tribunal Constitucional, según se deduce de las sentencias antes dictadas, como se pone de relieve en la obra antes citada de García Morillo, al expresar su autor que existe una "absoluta mutabilidad de los parámetros utilizados para definir el alcance de lo básico, tanto en el terreno formal como material. En el primero, el parámetro permanece, no cabe negarlo, fijo, pero parece –al menos parece– sometido a un permanente cuestionamiento, algo claramente poco deseable. En el segundo campo, el material, la versatilidad de los parámetros es, puede ser, absoluta, y la evolución en las competencias medioambientales nos ofrece un excelente ejemplo al respecto: primero se dijo que en lo medioambiental lo básico se reducía a lo mínimo, luego se pasó al extremo contrario, afirmando que era admisible que lo básico agotase la regulación y dejase, por tanto, de ser básico para pasar a ser de detalle, y luego se afirmó que se abandonaba esta línea […]. La delimitación del terreno de lo básico es clave para deslindar los ámbitos competenciales de las distintas administraciones ya que, en definitiva, como el ámbito de poder global está definido, la expansión del campo de actuación estatal se traduce forzosamente en una disminución del autonómico, y la contracción de aquél redunda forzosamente en la ampliación de éste". El propio autor expresa que el juicio de lo básico es muy diferente en función del caso concreto analizado, con lo que exhorta de "peligro de que el juicio de constitucionalidad se desplace hacia el de conveniencia política", lo que genera riesgos de seguridad jurídica.

Aun con todas estas imprecisiones, hemos de fijarnos en los más recientes criterios jurisdiccionales sobre la cuestión. Al respecto, hemos de hacer alusión a diversas sentencias del Tribunal Constitucional, como son la 101/2005, de 20 de abril, rec. 2287/2000,[7] sobre el Plan Director de la Red de Parques Nacio-

7. Expresa esta sentencia lo siguiente:

"El segundo criterio consiste en 'que lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las comunidades autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección

nales. Para esta sentencia, se está nuevamente al criterio delimitador de la competencia, que es la ordenación de mínimos –que permite a las comunidades autónomas para establecer niveles de protección más altos–, debiendo, además tenerse en cuenta la "afectación transversal" que las directrices básicas medioambientales del Estado pueden tener sobre las competencias sectoriales de las comunidades autónomas con que se entrecruzan. Aquella sentencia reitera la doctrina de otras precedentes, como es la 194/2004, de 4 de noviembre, relativa a la gestión de parques nacionales. El concepto de transversalidad es analizado en la sentencia 306/2000, de 12 de diciembre, que con cita de la sentencia del propio Tribunal expresa que "el medio ambiente incide 'en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias (artículo 148.1.1, 3, 7, 8, 10 y 11 de la CE)'. Por ello, lo ambiental es un factor a considerar en las demás políticas públicas sectoriales con incidencia sobre los diversos recursos naturales integrantes del medio ambiente (STC 102/1995, FJ 6 y, en relación con la concreta técnica de evaluación de impacto ambiental, STC 13/1998, de 22 de enero, FJ 7)".

Por otro lado, la legislación básica del Estado no excluye otro tipo de actuaciones, como pueden ser incluso las de carácter ejecutivo, si bien tal actuación se configura de una forma un tanto excepcional, como es el caso de la inexistencia de puntos de conexión que permitan el ejercicio de competencias autonómicas o cuando el objeto de la competencia de carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él, y a condición de que en este caso no quepan mecanismos de cooperación o de coordinación, tal como se deduce de la ya reiterada sentencia 33/2005.[8]

3. Regulación vigente. El Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas como norma estatal. Referencia a algunas normas autonómicas

3.1. Legislación vigente

El Estado no ha efectuado ninguna normación con el carácter de básica respecto a esta materia de emplazamiento de actividades clasificadas que constituye el objeto primordial del análisis de este estudio, lo cual posiblemente pudo efectuar aprovechando la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, cuyo objeto trasponiendo la normativa europea constituida por la Directiva Europea 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, pese a que su objeto, según proclama su artículo 1, es "el establecimiento de un sistema de prevención y control integrado de la contaminación, con el fin de alcanzar una elevada protección del medio ambiente en su conjunto".

De esta forma rige en la materia el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, a cuyos preceptos específicos sobre la materia nos referiremos posteriormente.

Pese a su carácter de norma básica –quizás debiera expresarse este término con interrogante–, según ha reconocido una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que después aludiremos. Existen diversas normas autonómicas que declaran que el mismo no es de aplicación en su ámbito, y así podemos aludir a las siguientes:

1. En la Comunidad de Madrid, en la que rige la Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid, cuya disposición adicional 4 expresa:

más altos, como ya se dijo en la STC 170/1989. No son, por tanto, lo genérico o lo detallado, lo abstracto o lo concreto de cada norma, las piedras de toque para calificarla como básica, o no, sino su propia condición de tal a la luz de lo ya dicho'. (STC 102/1995, FJ 9). El tercer criterio a tener en cuenta, destinado a tener alta relevancia en este conflicto, es el relativo al alcance de la 'afectación transversal' que las directrices básicas medioambientales pueden tener, no ya sobre las normas de desarrollo legislativo y la ejecución en la propia materia de medio ambiente, sino sobre las competencias sectoriales de las comunidades autónomas con las que se entrecruzan y que están directamente implicadas (ordenación del territorio, caza, pesca fluvial y lacustre, pesca en aguas interiores, marisqueo, turismo, ocio y tiempo libre, desarrollo comunitario e investigación, entre otras)."

8. En este concreto aspecto expresa:

"Asimismo, hemos subrayado que el contenido normativo de lo básico en esta materia no significa la exclusión de otro tipo de actuaciones que exijan la intervención estatal, entre las que pueden incluirse funciones ejecutivas, ésta es una solución excepcional a la cual sólo podrá llegarse cuando no quepa establecer ningún punto de conexión que permita el ejercicio de las competencias autonómicas o cuando además del carácter supraautonómico del fenómeno objeto de la competencia, no sea posible el fraccionamiento de la actividad pública ejercida sobre él y, aun en este caso, siempre que dicha actuación tampoco pueda ejercerse mediante mecanismos de cooperación o de coordinación y, por ello, requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un único titular, forzosamente el Estado, y cuando sea necesario recurrir a un ente supraordenado con capacidad de (armonizar) intereses contrapuestos de sus componentes parciales, sin olvidar el peligro inminente de daños irreparables, que nos sitúa en el terreno del estado de necesidad. Se produce así la metamorfosis del título habilitante de tales actuaciones, cuyo asiento se encontraría en la competencia residual del Estado (artículo 149.3 de la CE, EDL 1978/3879), mientras que en situación de normalidad las facultades ejecutivas o de gestión en materia de medio ambiente corresponden a las comunidades autónomas dentro de su ámbito espacial y no al Estado (STC 329/1993)."

"A la entrada en vigor de esta Ley, quedará sin aplicación directa en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas."

2. En la Comunidad de Cataluña, en la que rige la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de intervención integral de la Administración ambiental, cuya disposición adicional 6 establece que "se deja sin aplicación en Cataluña el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre".

3. En la Comunidad Foral de Navarra, a tenor de lo establecido en la disposición adicional 3 de la Ley foral 4/2005,[9] de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental, que previene que "no es de aplicación en Navarra el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre".[10]

En otras comunidades, por contra, no se contiene previsión equivalente, por lo que en las mismas se ha de analizar la aplicación del Reglamento de actividades molestas del Estado, con el carácter que podamos deducir de las normas sobre emplazamientos que en el mismo se contienen, si bien debemos ya aludir de forma inicial a que su carácter básico no parece compaginarse bien con la posibilidad de exclusión por parte de las comunidades autónomas, pues de tener efectivamente tal carácter, no parece que pueda corresponder a éstas sustraer la aplicación de normas del Estado, pues tal carácter de básico vendría a suponer la fijación por el Estado del común denominador normativo, siquiera mínimo como expresan algunas de las sentencias del Tribunal Constitucional a que anteriormente hemos aludido, de cuya aplicación no pueden sustraerse las comunidades autónomas al establecer las normas sobre la materia.

Dada la diversidad de regulaciones existente, por ser una cuestión legislativamente asumida por las comunidades autónomas, no hemos pretendido ser exhaustivos en la exposición, que exigiría un análisis del contenido normativo aplicable en cada comunidad, sino tan sólo referir de una forma genérica la normativa vigente, incidiendo posteriormente en el análisis de su contenido.

3.2. Contenido del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas e interpretación jurisprudencial del mismo

Estudiaremos en sus líneas esenciales el contenido del Reglamento de 30 de noviembre de 1961, pues sin perjuicio del análisis de las relaciones de este Reglamento con la legislación autonómica, ello nos es obligado al ser la única norma estatal vigente, dado el título competencial que corresponde al Estado sobre las bases en materia de medio ambiente a tenor de lo establecido sobre el particular en el ya citado artículo 149.1.23, ya antes aludido.

Únicamente aludiremos en relación con el mismo a las normas sobre emplazamiento de actividades, particularmente las fabriles en el sentido amplio que se atribuye a las mismas en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2004, que pueden comprender también una estación depuradora de aguas residuales. Se ha de prescindir, así, del análisis de otras cuestiones que desbordarían ampliamente el contenido de esta resolución.

Las normas que de aplicación del Reglamento son las siguientes:

1) El artículo 4, que precisa como norma general sobre emplazamiento lo siguiente:

"Estas actividades deberán supeditarse, en cuanto a su emplazamiento, a lo dispuesto sobre el particular en las ordenanzas municipales y en los planes de urbanización del respectivo ayuntamiento, y para el caso de que no existiesen tales normas, la Comisión Provincial de Servicios Técnicos señalará el lugar adecuado donde haya de emplazarse, teniendo en cuenta lo que aconsejen las circunstancias especiales de la actividad de que se trate, la necesidad de su proximidad al vecindario, los informes técnicos y la aplicación de medidas correctoras. En todo caso, las industrias fabriles que deban ser consideradas como peligrosas o insalubres sólo podrán emplazarse, como regla general, a una distancia de 2.000 metros a contar del núcleo más próximo de población agrupada."

9. Ha de tenerse en cuenta que la exposición de motivos de esta norma no sólo viene a considerar no aplicable el Reglamento al momento actual, sino que también consideraba que tal aplicación no era posible en relación con la anterior legislación que deroga, que venía constituida por la Ley foral 16/1989, explicando que la "regulación estatal por el tratamiento uniformista y correctivo de las actividades que implantaba y por su descoordinación con los principios e instrumentos de la ordenación territorial y urbanística, dejó de dar satisfacción a las exigencias de carácter ambiental y territorial y, por ello fue desplazada en Navarra por la Ley foral 16/1989".

10. En esta ley, por cierto, el régimen de distancias no es impeditivo del establecimiento de la actividad, previéndose exclusivamente un distinto régimen de autorización en función del tipo de industrias y en atención a dichas distancias, sopesando la posibilidad de introducción de medidas correctoras. Se trata, por lo tanto, de valorar los efectos contaminantes de cada actividad, lo que se determina en el procedimiento de autorización, introduciendo si es posible las medidas correctoras a que hubiere lugar para conseguir así la preservación del medio ambiente sin que el régimen de distancias sea por sí solo determinante para impedir el establecimiento de la actividad.

2) El artículo 15 reitera el contenido de aquel precepto respecto a las industrias clasificadas como insalubres y nocivas, estableciendo lo siguiente:

"Sólo en casos excepcionales podrá autorizarse, previo informe favorable de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, un emplazamiento distinto del que, según el artículo 4 de este Reglamento, haya de venir impuesto por las ordenanzas municipales y planes de urbanización, respecto de las industrias fabriles."

3) El artículo 20 establece la posibilidad de excepcionar el régimen de distancias que venga establecido con carácter general, estableciendo lo siguiente:

"Sólo en casos muy especiales, y previo informe favorable de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, podrá autorizarse un emplazamiento distinto del que, según el artículo 4 de este Reglamento, haya de venir impuesto por las ordenanzas municipales y planes de urbanización, respecto de las industrias fabriles consideradas como peligrosas, a condición de que se adopten las medidas de máxima seguridad que se requieran en cada caso."

La dicción literal de los preceptos parecía sugerir la posibilidad de excepcionar el régimen que con carácter general venía establecido en el planeamiento de aplicación, en casos excepcionales –artículo 15– o muy especiales –artículo 20–, con la exigencia de informe favorable de la Comisión de Servicios Técnicos y a condición de que se adopten las medidas de máxima seguridad que se requieran en cada caso. De esta forma el emplazamiento que se determinaba en el planeamiento urbanístico no resultaba prefigurado de una forma inflexible, sino que se podían permitir excepciones al mismo, lo que pudiera ser constitutivo, en una evidentemente deficiente técnica legislativa, de auténticas reservas de dispensación, como es harto conocido prohibidas por la legislación urbanística, dando, por otro lado, prioridad a la adopción de medidas correctoras con las que se pueden paliar los riesgos derivados del ejercicio de las correspondientes actividades. Sólo en los casos de inexistencia de un plan de ordenación o normas subsidiarias que cumplan análoga función, supuesto hoy ya superado, dada la generalización de los instrumentos de planeamiento a todos los municipios, sería donde la determinación de emplazamiento debería ser la que se determine por las en origen comisiones provinciales de servicios técnicos (sentencia de 16 de marzo de 1968) y hoy los órganos de las comunidades autónomas a que corresponda la competencia en la materia.

Sin embargo, tal interpretación no es la que ha sido seguida por la jurisprudencia que con carácter general ha establecido la obligatoriedad de cumplimiento del régimen de distancias establecido en los citados preceptos del Reglamento, sin que, por un lado, quepa establecer emplazamientos contra un plan (así la sentencia de 7 de diciembre de 1976), y, por otro lado, sobre todo en actividades fabriles que puedan resultar insalubres o peligrosas, el régimen de emplazamientos previsto, juega como un estándar de obligatoria aplicación, que ha de ser imperativamente seguido por los planes.

No obstante ello, en una doctrina mayoritaria el régimen era más dúctil, con carácter general, respecto al conjunto de las actividades, y así se consideraba la posibilidad de excepcionar el régimen general de distancias establecido en el Reglamento –ha de entenderse que a condición de que tal régimen sea el establecido en el planeamiento–, siempre que puedan establecerse otras medidas correctoras cuya eficacia no sea menor que la que tal distancia mínima del núcleo de población pueda establecerse, sobre todo de existir normas específicas reguladoras de las concretas actividades de que se trate. En este sentido, podemos traer a colación las sentencias de 16 de diciembre de 1966 y de 4 de noviembre de 1979, y ello en atención de que tales medidas correctoras compensatorias puedan tener una eficacia probada no inferior a la proporcionada por el alejamiento mínimo. Sin embargo, tal posibilidad de excepcionar el régimen general no se posibilita en los casos de industrias peligrosas por manipulación de explosivos (así en sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1971, aplicable a industrias pirotécnicas). En esta línea jurisprudencial existe por lo tanto una dicotomía entre alejamiento y medidas correctoras, de forma tal que si éstas son eficaces, cabe establecer un régimen de excepción al emplazamiento que con carácter general venga establecido en los planes de ordenación.

Como principio general en materia de actividades fabriles que se consideran peligrosas o insalubres, según ya se ha indicado, la línea mayoritaria es no obstante la de considerar que se impone el alejamiento a una distancia mínima de 2.000 metros desde el núcleo de población. En este sentido, la sentencia de 29 de mayo de 1980, que expresa que tales industrias "sólo podrán emplazarse, como regla general, y aunque existan planes de ordenación urbana que dispongan otra cosa, a una distancia de 2.000 metros, como mínimo a contar del núcleo más próximo de población".

Ésta es la línea jurisprudencial que hoy se sigue manteniendo en la jurisprudencia más reciente, que posteriormente será objeto de un examen más profundo, y que considera en este extremo legislación básica lo establecido en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

Si recapitulamos, pues, sobre lo dicho, debemos destacar las siguientes ideas: la no-admisión de emplazamientos contrarios al plan, no pudiéndose por el órgano fiscalizador de las actividades que sustituye a las comisiones provinciales de servicios técnicos determinar un emplazamiento contrario al que deba venir establecido por el planeamiento, sin perjuicio de las funciones de tal Administración en relación con el emplazamiento en municipios en que no hubiere planeamiento o de excepcionar, siempre conforme al planeamiento, el régimen de emplazamiento en atención a la adopción de medidas correctoras. La referida posibilidad de excepcionar el estándar de distancias que se establece en el Reglamento ha de serlo en atención a la eficacia de las medidas correctoras que se introduzcan de forma general, lo cual, como principio general, no es posible respecto a actividades fabriles que se consideran peligrosas o insalubres.

3.3. La dicotomía del emplazamiento frente al alejamiento, la perspectiva urbanística y su articulación con el medio ambiente

Con la formulación realizada queremos resaltar que si en principio se debe estar al emplazamiento de las actividades que deba resultar de aplicación conforme a la planificación urbanística, que deriva de la específica competencia que corresponde a la Administración competente al respecto, en sus distintos ámbitos (autonómica o local), barajándose el título competencial que constituye la ordenación del territorio y el urbanismo (que conforme al artículo 148.3 de la Constitución corresponde a las comunidades autónomas), opera también la concepción medioambiental que se superpone a aquélla y que constituye un límite a la planificación urbanística, incidiendo en este aspecto la legislación básica del Estado, en base al título competencial que corresponde al Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.3 de la Constitución española.

El planificador urbanístico no actúa, así, en esta materia con libertad, sino que debe respetar la normativa de protección del medio ambiente en sus diversas formas de manifestación de la básica del Estado, en cuanto fuere de directa aplicación, y la de las comunidades autónomas en sus diferentes grados de manifestación,[11] ya sea como normativa propia o de desarrollo de la básica del Estado, sin perjuicio de sus competencias de ejecución.

Por otro lado, desde la óptica del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, éste contiene auténticos estándares de obligatorio acatamiento por el planificador –ya sean concebidas como normas urbanísticas, así lo apunta en la obra citada Yáñez Velasco, aunque más bien deberán concebirse como normas estrictamente ambientales–, que, sin perjuicio de la necesaria flexibilidad en su aplicación, cuestión que ya ha sido al menos apuntada anteriormente, se impone al planificador limitando las potestades de configuración del planeamiento. Tales estándares son, entre otros posibles, las normas sobre distancias previstas en el Reglamento a que anteriormente nos hemos referido, y precisamente ésta será una de las cuestiones que debemos desarrollar, la caracterización de tales disposiciones del Reglamento, consideradas como básicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la óptica de la legislación de las comunidades autónomas en la materia y en atención al tiempo transcurrido desde la aparición del Reglamento.

Desde la óptica medioambiental propia del RAMINP, la técnica ha sido básicamente la del alejamiento de las actividades a las distancias mínimas establecidas, sin perjuicio de su posible modulación con la introducción de medidas correctoras.[12]

Por otro lado, esta doble perspectiva urbanística y ambiental contiene técnicas de relación en el Reglamento de actividades molestas en una forma que luego será seguida por las diferentes normas urbanísticas, cual es la denegación *ad limine* de las licencias solicitadas, por oposición al planeamiento en los términos que resultan de lo dispuesto en su artículo 30. En estos casos de denegación inicial, sin iniciar el procedimiento de otorgamiento, la perspectiva que se tiene en consideración es la urbanística. Por contra, de iniciarse el procedimiento de tramitación la perspectiva que se tendrá en cuenta es la ambiental, analizándose por el órgano competente de la comunidad autónoma, a través de los informes vinculantes dentro de la globalidad del proceso de otorgamiento

11. Esta dualidad de títulos competenciales es estudiada por Luis de la Morena y de la Morena en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, número 21, de 29 de noviembre de 1997, y número 1, de 29 de enero de 1998, y por Ygor Yáñez Velasco, en *Revista de Derecho Urbanístico*, número 179, de 2000.

12. Cuestión a la que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2006, que modula la posibilidad de excepcionar el régimen de distancias en orden a la introducción de medidas correctoras eficaces que palien los riesgos de que se trata. Tal sentencia expresa que "sólo cuando pueda apreciarse, con el suficiente grado de seguridad, una eliminación o atenuación de los riesgos inherentes a una actividad calificada de 'peligrosa', hasta hacerle perder su condición de tal, podrá acogerse, excepcionalmente, una limitación de la distancia mínima de los dos mil metros. Garantía esta que no podrá ceder, por lo tanto, ante una hipotética aplicación de medidas correctoras cuya supuesta eficacia no consta y que, por lo mismo, mal podrán convertir en emplazamiento idóneo un emplazamiento que, conforme al artículo 4 del Reglamento, no lo es".

de la licencia, entre otros aspectos, a la eficacia de las medidas correctoras propuestas para el ejercicio de la actividad.

En una consideración de carácter sistemático debe expresarse que de las consideraciones anteriores se deduce que el tema primordial objeto de análisis que se seguirá es el relativo a la naturaleza de la prescripción sobre emplazamiento contenida en el artículo 15 del RAMINP y preceptos concordantes, sin perjuicio de la referencia a otras prescripciones de dicho Reglamento, y ello analizando su relación con diversas normas de las comunidades autónomas sobre el particular, siempre partiendo del carácter de básico que se atribuye a dicho precepto en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que después será objeto de análisis.

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia

De lo que antecede puede desprenderse como idea general que, en cuanto sea de aplicación el RAMINP, a tenor de su reiterado artículo 15 en relación con el 4, se impone el alejamiento de las industrias fabriles que tengan la consideración de peligrosas o insalubres a una distancia mínima de 2.000 metros del casco de la población, siendo su posibilidad de excepción, más rígida que la que deriva respecto al resto de las actividades y ello sin perjuicio de que quepa, sí, realizar una ubicación diferente conforme al artículo 20 del propio Reglamento, interpretado el mismo no como una excepción al emplazamiento previsto en el plan –a lo que parece conllevar el tenor literal del precepto–, sino como la posibilidad de que sea el propio plan el que excepcione el régimen general, establecido como un estándar de distancia por el Reglamento. Mas para que ello sea así es a condición de que quede plenamente acreditado, por la eficacia de las medidas correctoras, que se han paliado los riesgos que se intentan evitar, y ello a través de la constancia de informes de los que se desprenda inequívocamente la justificación de inocuidad de la actividad, pese a la existencia de tal menor distancia del emplazamiento a 2.000 metros de la población más próxima.

Como expresiva de tal línea jurisprudencial, podemos hacer alusión a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2003, que expresa:

"La excepcionalidad de la medida de reducción de las distancias en cuanto al emplazamiento de las actividades molestas o insalubres, subrayada en los artículos 4 y 15 del RAMINP, pone de relieve que ha de estar absoluta y muy rigurosamente acreditado, que tales actividades, con las medidas correctoras adecuadas, han perdido prácticamente su molestia o peligrosidad para el agrupamiento humano más próximo, ubicado a distancia menor de esos dos mil metros, habiendo de tener los informes técnicos emitidos al efecto, el grado ineluctable de precisión, convicción y minuciosidad en su argumentación justificativa de la referida excepcionalidad."

En el caso que se somete a enjuiciamiento del Tribunal Supremo ante la falta del informe que ampare tal régimen de excepción se considera que el emplazamiento objeto de análisis –planta de pretratamiento de aguas integradas en el sistema de saneamiento de la zona Este de Gijón– no se ajusta a Derecho.[13]

La última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión viene constituida por la sentencia de 1 de abril de 2004, la de 19 de julio de 2004 y las más recientes de 27 de junio de 2007 y 11 de julio de 2007.

Si hacemos una exégesis del contenido de estas sentencias, en sus aspectos fundamentales, prescindiendo de otras cuestiones tangenciales en relación con lo que es el objeto de análisis primordial en este trabajo, puede sintetizarse en el siguiente:

–Aun con modulaciones en el contenido de las mismas se parte de que ante la falta de desarrollo legislativo en materia de emplazamientos por parte del Estado, y teniendo en cuenta que este ostenta como títulos competenciales los relativos a legislación básica en materia de medio ambiente y sanidad, se llega a la conclusión de que tal norma básica es el continuamente reiterado RAMINP, lo que nos lleva a la aplicación en esta materia de los artículos 4, 15 y 20.

13. El séptimo de los fundamentos de derecho de la sentencia concluye al respecto lo siguiente:

"Como bien se indica en la sentencia recurrida, el informe, de capital importancia y trascendencia a estos efectos, de la Dirección Regional de Medio Ambiento de la Consejería de Fomento del Principado de Asturias, carece del rigor exigible sobre la eliminación de riesgos para la colonia o urbanización antecitada, en los aspectos de salubridad garantizada y ausencia total o cuasi-total de molestias derivados del funcionamiento de la planta, tal como es exigencia de la naturaleza cabalmente rigurosa de la excepción en el emplazamiento, a que se refieren los artículos mencionados en el motivo, y que necesita ser absolutamente acreditada, por lo que no pueden estimarse como infringidos los mismos.

"Naturalmente, lo acabado de exponer, determina la desestimación de la alegada infracción de los artículos 63.2 y 66 de la Ley 30/1992, toda vez que la insuficiencia del citado informe provoca la anulación del acto impugnado, y sin que el párrafo final del fundamento tercero de la sentencia recurrida, rectamente entendido, pese a su ambigüedad literal, se refiere a que en el expediente se razone amplia y detalladamente acerca del emplazamiento de la actividad y las circunstancias concurrentes en la aplicación de la excepción, lo que no supone la anulación del expediente, sino la exigencia de complementar debidamente la justificación de la concurrencia de la excepción tantas veces referida."

–A esta conclusión se llega no obstante siempre efectuando algún tipo de análisis de la propia norma dictada sobre el particular por la comunidad autónoma. Así, en la sentencia de 1 de abril de 2004, se parte de la consideración de que la propia ley autonómica permite una interpretación favorable a la aplicación del Reglamento estatal, y ello de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley de Castilla y León 5/1993, de 21 de octubre,[14] o como ocurre en la sentencia de 19 de julio de 2004 por considerar que el Reglamento de actividades es asimismo aplicable en Navarra de conformidad con las previsiones que contiene sobre el particular la Ley foral 16/1989, de 5 de diciembre, de actividades clasificadas y control para la protección del medio ambiente, que en la exposición de motivos parte de la vigencia de aquel Reglamento,[15] aunque hemos de decir que no es esto lo que ha entendido la nueva Ley foral 4/2005,[16] de 22 de marzo, a la que se aludió con anterioridad y cuya exposición de motivos interpretando lo establecido en aquella Ley no consideraba de aplicación dicho Reglamento en Navarra, tampoco bajo el imperio de aquélla.

–Sin embargo, la aplicación del Reglamento estatal no se efectúa de una forma rígida, sino que según se razona en las sentencias, ello lo es en cuanto que las comunidades autónomas no hayan sustituido aquel precepto con otras normas adicionales, "cuya potencialidad protectora no sea menor".[17] En tal sentido se expresan las sentencias de 27 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, que reiteran el contenido de la de 1 de abril de 2004, en que se sentó aquella doctrina. Esto, por un lado, sugiere la idea de que no puede excluirse, a priori, la aplicación de la normativa autonómica, sino que esta será la aplicable en cuanto integre medidas de protección cuya potencialidad protectora no sea menor al propio Reglamento, lo que en la propia lógica de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo exigirá que se analice en cada caso, si la potencialidad protectora es superior o inferior a la establecida en el Reglamento de 1961, y para estar a ello parece que no se debe tener solo en consideración la distancia de los 2.000 metros, la técnica de alejamiento, sino analizar en su conjunto la eficacia de las medidas protectoras que derivan de la aplicación de la normativa autonómica, lo que no exclu-

14. Expresa, así, literalmente, la sentencia lo siguiente:

"También por razones de método hemos de abordar a continuación el argumento según el cual el artículo 4 de aquel Reglamento de 1961 carece de vigencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Argumento que hemos de rechazar, pues frente a la interpretación (reservada a ella) que la sala de instancia hace de la disposición transitoria de la Ley autonómica 5/1993, de 21 de octubre, entendiendo que las normas de aquel Reglamento que devendrían inaplicables una vez desarrollada reglamentariamente dicha Ley serían, sí, las relativas a la documentación exigida para la solicitud de la licencia de actividad y al régimen jurídico de las comisiones de actividades clasificadas, pero no, al menos, la relativa a la distancia exigida en aquel artículo 4, no se desarrolla en el motivo (que lo es el primero de los formulados por la representación procesal del Ayuntamiento) una argumentación que ponga de relieve lo erróneo de aquella interpretación, cuya corrección no viene excluida por el tenor de la disposición transitoria de que se trata y viene abonada por la circunstancia de que la Ley 5/1993 pide explícitamente un desarrollo reglamentario, precisamente, respecto de la documentación que ha de presentarse con la solicitud de licencia de actividad (artículo 4) y respecto al régimen jurídico de la Comisión Regional y de las Comisiones provinciales de actividades clasificadas, en particular sobre sus funciones, composición y funcionamiento (artículo 15)."

15. La sentencia literalmente expresa sobre el particular lo siguiente:

"El Reglamento de actividades clasificadas 2414/1961, de 30 de noviembre, es de aplicación en Navarra, ya que la propia Ley foral 16/1989, de 5 de diciembre, de actividades clasificadas y control para la protección del medio ambiente parte, en su exposición de motivos, de la total vigencia y efectividad en Navarra de aquel Reglamento, y llama en su apoyo las competencias que la Ley orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del régimen foral, atribuye a la comunidad autónoma en su artículo 57.c) para el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de medio ambiente y ecología y en su artículo 58.h) para la ejecución de la legislación del Estado en materia de vertidos industriales y contaminantes.

"La propia exposición de motivos de la Ley 16/1989 dice que su finalidad es 'actualizar y desarrollar la normativa vigente' (no, por lo tanto, una regulación *ex novo*), en especial 'en los aspectos referentes a las facultades inspectora y disciplinaria de la Administración', todo lo cual indica bien a las claras la voluntad del legislador navarro de desarrollar, y sólo en aspectos parciales, aquel Reglamento estatal."

16. Ha de tenerse en cuenta que la exposición de motivos de esta norma no solo viene a considerar no aplicable el Reglamento al momento actual, sino que también consideraba que tal aplicación no era posible en relación con la anterior legislación que deroga, que venía constituida por la Ley foral 16/1989, explicando que la "regulación estatal por el tratamiento uniformista y correctivo de las actividades que implantaba y por su descoordinación con los principios e instrumentos de la ordenación territorial y urbanística, dejo de dar satisfacción a las exigencias de carácter ambiental y territorial y, por ello fue desplazada en Navarra por la Ley foral 16/1989".

17. Literalmente expresan las sentencias lo siguiente:

"Pero es que, además, la norma de aquel artículo 4 referida a la distancia mínima exigible engarza directamente con los títulos competenciales relativos a la protección del medio ambiente, en el que las comunidades autónomas tienen atribuida la facultad de establecer normas adicionales de protección (artículo 149.1.23 de la Constitución), con la consecuencia, en lo que ahora importa, de que el apartamiento de aquella norma en el territorio de una Comunidad Autónoma exigirá que la normativa propia de ésta la haya sustituido, sin duda alguna, por otra cuya potencialidad protectora no sea menor, lo cual no se aprecia en aquella Ley autonómica 5/1993; y (2) a la sanidad, en el que la redacción entonces vigente del artículo 27.1.1 (hoy artículo 34.1.1) de la Ley orgánica 4/1983, de 25 de febrero, sobre el Estatuto de autonomía de Castilla y León, disponía que en la materia de 'Sanidad e higiene. Promoción, prevención y restauración de la salud', la competencia de la Comunidad de Castilla y León lo era para el desarrollo y ejecución de la legislación del Estado, lo cual excluye, también, el apartamiento en su territorio de aquella norma del artículo 4 por el solo hecho de que dicha comunidad hubiera dictado su propia Ley sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas."

ye la aplicación de medidas correctoras si éstas son eficaces para la preservación del medio ambiente. Esta interpretación, por otro lado, reduce la propia consideración del Reglamento como básico, en cuanto que su aplicación sólo se deriva, sopesando con la legislación autonómica, si el grado de protección del medio ambiente que surge de esta es inferior al que dimana de la aplicación del régimen de distancias previsto en el RAMINP.

–El régimen de distancias previsto en el Reglamento se mantiene, así, en el régimen de distancias de 2.000 metros, más bien como una garantía mínima, en defecto de otras previsiones sobre protección del medio ambiente, lo que permite entrever la idea de que antes que una norma básica tiene otro carácter, pues se está sugiriendo la posibilidad de desplazamiento por tales normas autonómicas, en cuanto que estas permitan interpretar que el grado de protección dimanante de su aplicación no es inferior al que deriva del alejamiento a una distancia mínima de 2.000 metros.

–La aplicación del régimen de distancias que deriva del Reglamento no es, por otro lado, rígida o inflexible, ya que cabe la excepción al régimen de distancias de 2.000 metros en cuanto que quede justificado en el procedimiento de aprobación del proyecto, mediante la motivación adecuada, las causas que pueden excepcionar tal régimen de distancias. En este sentido la sentencia de 27 de junio de 2007, con cita de los argumentos de la de 1 de abril de 2004, exige para aplicar la excepción al régimen de distancias, que existan "razones justificadas para ese sacrificio".[18]

Como corolario de lo que antecede y partiendo de la aplicación de lo establecido en el Reglamento de 1961, puede decirse que siempre para el caso de actividades fabriles insalubres, nocivas y peligrosas, el emplazamiento que ha de derivar de los planes, salvo que resulte un superior nivel de protección de la normativa urbanística, debe procederse a la aplicación del régimen de distancias de 2.000 metros del casco de la población, pudiendo excepcionarse la aplicación de tal régimen si de una forma motivada se justifica un emplazamiento diferente.

5. Los emplazamientos en algunas normas autonómicas

Para complementar lo establecido en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas hemos de aludir a la regulación existente al respecto en algunas comunidades autónomas, lo que ya fue enunciado con anterioridad, si bien sin pretender que se trate de un análisis exhaustivo, ya que no se puede descender al detalle de la regulación en todas las comunidades autónomas.

5.1. Cataluña

Rige en la materia lo establecido en la Ley 3/1998, de 20 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental, cuya disposición adicional 6, que ya fue aludida, considera que no es de aplicación en la comunidad autónoma el Reglamento de 30 de noviembre de 1961. La exposición de motivos justifica esta exclusión en base a la siguiente consideración:

"El Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, debido a la fecha en la que se aprobó y al tratamiento uniformista y correctivo de las actividades que ofrece, ha dejado de ser el instrumento de intervención que dé satisfacción a las necesidades que actualmente deben atenderse."

En esta Ley no se contiene previsión alguna sobre emplazamiento de las actividades sometidas a su ámbito de aplicación, sino que antes al contrario lo que busca es que las referidas actividades no produzcan emisiones contaminantes, debiendo valorarse en el procedimiento la potencialidad de las emisiones y las medidas correctoras propuestas, teniendo por objeto tanto la autorización como la licencia ambientales objeto de la Ley, artículos 12 y 25, la prevención y reducción en origen de "las emisiones a la atmósfera, al agua y al suelo que produzcan las actividades correspondientes, incorporar a las mismas las mejores técnicas disponibles validadas por la Unión Europea y, al mismo tiempo, determinar las condiciones para una gestión correcta de dichas emisiones" [artículo 12.1.a) de la Ley para las autorizaciones y en términos análogos el 25 para las licencias].

18. La sentencia literalmente expresa lo siguiente: "1º. No puede traerse a favor del Plan impugnado la excepción que a la regla general de la distancia contiene el *artículo 15 del Reglamento 2414/1961,* ya que, como tal excepción, debe fundarse en razones justificadas y concretas, bastantes para hacer asumible el sacrificio del interés público que la regla resume."

En el presente caso, no existen razones justificadas para ese sacrificio, ya que la única que el Plan da para la localización que señala a la planta de tratamiento es sólo la de que allí existe una edificación construida (una "infraestructura existente" la llama el Plan) que se realizó en los años 1986-1989 y que costó unos 300 millones de pesetas. Ahora bien, como puede comprenderse, ésa no es razón que pueda oponerse sin más a los valores que protege la norma de distancia. Las razones meramente utilitarias o economicistas tienen, desde luego, su importancia, pero se exigen argumentos suficientes (que aquí no existen) para llegar al convencimiento de que es razonable la aplicación de la excepción que permite el artículo *15* al caso concreto.

En principio, no es un caso excepcional la existencia en un lugar determinado de una edificación "aprovechable", pues si así fuera la excepción se convertiría sin más en regla general.

En ningún caso se determina rígidamente un emplazamiento obligatorio, como distancia mínima respecto al casco de las poblaciones, sino que éste derivará de lo que se acredite en el procedimiento de otorgamiento de la autorización, en el que se evaluará lo relativo a la implantación de la actividad de que se trate.

5.2. Comunidad de Madrid

Rige la Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid.

De sus preceptos hemos de referirnos al artículo 12, relativo al análisis ambiental, con estudio de incidencia ambiental, y al artículo 15, cuyo apartado h) prevé, entre otras cuestiones objeto del estudio de incidencia ambiental, el análisis de las "Medidas previstas para prevenir, reducir y, en la medida de los posible, compensar cualquier efecto negativo sobre el medio ambiente derivado de la aplicación del plan o programa. Se acompañarán de un conjunto de indicadores que permitan realizar un análisis de su grado de cumplimiento de tales medidas y de su efectividad". Los artículos 22 y siguientes analizan el contenido del estudio de impacto ambiental, respecto a las actividades de los anexos segundo y tercero. Los artículos 41 y siguientes se refieren a la evaluación de impacto ambiental, respecto a las actividades previstas en el anexo 5 de la Ley, cuyo objeto se precisa en el artículo 47.2, que expresa que "El informe de evaluación ambiental de actividades determinará, únicamente a efectos ambientales, las condiciones con arreglo a las cuales podrá iniciarse la actividad, sin perjuicio de las demás licencias y autorizaciones administrativas que puedan ser necesarias".

La disposición adicional 4, norma ya aludida con anterioridad, prevé la inaplicación del RAMINP en la Comunidad de Madrid, al expresar: "A la entrada en vigor de esta Ley, quedará sin aplicación directa en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas."

Tampoco la Ley madrileña ha previsto una ubicación preestablecida para las actividades de la que pueda resultar una distancia predeterminada del casco de la población, sino que se tiene una especial atención a los estudios y evaluaciones ambientales, en las que se determinará la incidencia de la actividad proyectada en el medio ambiente, y a consecuencia de ello las medidas paliativas adecuadas para evitar focos de emisión. Es decir, antes que el alejamiento incide en la evaluación de la actividad, estudiando su potencialidad contaminante, y buscando enervar los efectos de la misma para convertirla en inocua.

5.3. Navarra

Rige la Ley foral 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental, cuya disposición adicional 3, también aludida con anterioridad, prevé lo siguiente: "A la entrada en vigor de esta Ley, quedará sin aplicación directa en el ámbito territorial de la Comunidad Foral de Navarra, el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas."

Su objeto primordial se desprende de lo que se expresa en su exposición de motivos, desarrollando lo establecido en la Ley básica del Estado 16/2002, que supedita el otorgamiento de la autorización ambiental integrada al cumplimiento de las condiciones ambientales requeridas, estableciendo "valores límite de emisión fijados con base en las mejores técnicas disponibles y con ellas se pretende controlar el impacto que determinadas actividades e instalaciones de elevado potencial contaminante pueden tener sobre el agua, el aire o el suelo".[19]

En el régimen previsto en la Ley la distancia de las actividades se toma en consideración a determinados efectos, como es en el anexo 3.c).a) en previsión de que las actividades incluidas en el mismo queden sometidas a la evaluación de impacto ambiental. Tales actividades son fundamentalmente extractivas o mineras, con incidencia paisajista en la extractiva, o por riesgos por subsidencia en las mineras. Sin embargo, no se prevé como técnica rígida o inflexible la del alejamiento del casco de las poblaciones como medida de protección ambiental, sino que se

19. Literalmente la exposición de motivos expresa lo siguiente:

"Se desarrolla y adapta a la Comunidad Foral de Navarra el régimen autorizatorio ya contenido en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, que transpuso la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre. Mediante la autorización ambiental integrada se supedita la instalación y funcionamiento de las instalaciones que se encuentran bajo su ámbito al cumplimiento de las condiciones ambientales que en ella se establezcan. Estas condiciones se sustancian en los valores límite de emisión fijados con base en las mejores técnicas disponibles y con ellas se pretende controlar el impacto que determinadas actividades e instalaciones de elevado potencial contaminante pueden tener sobre el agua, el aire o el suelo. Esta autorización sustituye al conjunto disperso de autorizaciones ambientales exigibles a estas instalaciones de acuerdo con la normativa sectorial vigente mediante su integración en un único acto autorizatorio. Además, se incorpora también la evaluación de impacto ambiental al procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada, en los casos de las actividades sometidas a ambos tipos de intervención."

deberá estar a la técnica de evaluación ambiental, y en función de la misma la incidencia que tiene la actividad en el medio, en función de las medidas correctoras empleadas, con diversos grados de protección.

5.4. Castilla y León

Rige la Ley 11/2003, de 8 de abril, de prevención ambiental de Castilla y León. Sus previsiones se desarrollan dentro del marco que constituye la legislación básica del Estado, la referida Ley 16/2002, de 1 de julio, siendo su objeto básico la regulación de la autorización ambiental integrada "para aquellas actividades con mayor incidencia sobre el medio ambiente" y la licencia ambiental regulada en el título III, que recoge la tradicional licencia de actividades clasificadas, siendo ésta una competencia municipal. Conforme a la Ley existen distintos grados de intervención administrativa, recogiendo determinadas actividades, en las que no se precisa autorización o licencia previa, previstas en el anexo V, en las que solo se requiere comunicación previa al ejercicio de la actividad. La síntesis de sus principios se encuentra en el apartado IV de su exposición de motivos.[20]

En esta Ley no se declara inaplicable el Reglamento de actividades molestas, no previendo ningún régimen especial sobre distancias de emplazamiento de las actividades clasificadas, lo que se difiere en la Ley, conforme a su disposición final tercera, al desarrollo reglamentario, al preverse que "la Junta de Castilla y León podrá regular reglamentariamente las condiciones de ubicación o las distancias mínimas a los efectos de la aplicación de la presente Ley". Tal desarrollo reglamentario no se ha producido por lo que continúa vigente el Decreto 159/1994, de 14 de julio, que desarrollaba la Ley 5/1993, de 21 de octubre. En el mismo no se contiene previsión alguna sobre distancias para el emplazamiento de actividades clasificadas.

De esta regulación puede entenderse, por un lado, que existe una vocación de llamada al régimen de distancias, al preverse un desarrollo reglamentario sobre la materia que no se ha producido. De esta forma ha de considerarse que la propia Ley ha reputado como relevante a efectos de protección ambiental una concreta ubicación de las actividades, lo que confiere un especial valor a lo establecido sobre el particular en el Reglamento de actividades molestas, cualquiera que sea el carácter que se le quiera dar a sus preceptos.

5.5. Comunidad Valenciana

Rige la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de prevención de la contaminación y calidad ambiental. Se parte en la misma como en las antecedentes normas anteriormente referidas de la absorción en nuestro ordenamiento de los principios del Derecho Comunitario europeo, constituido por la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y control integrados de la contaminación, incorporada a nuestro ordenamiento interno a través de la Ley 16/2002, de 1 de julio.

Si atendemos a su exposición de motivos, vemos cómo en un sistema similar a las precedentes normas "el núcleo fundamental de la Ley lo conforma la regulación de los tres procedimientos de intervención administrativa ambiental a los que deberán someterse las instalaciones donde se desarrollen alguna de las actividades incluidas en su ámbito de aplicación, de acuerdo con su incidencia ambiental. Estos instrumentos son: la autorización ambiental integrada, la licencia ambiental, y la comunicación ambiental".

20. Se transcribe para facilitar su consulta. En lo más relevante se expresa:

"Como novedad en nuestro ordenamiento autonómico, la Ley aborda la regulación de una autorización ambiental autonómica configurada como autorización ambiental integrada para aquellas actividades con una mayor incidencia sobre el medio ambiente. La Ley parte de la competencia de la Administración de la comunidad sobre dichas actividades, y establece, por ello, que el régimen autorizatorio y la intervención administrativa sobre dichas actividades sea esencialmente autonómico. Ahora bien, no se excluye la intervención de otras administraciones públicas con competencia sobre dichas actividades, sino que, afirmando la competencia autonómica principal sobre las mismas, se pretende lograr la colaboración y coordinación de otras administraciones públicas, como se materializa en el procedimiento para la obtención de la autorización ambiental o en la obligación de las entidades locales de informar de las deficiencias que aprecien en su funcionamiento.

"Por otra parte, la Ley regula el régimen de las denominadas actividades clasificadas en nuestro ordenamiento, sujetas de forma primordial al control y a la intervención administrativa de los ayuntamientos en cuyos términos municipales se ubiquen. En este aspecto, la Ley es heredera de la Ley 5/1993, de 21 de octubre, de actividades clasificadas de Castilla y León, que ha sido hasta la fecha la legislación de la comunidad en esta materia. Y, a su vez, esta normativa tiene su precedente en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre. A este régimen se sujetan, como ya sucede en la actualidad, la mayor parte de las actividades susceptibles de ocasionar molestias, alterar las condiciones de salubridad, causar daños al medio ambiente o producir riesgo para las personas o bienes."

La propia exposición viene a considerar que la Ley es desarrollo de la legislación básica del Estado, expresando sobre el particular que "la reserva estatal de la legislación básica sobre medio ambiente aconseja incardinar la Ley valenciana respecto a la estatal sobre la base de dos criterios fundamentales: la configuración de la legislación sobre actividades clasificadas como legislación de desarrollo de la estatal, y el carácter de requisitos mínimos que tienen los exigidos por el Estado respecto de los que pueda establecer la Generalitat".

En esta Ley no se contienen previsiones sobre el régimen de distancias, siendo en el procedimiento de autorización de la actividad en atención al carácter de la misma donde se determinarán los límites de emisión, y las garantías precisas para el funcionamiento para la actividad en la técnica común que dimana de la legislación básica del Estado.

La Ley considera inaplicable el título II del Reglamento de 30 de noviembre de 1961, sobre régimen jurídico, que se refiere fundamentalmente al régimen de otorgamiento de licencias. Desde esta perspectiva, se ha de considerar que en los demás aspectos el propio legislador valenciano está considerando de aplicación el Reglamento estatal.

Como conclusión, hemos de decir que no existe uniformidad en el tratamiento de esta cuestión, en cuanto que en las leyes anteriormente referidas –Cataluña, Madrid y Navarra– declaran sencillamente inaplicable el Reglamento de actividades molestas, lo que ciertamente no puede conciliarse con una calificación como básico del mismo, en tanto que en otras regulaciones –la de Castilla y León y Comunidad Valenciana, ya posteriores a la Ley estatal 16/2002, ésta sin duda alguna básica– se puede entender que existe un cierto grado de vigencia del Reglamento, lo que plantea graves problemas exegéticos, en cuanto que sus preceptos en cuanto a distancias pueden no ser fácilmente conciliables con la regulación actualmente vigente, y es harto dudoso que tal régimen de distancias pueda entenderse que constituye un nivel mínimo o común denominador normativo sobre el que quepa establecer niveles adicionales de protección por las comunidades autónomas, si no es que puede interpretarse que tal nivel adicional puede sustituir el régimen de distancias, no configurado, así, como mínimo e inamovible en cuanto que con otras técnicas preventivas o de corrección se pueda llegar a un nivel equivalente o superior de protección.

6. Reflexiones finales sobre la aplicación del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas

Todos los razonamientos precedentes se han efectuado con un deliberado fin, en sí mismo evidente, que es el análisis de si las previsiones del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas son de aplicación como legislación básica del Estado en la materia o en otro caso puede ser aplicable la legislación autonómica, que en algunos casos como hemos visto se antepone al propio Reglamento, al que sencillamente declara que no es de aplicación.

Al respecto, ha de decirse que tal posible interpretación como básico del Reglamento es en sí misma excluyente de otras que modulen este carácter de básico, pues tal condición básica, elemento nuclear, expresión del común denominador normativo establecido por el Estado, o mínimo si se quiere dados los términos en que se ha configurado en ocasiones la legislación básica en la materia por parte del Tribunal Constitucional, es excluyente de la posible existencia de otras legislaciones en la materia, alternativas o sustitutivas de aquélla, que pudieran haberse establecido por el legislador autonómico, pues lo que sea lo básico desplaza siempre la normativa autonómica, teniendo total primacía sobre la misma. Siendo ello así, se compagina mal este pretendido carácter básico con el hecho de que tres comunidades autónomas –Cataluña, Navarra y Madrid– declaren inaplicable el referido Decreto de 30 de noviembre de 1961, pues es obvio que su carácter básico impediría tal declaración de inaplicabilidad. Por otro lado, en la jurisprudencia que ha sido anteriormente comentada –sentencias de 1 de abril de 2004, 19 de julio de 2004, 27 de junio de 2007 y 11 de julio de 2007– siempre se ha afirmado que la vigencia del Reglamento en lo relativo a distancias lo es en cuanto que la legislación autonómica no tenga una potencialidad de protección no inferior al alejamiento de la actividad al núcleo de población al menos a una distancia de 2.000 metros. Esta interpretación a lo que nos llevaría es a que se ha efectuado como elemento definitorio de lo básico no la técnica de alejamiento, sino otro elemento, a determinar *ad casum*, que consistirá en determinar si tal nivel de protección es al menos equivalente al que brinda el Reglamento.[21] De esta manera lo básico no sería el alejamiento, sino un nivel de protección no inferior al que se desprende de tal ubicación a la expresada distancia de 2.000 metros.

21. Así se desprende del fundamento de derecho cuarto de la sentencia de 1 de abril de 2004, sobre la que existe un comentario de Santamaría Arinas en la revista *Justicia Administrativa*, 29, de 1 de octubre de 2005, bajo el título de "La técnica de alejamiento da actividades clasificadas en las comunidades autónomas y otras cuestiones suscitadas por la STS de 19 de julio de 2004".

Si, por otro lado, consideramos que la aplicación del Reglamento de actividades molestas, en lo que respecta a la Comunidad Foral de Navarra, lo es a tenor de la sentencia de 19 de julio de 2004 desde la propia voluntad del legislador navarro de no omitir la aplicación de esta norma,[22] se podrá concluir que realmente no nos encontramos en lo relativo a distancias de emplazamiento ante una norma básica, por más que se denomine así, sino de otro carácter, pudiera serlo supletoria,[23] pues de ser básico no requeriría una llamada a su aplicación por parte del legislador autonómico, pues de esta forma sería dispositivo para la comunidad autónoma su aplicación –este argumento es, por otro lado, complementario en la sentencia, no constituyendo su auténtica *ratio decidendi*, si bien en este trabajo se ha querido explicar a los efectos de desarrollar la cuestión objeto de análisis–. Por otro lado, como ya hemos referido, en la actual Ley vigente en Navarra, Ley foral 4/2005, de 22 de marzo, se ha expresado que bajo el imperio de la Ley derogada, tampoco se encontrara vigente el Reglamento, si bien se trata de una interpretación en la exposición de motivos que carece de carácter vinculante, y menos de forma retroactiva.

De esta forma, el carácter básico del Reglamento en la materia que nos ocupa es harto dudoso, si estamos a la auténtica naturaleza de los conceptos empleados y no a su mera denominación.

Además de las precedentes consideraciones pueden efectuarse las siguientes, que permiten cuestionarnos el carácter de básico de las normas del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas:

1. El propio carácter de la legislación básica del régimen de distancias, aun con los vaivenes de la jurisprudencia constitucional, si bien mayoritariamente, según analizamos en el apartado 3 precedente, se inclina por una consideración como legislación de mínimos que permita el establecimiento de normas adicionales de protección por las comunidades autónomas en los términos que se desprenden del artículo 149.1.23 de la Constitución española, se compagina mal con el establecimiento de una norma estanca que impone rígidamente una ubicación a una distancia de 2.000 metros del casco de la población, y ello por más que exista una interpretación flexible de tal norma del artículo 4, en cuanto cabe su excepción a través de la pertinente justificación motivada de la inexistencia de perturbación medioambiental en el correspondiente proyecto, en los términos que se desprenden del artículo 15 y 20 del propio Reglamento. En todo caso, esta interpretación no es de mínimos, sino más bien de detalle, en cuanto que está cohonestando el artículo 4 con los propios supuestos de excepción previstos en los artículos 15 y 20, lo que viene a constituir un sistema normativo en sí mismo completo que impide el establecimiento de otras posibles normas de protección eficaces por parte de las comunidades autónomas.

2. La naturaleza del Reglamento de actividades molestas, como norma reglamentaria, autónoma, no de desarrollo legislativo, que carece de la necesaria habilitación por norma con rango de Ley, viene a impedir una consideración maximalista de sus disposiciones, pues por más que respecto a los reglamentos preconstitucionales no se exija en la jurisprudencia constitucional que reúnan los requisitos exigidos en la actualidad para las normas reglamentarias, pudiendo incluso tener el carácter de normas básicas del Estado –conforme a la jurisprudencia constitucional ya citada, de la que destaca la sentencia anteriormente referida 33/2005–, es lo cierto que su propio carácter hace que tengamos que poner muchos interrogantes a una aplicación omnímoda del mismo, por la excepcionalidad de la aplicación de esta doctrina frente a las exigencias constitucionales ordinariamente exigidas para la normativa básica, que se compagina mal con la naturaleza de la norma reglamentaria que nos ocupa. En este sentido ha de tenerse en cuenta que ya incluso en el momento en que se dictó el Reglamento su contenido era ampliamente cuestionado en cuanto que venía a constituir una limitación en potestades municipales autónomas, al incidir en competencias

22. La sentencia literalmente expresa lo siguiente:

"El Reglamento de actividades clasificadas 2414/1961, de 30 de noviembre, EDL 1961/1963, es de aplicación en Navarra, ya que la propia Ley foral 16/1989, de 5 de diciembre, de actividades clasificadas y control para la protección del medio ambiente, EDL 1989/14945, parte, en su exposición de motivos, de la total vigencia y efectividad en Navarra de aquel Reglamento, y llama en su apoyo las competencias que la Ley orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del régimen foral, atribuye a la comunidad autónoma en su artículo 57.c), EDL 1982/9792, para el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de medio ambiente y ecología, y en su artículo 58.h), EDL 1982/9792, para la ejecución de la legislación del Estado en materia de vertidos industriales y contaminantes.

"La propia exposición de motivos de la Ley 16/1989, EDL 1989/14945, dice que su finalidad es 'actualizar y desarrollar la normativa vigente' (no, por lo tanto, una regulación *ex novo*), en especial 'en los aspectos referentes a las facultades inspectora y disciplinaria de la Administración', todo lo cual indica bien a las claras la voluntad del legislador navarro de desarrollar, y sólo en aspectos parciales, aquel Reglamento estatal."

23. En favor de la consideración de la norma de distancias como supletoria y no como básica se pronuncia Iñigo Lazcano Brotons en *Revista de Administración Pública,* número 70 de 2004, que publica un artículo del autor con la denominación de "Licencia de actividad y distancia mínima de dos mil metros aplicación judicial y problemas competenciales".

tradicionalmente municipales relativas al otorgamiento de licencias de apertura, también en esta materia de actividades clasificadas, y ello teniendo en cuenta, desde la consideración de la potestad de ordenanza de las corporaciones locales, que supone un límite a través de un reglamento autónomo a dicha potestad desde la consideración de que el único límite a las mismas conforme lo establecido en los artículos 108 del Texto refundido de la Ley de régimen local de 1955 serían las leyes y reglamentos ejecutivos de las mismas.[24]

3. La aplicación del Reglamento supone una suerte de congelación de una norma, que podía dar respuesta a los problemas suscitados en el momento en que fue dictada, pero que posiblemente al momento actual puede entenderse que se encuentra superada, tanto desde el estado de la evolución técnica y científica actual como por los nuevos cauces de intervención administrativa, con especial incidencia en la recepción del Derecho Comunitario –piénsese por ejemplo en la muy relevante institución de la evaluación del impacto ambiental, o en la autorización ambiental integrada que eran desconocidos al momento de dictarse el Reglamento de actividades molestas.

La pervivencia de esta norma es debido al hecho de que el legislador estatal no ha dictado normas básicas en la materia tras la entrada de la Constitución –¿por mero olvido o por considerar no básico el régimen de distancias?–, o quizás mejor debemos decir que tal legislación viene constituida por la Ley 16/2002, de 2 de julio, de prevención y control integrado de la contaminación, norma que no contiene previsión alguna sobre las distancias de emplazamiento, posiblemente por analizar la protección del ambiente desde técnicas distintas, como es la atención que destina a los valores límites de emisión y mejoras técnicas disponibles a que se refiere su título II. Aun cuando el artículo 11 de la Ley se sigue refiriendo a la procedencia de la obtención de la licencia de actividades clasificadas regulada en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, ello no puede entenderse como un llamamiento a una plena aplicación de sus preceptos, sino con el carácter que se deduzca de una interpretación conjunta del ordenamiento con especial consideración a las normas autonómicas dictadas en la materia.

No podemos, por contra, pensar en una suerte de congelación del contenido del Reglamento cuando las normas surgidas con posterioridad se han olvidado del mismo, habiendo seguido la evolución legislativa un contenido distinto, con olvido de las normas sobre distancias. En este sentido, el contenido del RAMINP puede ser asistemático con la regulación contenida en las diversas normas de las comunidades autónomas y la nueva concepción medioambiental en la materia.

4. La técnica de alejamiento de las poblaciones –inexistente en el Derecho Comunitario europeo, objeto de transposición por la reiterada Ley 16/2002, de 2 de julio– puede considerarse en la actualidad hasta cierto punto superada. En definitiva, subyace en la misma la idea de que ante la imposibilidad de paliar los riegos inherentes a las emisiones contaminantes, o si se quiere, utilizando la terminología del RAMINP, la molestia, insalubridad o nocividad que de la misma se deriva, de lo que se trata es de alejar la actividad evitando la concreción en las poblaciones de tales riesgos. Se trata por lo tanto de una técnica rígida e impeditiva de un análisis exhaustivo de las medidas correctoras efectuadas, siendo así que diversas normas autonómicas –a las que se hizo anteriormente referencia– han virado en el sentido de buscar la no-producción de las emisiones, debiendo constatarse en el procedimiento de otorgamiento de la licencia que queda debidamente garantizada la preservación del medio. Se trataría, pues, no de alejar un foco contaminante, sino de conseguir que tal foco quede enervado en su potencialidad emisora.

5. Ha de tenerse en cuenta, según se analizó anteriormente, que la técnica de emplazamiento es urbanística, y por tanto de competencia autonómica, si bien limitada por la protección del medio ambiente, competencia básica estatal, la primacía de ésta sobre aquélla puede conciliarse si tal emplazamiento, a través del análisis de las medidas correctoras y garantías de todo tipo del funcionamiento de la actividad permiten garantizar la inexistencia de factores de riesgo ambiental.

6. Es dudoso que en este caso el silencio del legislador estatal postconstitucional pueda entenderse como pervivencia del RAMINP en su propio contenido, si se tiene en cuenta que se ha pronunciado reiteradamente en materias cohonestadas con la que nos ocupa, así en la tan citada Ley 16/2002, de 2 de julio, habiendo hecho total caso omiso del tema que nos ocupa, con lo que esta preterición podría

24. En este sentido se analizaba la cuestión de los límites a la potestad de ordenanza de los municipios por parte de Antonio Embid Irujo en su obra *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, publicada por el Instituto de Estudios de Administración Local en el año 1978, y ello interpretando el término "disposiciones generales" del citado artículo 108 de la LRL en el sentido de que tales disposiciones no podían sino ser reglamentos ejecutivos de las leyes, no los reglamentos autónomos, como era el caso del Reglamento que nos ocupa.

también entenderse como el entendimiento de que las distancias al casco de la población no constituyen un elemento básico, permitiendo el Estado, aunque sólo sea por omisión, que diversas comunidades autónomas legislen sobre la materia, declarando incluso inaplicable el RAMINP, norma esta que diversos autores consideran ya superada. En este sentido podemos citar a Blanca Lozano Cutanda,[25] que expresa respecto al Reglamento que el mismo se encuentra completamente desfasado, teniendo como causas el desarrollo del moderno Derecho Ambiental, que ha generado gran número de leyes que han modificado o desplazado la regulación del Reglamento[26] así como la estructura descentralizada del Estado que se ha motivado ante la inacción legislativa estatal que las comunidades autónomas hayan procedido a desarrollar la materia, sin esperar a la existencia de una regulación autonómica en la materia, todo lo cual ha generado una diversidad de regimenes. Mas a los efectos que ahora nos ocupan, todo ello es expresivo de la dificultad de seguir concibiendo las prescripciones del Reglamento de actividades molestas como normas básicas. La existencia de estas normas sectoriales es precisamente demostrativa del carácter meramente residual de las prescripciones del Reglamento, en cuanto que los niveles de protección del medio ambiente se concretan en los específicos ámbitos de regulación específica, que son en tales materias las normas básicas del Estado.

7. Conclusión

La caracterización como normas básicas de los preceptos sobre distancias del Decreto de 30 de noviembre de 1961 resulta cuando menos discutible, y ello por todos los argumentos que se han dado anteriormente, que no es necesario ahora reproducir. Por el contrario, dada la diversidad de regulaciones que existen por parte de las comunidades autónomas, en algunas de las cuales se declara sin más inaplicable el Reglamento, deberá entenderse que su naturaleza –siempre en el tema de las distancias que nos ocupa, lo que no empece a otro carácter en otros posibles aspectos de su regulación– resulta conceptuada mejor como supletoria. No obstante al no existir uniformidad en esta materia, por ser diferente el contenido de la legislación de las comunidades autónomas, deberá analizarse la normativa de aplicación en cada caso, por cuanto que en determinados supuestos la propia legislación de las comunidades autónomas permite interpretar que asumen el establecimiento de un régimen de distancias en el emplazamiento de las actividades clasificadas que nos ocupan, y en este caso deberá determinarse desde la propia interpretación que efectúa la jurisprudencia del Tribunal Supremo que anteriormente ha sido comentada, si la propia legislación autonómica vigente conlleva a la aplicación del Reglamento de actividades molestas en la materia objeto de análisis, en cuanto que de ésta se deduzca, sea por determinación expresa, o por que se infiera de su propio contenido, la relevancia del régimen de distancias.

Existe, pues, una diversidad normativa, no pudiendo llegarse a una conclusión general sobre la aplicación del régimen de distancias, sino que será de un análisis de las propias normas de las comunidades autónomas desde donde deba llegarse a una conclusión sobre el particular, teniendo siempre en cuenta que éstas en los casos que han sido enumerados, sin contestación alguna en normas del Estado, que se ha abstenido de legislar sobre el régimen de emplazamientos, declaran inaplicable el Reglamento.

En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido objeto de análisis con anterioridad conlleva a una gran flexibilidad en la aplicación del régimen de distancias establecido, en cuanto que éste se puede configurar como una norma de segundo grado para el caso de que las propias normas de las comunidades autónomas no lleven a un nivel equivalente de protección al que resulta de la aplicación del régimen de distancias, lo que exigirá para la exclusión del mismo ponderar el nivel de protección que deriva de tal protección y, por otro lado, siempre cabrá la exclusión del régimen de distancias mínimas establecido en el Reglamento, conforme a la doctrina que dimana de sus artículos 15 y 20 si motivadamente existen razones justificadas que permitan tal separación del régimen general de distancias.

25. En *Derecho Ambiental Administrativo*, Editorial Dykinson, 5ª edición, p. 406.

26. Se citan en la obra referida anteriormente, la Ley de protección del ambiente atmosférico, Ley 38/1972, de 22 de diciembre, extrayéndose otras de la consideración ambiental como son las prescripciones sobre condiciones en los centros de trabajo a que se refiere el artículo 18, y un amplio elenco de sistemas autorizatorios al margen de lo establecido en el Reglamento, como son las autorizaciones mineras, Ley 22/1973, de 21 de julio; las autorizaciones de actividades potencialmente lesivas del dominio público hidráulico, Ley de aguas, de 2 de agosto de 1985; las de la Ley de costas, de 28 de julio de 1988; las de eliminación de residuos, Ley 10/1988, de 21 de abril, etc.

8. Epílogo

Ya cerrada la edición del presente trabajo,[27] ha sido objeto de publicación la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, cuya disposición derogatoria transcrita en la precedente nota deroga de forma condicionada el Reglamento, subsistiendo vigente en las comunidades autónomas que no tengan aprobada normativa sobre la materia. Por ello, puede entenderse que todas las conclusiones a que se ha llegado anteriormente siguen vigentes, en cuanto el Reglamento persiste como norma supletoria, en tanto que las comunidades autónomas no aprueben normas específicas sobre emplazamientos, con lo que permanecen respecto a las mismas todas las consideraciones a que se ha llegado en el presente estudio. Respecto a las comunidades con legislación propia, ha cogido plena carta de naturaleza la conclusión a que se llegaba respecto a las mismas de dar primacía a la legislación propia de estas comunidades, y la dificultad de considerar como legislación básica el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, frente a la propia decisión en contrario de la legislación específica de dichas comunidades. ■

27. Nunca ha sido más cierta la conocida frase del jurista alemán Kirchmann de que "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura", y ello porque con posterioridad al cierre de este trabajo se ha publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de fecha 16 de noviembre de 2007 la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, cuya disposición derogatoria única expresa que:

"Queda derogado el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre.

"No obstante, el citado Reglamento mantendrá su vigencia en aquellas comunidades y ciudades autónomas que no tengan normativa aprobada en la materia, en tanto no se dicte dicha formativa."

Con esta disposición publicada un día después de impartirse la ponencia, y cuyo contenido no hemos conocido obviamente sino con posterioridad, ciertamente se ha superado la cuestión doctrinal de aplicación del Reglamento en las comunidades autónomas que cuenten con legislación propia en la materia, ya que la Ley, sin más, declara respecto a estas comunidades derogado el Reglamento, siempre coincidiendo con la tesis que habíamos mantenido, y respecto a las demás comunidades subsiste la vigencia del mismo, en tanto que no se dicte legislación en la materia. Ciertamente con esta derogación se viene, al menos, a corroborar la idea que hemos mantenido a lo largo del trabajo sobre la necesidad de dar preponderancia a la legislación de las comunidades autónomas en la materia, lo que corrobora todo lo que veníamos expresando en la ponencia sobre la obsolescencia de los preceptos del Reglamento de actividades desde su consideración como legislación básica

ESTUDIOS

QDL

9. Los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente

José Antonio Razquin Lizarraga
Director del Servicio de Asesoría Jurídica del Gobierno de Navarra

1. Introducción.
2. Marco general.
3. La Ley 27/2006: aspectos comunes.
4. Acceso a la información ambiental.
4.1. Finalidad: asegurar un amplio acceso a la información ambiental. 4.2. Sujetos: público y autoridades públicas. 4.3. Contenido: definición de información ambiental. 4.4. Procedimiento. 4.5. Los límites al ejercicio del derecho: excepciones. 4.5.1. Solicitudes abusivas o manifiestamente irrazonables. 4.5.2. Documentos o datos inconclusos. 4.5.3. La protección de los datos personales.
5. Participación pública en asuntos ambientales.
5.1. Ámbito y régimen jurídico del derecho a participar. 5.2. Sujetos. 5.2.1. Los titulares del derecho a participar: público y persona interesada. 5.2.2. Las autoridades públicas. 5.3. Contenido o garantías del derecho de participación pública. 5.4. La efectividad de la participación: modalidades participativas. 5.5. Consecuencias del incumplimiento del derecho de participación pública.
6. Acceso a la justicia.
6.1. La importancia de la garantía judicial: la inexistencia de acción pública en materia ambiental. 6.2. El acceso a la justicia respecto de la información y de la participación pública. 6.3. El acceso a la justicia en defensa de la legalidad ambiental: acción popular restringida a las ONG ambientales.
7. Reflexión final: un avance en la progresiva consolidación del derecho a un medio ambiente adecuado que precisa de efectividad.

1. Introducción

El protagonismo de los ciudadanos y la participación de la comunidad en los asuntos públicos es un factor clave del actual sistema democrático. Más allá de la tradicional democracia representativa, se reclama una administración pública abierta, transparente y democrática, al servicio de los derechos y valores y eficaz.[1]

La posición central de la sociedad civil, con un papel más activo de la ciudadanía en los asuntos públicos, tiene especial relevancia en materia de medio ambiente, en razón del carácter colectivo de los bienes afectados y del derecho-deber de los ciudadanos a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45 de la Constitución española). La implicación y participación ciudadana en los asuntos ambientales es un factor esencial para la realización del derecho a un medio ambiente adecuado y saludable, así como para la materialización del desarrollo sostenible,[2] exigiendo una nueva cultura y actitud administrativa que supere los esquemas formales y se oriente hacia la efectividad.

Este protagonismo de la sociedad entraña importantes ventajas, como son: 1) Favorece la racionalidad y aceptación de las decisiones, contribuyendo a su acierto con decisiones mejor fundadas, más razonadas y de mayor consenso, basadas en un mejor conocimiento de los intereses o deseos del público y una mejor información de los problemas, mediante la identificación de una pluralidad de intereses; 2) Dota de legitimidad a la actuación administrativa, reforzando la gobernanza y la democracia participativa y promoviendo la transparencia en la gestión y la responsabilidad ante los ciudadanos, actuando como instrumento de control de la gestión pública y un medio para combatir la corrupción,[3] y 3) Promueve la concienciación y el aprendizaje social sobre los problemas ambientales, de suerte que una base de sensibilización y capacidad sociales propiciará la implicación ciudadana.[4]

Como señaló Martín Mateo, la dimensión participativa propicia nuevos instrumentos para la mejora de las técnicas ambientales, tratándose de implicar activamente a los ciudadanos en la defensa de los intereses que tiene encomendados la Administración, suministrando a ésta una más amplia cobertura para las competencias a su cargo y estimulándola a la vez para el desempeño de sus funciones gestoras; una de ellas es el derecho de acceso a la información ambiental. La participación, en cuanto control social, fomenta la eficacia de la Administración, y se manifiesta a través de los distintos trámites de encuesta o consulta y también mediante el control judicial.[5]

Los pilares o derechos del acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia, caracterizadores de la denominada *democracia ambiental*, están interconectados entre sí: la información es presupuesto inexcusable de los otros dos derechos, ya que sin ella éstos resultan vacíos; la participación articula la intervención de la sociedad informada en los procesos de toma de decisión en asuntos medioambientales; y el acceso a la justicia garantiza la recta aplicación y eficacia de estos dos derechos, que sin ella son papel mojado, y la defensa de la legalidad ambiental, siendo importantes aquéllos para la interposición de los recursos.

Los tres pilares o derechos se erigen como un principio básico y general del Derecho global ambiental, proclamado en la Declaración sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, adoptada en la Conferencia de Río de 1992, cuyo principio 10 dice así:

"El mejor modo 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 encierran peligro en 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. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes."

1. Véase J. JORDANO FRAGA, "La Administración en el Estado ambiental de derecho", RAP, 173, 2007, p. 101-141.

2. Así lo indica el Convenio de Aarhus en su parte expositiva, que destaca el carácter instrumental de los derechos de información, participación y justicia en materia ambiental "para estar en condiciones de hacer valer este derecho y de cumplir con ese deber". La Declaración Ministerial de Malmö de 2000, en su apartado "La sociedad civil y el medio ambiente", declara, entre otros aspectos: "14. La sociedad civil desempeña una función de importancia crítica con respeto a las cuestiones ambientales" y "17. Debe reforzarse a todos los niveles la función de la sociedad civil mediante la libertad de acceso a la información ambiental, la amplia participación en la adopción de decisiones ambientales y el acceso a la justicia en relación con las cuestiones ambientales. Los gobiernos deben crear las condiciones que faciliten la capacidad de todas las partes para tener una voz y desempeñar una función activa en la creación de un futuro".

3. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 21 de octubre de 2003 y ratificada por el Instrumento de ratificación de 9 de junio de 2006 (BOE 171, de 19 de julio de 2006), recoge la información pública (artículo 10) y la participación (artículo 13) como instrumentos para combatir la corrupción.

4. A estas ventajas aluden tanto la parte expositiva del Convenio de Aarhus como el considerando (3) de la Directiva 2003/35/CE.

5. *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Trivium, Madrid, 1994, p. 17 y 23-35.

Para la aplicación de este principio programático se adoptó en el seno de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas el Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales, hecho en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio de 1998 (conocido como "Convenio de Aarhus").[6] Este Convenio ha sido aprobado por la Comunidad Europea y ratificado por España. Para su aplicación la Comunidad Europea articuló tres directivas; dos de ellas ya aprobadas, las directivas 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, relativa al acceso a la información medioambiental, y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo, sobre la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente, y que modifica, en cuanto a participación y acceso a la justicia, las directivas 85/337/CEE (sobre evaluación de impacto ambiental) y 96/61/CE (sobre prevención y control integrado de la contaminación) del Consejo; y está pendiente la propuesta de Directiva sobre acceso a la justicia en materia de medio ambiente. La propia Unión Europea ha adoptado el Reglamento (CE) 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre, sobre 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.

En España, ya la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (que transpone la Directiva 2001/42/CE), anticipó el pilar de participación pública.[7] Poco después, la Ley 27/2006, de 18 de julio, ha regulado los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Esta Ley viene a aplicar el Convenio de Aarhus y las directivas comunitarias en la materia,[8] y al tiempo se presenta como un desarrollo del artículo 45 de la Constitución española.

El análisis de estos tres derechos reconocidos en la Ley 27/2006 va a realizarse partiendo del contexto general, para después abordar los aspectos comunes y específicos de cada uno de estos derechos. Un estudio que ha de ceñirse a los aspectos sobresalientes, en particular destacando las novedades respecto de la legislación precedente, que es derogada o modificada.[9]

2. Marco general

La Ley 27/2006 se sitúa dentro de un contexto general en el que destacan, en lo que ahora interesa, tres vectores: la idea de gobernanza, los derechos humanos y la sustantividad y reconfiguración del procedimiento. Tres ideas que están conectadas entre sí, pues las dos primeras no son entendibles la una sin la otra y el procedimiento es el cauce para la materialización de ambas.[10]

La gobernanza entraña un nuevo estilo de gobierno basado en los principios de apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia; propiciando cambios orientados hacia un mayor grado de participación y apertura con más transparencia e inteligibilidad y a facilitar una información actualizada y en línea sobre la elaboración de las políticas en todas las etapas del proceso de decisión, reforzando la interacción con los organismos regionales y locales y la sociedad civil.[11] La Declaración de Johannesburgo sobre desarrollo sostenible, de 4 de septiembre de 2002, asume en su punto 30 el compromiso para reforzar y mejorar la gobernanza a todos los niveles para la efectiva implantación de la Agenda 21, de los objetivos del Desarrollo del Milenio y del Plan de Implantación de Johannesburgo. Por tanto, también ha de irradiarse al campo ambiental, donde se habla de la gobernanza ambiental.[12]

6. Véase S. STECH y S. CASEY-LEFKOWTIZ, *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, Naciones Unidas, Ginebra-Nueva York, 2000 (accesible en internet). También J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, "El Convenio de Aarhus", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 670, 2005.

7. Puede consultarse J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, "Evaluación ambiental estratégica de planes y programas", E. ALONSO GARCÍA y B. LOZANO CUTANDA (dirs.), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, p. 640-651.

8. La disposición final cuarta de la Ley 27/2006 señala que "por medio de la presente Ley se desarrollan determinados derechos y obligaciones reconocidos en el Convenio (de Aarhus) y se adapta el ordenamiento jurídico vigente a las disposiciones contenidas en la Directiva 2003/4/CE y en la Directiva 2003/35/CE".

9. Véase el estudio de la ley citada de J. A. RAZQUIN LIZARRAGA y A. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, al que me remito.

10. Véase la Recomendación 1614 (2003) de 27 de junio de 2003, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el medio ambiente y los derechos humanos. La Declaración de Lucca, adoptada en la reunión de las Partes de la Convención de Aarhus (de 22 de octubre de 2002), destaca la conexión entre buena gobernanza y esos derechos.

11. *Libro blanco sobre la gobernanza europea*, COM (2001) 428 final, Bruselas, 25 de julio de 2001.

12 El artículo 89 de la Ley de la Comunidad Valenciana 4/2004, de 30 de junio, de ordenación del territorio y protección del paisaje, determina los principios de gobernanza, incluyendo la participación de los ciudadanos en las fases de decisión sobre políticas, planes y programas territoriales y la accesibilidad a la información por todos los ciudadanos.

El segundo vector es el derecho-deber al disfrute de un medio ambiente adecuado, reconocido como principio rector en el artículo 45 de la Constitución, que conecta con los derechos humanos y se califica como derecho de tercera o última generación en progresiva consolidación.[13]

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha reconocido la dimensión ambiental (*greening*) de los derechos humanos, en particular del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), relativo al derecho a la vida privada y familiar y al domicilio, al declarar que éste puede incluir un derecho a ser protegido frente a las violaciones graves contra el medio ambiente, ya que éstas pueden afectar al bienestar de una persona y privarle de su domicilio perjudicando su vida privada o familiar, aun cuando no se pusiera en grave riesgo su salud (a partir de la STEDH de 9 de diciembre de 1994, asunto López Ostra contra España, apartado 51).[14] Esta doctrina ha sido acogida por el Tribunal Constitucional[15] y por el Tribunal Supremo,[16] admitiendo la protección refleja o indirecta del medio ambiente en conexión con los artículos 15 y 18 de la Constitución a través del recurso de amparo y del proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

La protección del medio ambiente aparece entre los derechos recogidos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales de Niza de 2000 (artículo 37). Y en el ámbito interno, las recientes reformas estatutarias han incluido en el catálogo de derechos, con distintas fórmulas, el derecho a un medio ambiente equilibrado, sostenible y saludable,[17] así como el derecho al acceso a la información medioambiental,[18] por lo que ambos se configuran como "derechos estatutarios".

Más aún, el TEDH ha señalado, con ocasión de un asunto ambiental, que el artículo 8 del CEDH tiene dos aspectos, material y procesal: en el primero, el Tribunal puede apreciar el contenido material de la decisión de las autoridades internas para asegurar que es compatible con el artículo 8, y en el segundo, puede estudiar el proceso de decisión a fin de verificar si se han tenido debidamente en cuenta los intereses del individuo (STEDH, Sección 3ª, de 10 de noviembre de 2004, caso Taskin contra Turquía, parágrafo 115).[19] Esta STEDH, que menciona entre las normas el Convenio de Aarhus, destaca la dimensión procedimental, al decir que:

"118. El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia constante, incluso si el artículo 8 no incluye ninguna condición procesal explícita, es necesario que el proceso de decisión que desemboca en medidas de injerencia sea equitativo, y respete como es debido los intereses del individuo protegidos por el artículo 8 (ver, *mutatis mutandis*, la sentencia McMichael contra Reino Unido de 24 de febrero de 1995, serie A, núm. 307-B, pg. 55, ap. 87). Procede, por tanto, examinar el conjunto de los elementos procesales, concretamente el tipo de política o de decisión en juego, la medida en la que se tuvieron en cuenta los puntos de vista de los individuos a lo largo del proceso de decisión, y las garantías procesales disponibles (Hatton y otros anteriormente citada, ap. 104). De ello no se deduce, sin embargo, que no se puedan adoptar decisiones sino en presencia de datos exhaustivos y comprobables en todos los aspectos de la cuestión a resolver.

"119. Cuando un Estado trata cuestiones complejas de política medioambiental y económica, el proceso de decisión debe ante todo incluir la realización de las investigaciones y estudios apropiados, para prevenir y evaluar por anticipado los efectos de las actividades que puedan perjudicar al medio ambiente y lesionar los derechos de los individuos, permitiendo así el establecimiento de un equilibrio justo entre los

13. A. E. PÉREZ LUÑO, *La tercera generación de derechos* humanos, Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra y Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006. Recientemente, el presidente del Tribunal Supremo F. J. HERNANDO SANTIAGO, en el discurso pronunciado en el acto de apertura del año judicial el 17 de septiembre de 2007 y accesible en la web del Consejo General del Poder Judicial bajo el título "Los derechos de 'última generación'".

14. A las que siguen, entre otras, las STEDH de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra contra Italia); (Gran Sala) de 8 de julio de 2003 (caso Hatton contra Reino Unido), y de 16 de noviembre de 2004 (caso Moreno Gómez contra España).

15. STC 119/2001, de 29 de mayo y 16/2004, de 23 de febrero.

16. Entre otras, STS de 10 de abril de 2003 (RJ 2003, 4920), de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 5366) y de 12 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2580).

17. Artículos 14.2 de la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril (reforma del Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana); 27 de la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio (reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña); 23 de la Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero (reforma del Estatuto de autonomía de las Illes Balears); 28 de la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril (reforma del Estatuto de autonomía de Andalucía), y 18 de la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril (reforma del Estatuto de autonomía de Aragón).

18. Artículos 27.3 de la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio (reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña); 28.3 de la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril (reforma del Estatuto de autonomía de Andalucía), y 18.3 de la Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril (reforma del Estatuto de autonomía de Aragón).

19. La STEDH declara la vulneración de los derechos al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio) y a un proceso equitativo (artículo 6.1 del Convenio), con ocasión de la concesión de una licencia de explotación de unas minas de oro, que fue anulada por un tribunal interno tras los estudios que revelan que el uso del cianuro sódico en la mina conlleva riesgos para el ecosistema local, la salud y la seguridad humanas, sin que se ejecute la sentencia por la Administración. Puede consultarse su texto en la web del TEDH, y su versión en castellano en Thomson-Aranzadi, TEDH 2004/85, que es la recogida en el texto.

diversos intereses que concurren (Hatton y otros, previamente citada, ap. 128). La importancia del acceso público a las conclusiones de estos estudios, así como a las informaciones que permiten evaluar el peligro al que se expone, no deja lugar a dudas (ver, *mutatis mutandis* sentencias Guerra y otros contra Italia, de 19 de febrero de 1998, Repertorio 1998-I, pg. 223, ap. 60, y McGinLey y Egan contra Reino Unido, de 9 de junio de 1998, Repertorio 1998-III, pg. 1362, ap. 97). Por último, los individuos afectados deben también poder interponer un recurso ante los tribunales contra cualquier decisión, acto u omisión, si consideran que no se han tenido suficientemente en cuenta en el proceso de decisión sus intereses o sus alegaciones (ver, *mutatis mutandis* Hatton y otros, previamente citada, ap. 127)."

En esta línea, con referencia al artículo 45 de la Constitución, García Macho indicó que no es exclusivamente un derecho de prestación, sino que ha de considerarse también como un derecho procedimental, para lo que se crea un sistema de normas dirigidas a la participación del ciudadano en la defensa del medio ambiente, que da origen a un derecho colectivo al medio ambiente adecuado.[20]

La dimensión procesal afecta a la Administración y a sus técnicas y procedimientos de actuación, pues se impone un nuevo enfoque derivado del pragmatismo y obligada efectividad de los nuevos derechos procedimentales en el campo ambiental.[21] En particular, reclama una revitalización y transformación del procedimiento administrativo,[22] que supere el tradicional modelo unidimensional y formal, propiciando métodos específicos para situaciones y escenarios de enorme complejidad a los efectos de la aplicación del Derecho –como es el caso del planeamiento–, en los que se está ante una verdadera producción normativa, aunque subordinada, y no ante una aplicación mecánica y deductiva, para lo que en primer lugar ha de diseñarse un modelo o método de carácter procedimental.[23] El procedimiento adquiere sustantividad propia y debe configurarse de forma más plural y dinámica como cauce de participación del ciudadano en los asuntos públicos,[24] en una administración deliberativa especialmente en ámbitos ordenados por normas de programación finalista, concurriendo los ciudadanos a la definición del interés general, haciendo permeable la relación entre los gobernantes y los ciudadanos y permitiendo el control social de las distintas actuaciones.[25] Por tanto, el procedimiento ha de cumplir varias funciones: subjetiva o garantista, objetiva o cognoscitiva y participativa o democrática en defensa de la colectividad.[26] Así el proceso de evaluación ambiental estratégica requiere un modelo distinto, lo que conduce hacia un "modelo comunicativo" del procedimiento como espacio de intercambio de información.[27]

Esta revitalización del procedimiento con un nuevo modelo plurifuncional y comunicativo, que incorpore los tres pilares de información, participación y justicia, es un factor esencial para la realización de los valores, objetivos y derechos, como son el derecho a un medio ambiente adecuado y el principio del desarrollo sostenible.

20. R. García Macho, "El principio rector medio ambiente y la protección del ciudadano frente a los ruidos", en la obra colectiva dirigida por F. Sosa Wagner, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 3434-3436.

21. J. Jordano Fraga, "La Administración en el Estado ambiental de derecho", *op. cit.*, p. 125-126.

22. Como ha señalado con carácter general L. Martín Rebollo, en el prólogo al libro de R. Rivero Ortega, *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 17, "El Derecho es hoy, sobre todo y cada día más, procedimiento. Porque el procedimiento es lo que garantiza la legalidad, el acierto y la oportunidad en la toma de decisiones. Porque el procedimiento garantiza el cumplimiento de los valores plasmados en la ley al aplicarla. Y, sobre todo, porque el procedimiento permite un mejor control de la actividad pública".

23. E. Schmidt-Assmann, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos" y "El método de la ciencia del Derecho Administrativo", en Barnes, J., *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, especialmente p. 70-101 y 170-172.

24. Así lo destaca la jurisprudencia en asuntos ambientales. La STS de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5195) sobre el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque de la Sierra y Cañanes de Guara, declara: "El Plan cumple además otra finalidad, cual es la prevista en el artículo 6, permitir la audiencia de los interesados, la información pública y la consulta de los intereses sociales afectados, trámites que deben formar parte del procedimiento de elaboración del Plan" y es "también un elemento de participación de los ciudadanos en la protección del medio ambiente y de integración y audiencia de todos los intereses afectados, tal como resulta del procedimiento que para su elaboración establece el artículo 6 de la LCEN".

25. E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 358-372, se refiere al nuevo sesgo en la concepción del procedimiento administrativo tradicional, centrado en su carácter instrumental y accesorio del Derecho material, que adquiere sentido propio por su relevancia para los derechos fundamentales y cauce de una opinión pública informada, destacando las ideas de transparencia y control que conducen a una orientación hacia el procedimiento o procedimentalización del Derecho.

26. Véase J. M. Castellá Andreu, *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración pública (un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 2001, p. 365-366.

27. J. Barnes, "Sobre el procedimiento administrativo: evaluación y perspectivas", en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, *op. cit.*, en particular p. 271 y 286.

3. La Ley 27/2006: aspectos comunes

La Ley 27/2006 reconoce los tres pilares o derechos procedimentales en materia de medio ambiente: acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia (artículo 1). Se trata de una legislación casi toda ella básica, una norma de mínimos que asegura un común denominador normativo, que puede ser mejorado por la legislación autonómica.

Los rasgos más destacables de la regulación común de la Ley 27/2006 son los siguientes:

a) Reconoce los tres derechos, que están interrelacionados entre sí, en un mismo texto normativo.

b) Esta regulación tiene carácter transversal u horizontal, por lo que se aplica a todos los ámbitos o sectores del medio ambiente. Dado su carácter específico en materia de medio ambiente, puede solaparse con otras leyes que contienen regulaciones generales (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común) o para ámbitos concretos (Ley de bases del régimen local) de estos derechos. Las determinaciones de la Ley 27/2006 se superponen a las anteriores, comportando una mejora o avance sobre la normativa general, de suerte que no entrañan merma de los derechos ya reconocidos.

c) Los tres derechos reconocidos tienen carácter instrumental al servicio de la realización del derecho a un medio ambiente adecuado.[28] Así lo expresa el inciso inicial del artículo 3 de la Ley 27/2006, cuando reconoce un catálogo de derechos en los tres pilares "para hacer efectivos el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el deber de conservarlo". Por tanto, el legislador ha desarrollado o derivado estos tres derechos procedimentales del artículo 45.1 de la Constitución.

d) La institucionalización por la ley de estos tres derechos los configura como derechos públicos subjetivos, de carácter legal, que, en los términos de la Ley 27/2006, vinculan a todos los poderes públicos y pueden hacerse valer ante la Administración y los órganos judiciales a través de los cauces ordinarios procedentes (artículo 53.3 de la CE), sin estar cubiertos, en principio, por la máxima protección de la vía de amparo.[29] Por tanto, se reconocen situaciones jurídicas activas, derechos efectivos, en cuanto susceptibles de tutela judicial.[30]

Junto a la dimensión individual o subjetiva, en cuanto derechos públicos subjetivos que pueden ser ejercidos por sus titulares frente a las autoridades públicas, estos derechos tienen también una dimensión institucional u objetiva, ya que son un instrumento vital para la protección del medio ambiente en cuanto bien colectivo o de interés general de toda la comunidad.

Además, el artículo 3 de la Ley 27/2006 configura cada uno de los tres pilares como "derecho de derechos", ya que determina el haz de facultades que los integran mediante la elevación a la categoría de derechos del contenido esencial de cada uno de ellos.

e) La idea de efectividad de estos derechos, derivada de la conexión del artículo 45 de la CE con los postulados de participación real y efectiva del artículo 9.2 y la transparencia y participación ciudadana del artículo 105 de la Constitución,[31] se refleja a lo largo de distintos preceptos de la Ley 27/2006. Sólo unos

28. Así lo indica la exposición de motivos de la Ley 27/2006, cuando dice:

"en la medida en que se reconocen derechos que contribuyen a hacer efectivos los derechos, pero también los deberes, proclamados en el artículo 45 de la Constitución, constituyen una herramienta decisiva para reforzar la participación de la sociedad civil en el proceso político de toma de decisiones, ya que la implantación de un modelo de desarrollo sostenible depende, en buena medida, de la efectiva participación de la sociedad civil en el proceso político decisorio, de manera que durante el debate se hayan tenido en cuenta las informaciones y aportaciones que haya podido realizar cualquier persona interesada y en el resultado final sean palpables y tangibles las preocupaciones y consideraciones de carácter medioambiental.

"Esta idea, expresamente recogida en la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, cuyo principio número 10 establece que la mejor manera de gestionar los asuntos ambientales es contar con la participación de todos los ciudadanos, encuentra su razón de ser última en la necesidad de avanzar hacia la transformación del modelo de desarrollo, basada en planteamientos democráticos que postulan la participación activa, real y efectiva de la sociedad civil como única vía para, en primer lugar, legitimar las decisiones que se hayan de adoptar y, en segundo lugar, garantizar su acierto y eficacia en el terreno práctico."

29. Cfr. la STC 119/1995, de 17 de julio, sobre la participación a través de la información pública en el planeamiento urbanístico.

30. F. LÓPEZ RAMÓN, "Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente", REDA, 95, 1997, p. 347.

31. Así lo señala claramente la exposición de motivos de la Ley 27/2006, que comienza diciendo: "El artículo 45 de la Constitución configura el medio ambiente como un bien jurídico de cuyo disfrute son titulares todos los ciudadanos y cuya conservación es una obligación que comparten los poderes públicos y la sociedad en su conjunto. Todos tienen el derecho a exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección del medio ambiente, para disfrutar del derecho a vivir en un medio ambiente sano. Correlativamente, impone a todos la obligación de preservar y respetar ese mismo medio ambiente. Para que los ciudadanos, individual o colectivamente, puedan participar en esa tarea de protección de forma real y efectiva, resulta necesario disponer de los medios instrumentales adecuados, cobrando hoy especial significación la participación en el proceso de toma de decisiones públicas. Pues la participación, que con carácter general consagra el artículo 9.2 de la Constitución, y para el ámbito administrativo el artículo 105, garantiza el funcionamiento democrático de las sociedades e introduce mayor transparencia en la gestión de los asuntos públicos."

derechos prácticos y efectivos pueden contribuir a la protección y mejora del medio ambiente.[32]

f) Finalmente, el contenido y régimen de estos tres derechos son los establecidos en la Ley 27/2006, como deja claro el inciso inicial del artículo 3, cuando dispone que "todos podrán ejercer los siguientes derechos en sus relaciones con las autoridades públicas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el artículo 7 del Código Civil". Son derechos legales y limitados que han de ejercerse en los términos y condiciones señalados por la Ley 27/2006, que apela expresamente al principio de buena fe y a la proscripción del abuso de derecho.

4. Acceso a la información ambiental

Es lógico que el primero de los derechos reconocidos en la Ley 27/2006 sea el acceso a la información ambiental. En efecto, la información es vital para la democracia[33] y en particular es un presupuesto indispensable para el ejercicio de los otros dos derechos. Sólo un público debidamente informado puede intervenir de forma activa y adecuada en la defensa del medio ambiente, tanto a través del ejercicio del derecho a la participación como mediante la interposición de recursos.

Junto a las regulaciones generales del derecho a la información, tanto común como local, la Ley 27/2006 regula el acceso a la información ambiental, antes regulado en la Ley 38/1995, que es derogada. Tanto la Directiva 93/313/CEE como la Ley 38/1995 supusieron un paso adelante, en especial sobre el régimen restrictivo de la Ley 30/1992,[34] pero en su aplicación se apreciaron dificultades y trabas que exigían su revisión y mejora. La nueva regulación es la más amplia respecto a los otros dos derechos y aplica y transpone en términos correctos el Convenio de Aarhus y la Directiva 2003/4/CE.

4.1. Finalidad: asegurar un amplio acceso a la información ambiental

La Ley 27/2006, partiendo de la experiencia anterior, trata de asegurar el más completo acceso a la información ambiental, superando las dificultades y obstáculos apreciados bajo la regulación precedente y en la práctica.[35] El objetivo es que toda persona, sin discriminación ni exigencia o traba alguna, pueda obtener la información ambiental que desee.

El acceso a la información ambiental tiene dos modalidades: la activa, consistente en la difusión de la información ambiental por las autoridades públicas; y la pasiva, o el acceso a la información mediante solicitud. Esta segunda constituye un derecho, mientras que la primera es una obligación impuesta a las administraciones públicas.

La Ley 26/2007, aunque se centra en el derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud, refuerza la modalidad de difusión, cuya importancia conviene resaltar por la conexión que tiene con la anterior, ya que la difusión permite identificar informaciones que pueden ser de interés para ejercer el derecho de acceso y, cuando permite el acceso, evita el ejercicio del derecho mediante petición. Por ello, esta difusión es obligatoria y se pretende su mejora, en aras de calidad de la información, referida a su valor y no a su cantidad, por lo que la información divulgada ha de ser relevante, sistematizada, comprensible, comparable, actualizada, sistemática y accesible.[36]

El derecho de acceso a la información ambiental puede ejercerse antes, durante y después de cual-

32. Como han recogido los medios de comunicación, los expertos participantes en el portal "¿Para qué sirve el Derecho Ambiental?", del IX Congreso Nacional de la Abogacía celebrado en Zaragoza en septiembre de 2007, instaron a la Administración y a los tribunales a aplicar el Derecho Ambiental.

33. James Madison, uno de los padres de la Constitución y presidente de Estados Unidos, escribía en 1822 (*Letter to William Taylor Barry)* lo siguiente: "Un gobierno de elección popular sin información del pueblo o sin los medios para adquirir dicha información, no es sino el prólogo a una farsa o a una comedia o tal vez a ambas. El conocimiento siempre gobernará por encima de la ignorancia y un pueblo que desee ser su propio gobierno debe armarse con el poder que otorga el conocimiento." Como indicara M. SÁNCHEZ MORÓN, "El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente", RAP, 137, 1995, p. 31-32, la información al ciudadano sobre las actividades de la Administración y sobre los datos y documentos que ésta posee y pueden afectar a sus intereses es una exigencia elemental del Estado democrático de derecho.

34. Véase M. SÁNCHEZ MORÓN, "El derecho de acceso a la participación en materia de medio ambiente", *op. cit.*, p. 31-56.

35. A diferencia del ámbito comunitario europeo, no existió aquí un informe sobre la aplicación de la Ley 38/1995 y se carece de datos estadísticos sobre el ejercicio de este derecho (personas que lo ejercen, número de solicitudes, tipo de información, actuación administrativa, etc.). Sin embargo, una fuente para conocer esa realidad son los informes anuales del Defensor del Pueblo, en los que se da cuenta de las quejas elevadas a dicha institución en relación con el ejercicio de este derecho, destacando el retraso en la respuesta y las limitaciones o excepciones al suministro de la información.

Aunque referido a la normativa general comunitaria, puede consultarse el libro verde "Acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea. Revisión" (COM (2007) 185 final, Bruselas, 18 de abril de 2007), que también incluye referencias al marco específico en materia ambiental.

36. Así la Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo, sobre la iniciativa INSPIRE, que tiene como objetivo la creación de una infraestructura de datos espaciales en Europa.

quier procedimiento en el que se quiera participar por el solicitante de la información. El carácter independiente y separado de este derecho no impide su ejercicio en el curso de procedimientos respecto de información o documentación elaborada u obrante en ellos, sino que opera también en ellos para posibilitar un cabal ejercicio del derecho de participación.[37]

Además del contenido del derecho, se establecen también obligaciones generales de las autoridades públicas en materia de información ambiental, dirigidas a facilitar el ejercicio del derecho y una información de calidad, entre las que destacan la asistencia e información previas, el fomento del uso de las tecnologías de información y de las telecomunicaciones y el principio de agilidad en la tramitación y resolución de solicitudes de información ambiental (artículo 5 de la Ley 27/2006).

4.2. Sujetos: público y autoridades públicas

El titular del derecho de acceso a la información es el público y los obligados son las autoridades públicas. Es preciso, por tanto, perfilar ambas nociones.

El público es "cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones y grupos constituidos con arreglo a la normativa que les sea de aplicación" (artículo 2.1 de la Ley 27/2006). Esta definición, que ha de distinguirse de la de "público interesado" o "persona interesada", se refiere al conjunto de los ciudadanos y de sus asociaciones y agrupaciones. Es, por tanto, más amplia que las nociones de interesado e incluso ciudadano, pues comprende a toda persona física o jurídica de forma general e indiscriminada, al prohibirse la discriminación por razón de nacionalidad, domicilio o sede [artículo 3.1.a) de la Ley 27/2006].

Los obligados son las autoridades públicas, cuya definición, a efectos de este derecho de acceso a la información, amplía la previsión anterior y comprende dos bloques o tipos: en primer lugar, los gobiernos, administraciones públicas, órganos públicos consultivos y las corporaciones de Derecho público y demás personas físicas y jurídicas cuando ejerzan, con arreglo la legislación vigente, funciones públicas, incluidos los notarios y registradores (artículo 2.4.1 de la Ley 27/2006); y en segundo, las personas cuando tienen responsabilidades públicas, ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las anteriores autoridades públicas (artículo 2.4.2 de la Ley 27/2006). En el primer bloque no se exige la relación con el medio ambiente y el segundo, que pretende abordar el fenómeno de la privatización y los nuevos métodos de prestación de servicios públicos tradicionales, incluye a personas privadas como son las sociedades mercantiles públicas, los contratistas o concesionarios, los servicios de interés general regulados o las empresas de certificación o auditoría cuando sus actividades tengan relación con el medio ambiente. Quedan fuera las autoridades legislativas y judiciales, pero sólo cuando desempeñen tales funciones (artículo 2.4.3 de la Ley 27/2006).[38]

Para facilitar el ejercicio del derecho, las administraciones públicas elaborarán listas de autoridades públicas en atención a la información ambiental que obre en su poder, que serán públicamente accesibles [artículo 5.1.c) de la Ley 27/2006].

El público, una vez que presenta una petición de información, se convierte en solicitante, con lo que adquiere, a efectos del derecho de información, la condición de interesado (artículo 2.7 de la Ley 27/2006).

4.3. Contenido: definición de información ambiental

Ante todo, el contenido u objeto del derecho de acceso a la información está constituido por la información, y no por el documento. Con ello se distingue entre la información y el documento o soporte de la misma, pues el acceso se refiere a la información y no a los documentos, esto es, esté o no recogida en un documento,[39] lo que lo separa del acceso a documentos o archivos administrativos, por lo que

37. Este aspecto general e instrumental de este derecho respecto del derecho de participación en procedimientos concretos se recoge expresamente en la reforma de la Directiva 85/337/CEE llevada a cabo por la Directiva 2003/35/CE que remite a la Directiva 2003/4/CE. El auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de enero de 2007, que suspende a petición de la Administración del Estado el acuerdo autonómico de aprobación, supeditada a correcciones formales, de un plan parcial, alude al derecho de los particulares y de las administraciones al acceso a los documentos e información, entendiendo que la remisión del artículo 15 del Texto refundido de la Ley de aguas a la Ley 38/1995 ha de ser ahora a la Ley 27/2006.

38. Se trata de una exclusión funcional, como indicó la STJCE de 9 de septiembre de 1999 (C-217/1997, Comisión/Alemania, apartados 20 a 24).

39. Esta cuestión se ha planteado en el ámbito comunitario europeo en el recurso interpuesto por una asociación belga sin ánimo de lucro contra la denegación por el Consejo de información sobre un punto del orden del día de la reunión de un comité que tenía como título "OMC-Desarrollo sostenible y comercio después de Cancún". La sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de abril de 2007 (T-264/04, WWF European Policy Programme/Comisión) no entra a considerar el Reglamento (CE) 1367/2006, por ser posterior, en el que se fundaba la identidad entre documento e información, y declara en cuanto al Reglamento (CE) 1049/2001 lo siguiente (apartado 76): "En segundo lugar, de la jurisprudencia resulta que debe hacerse una distinción entre el concepto de documento y el de información. El derecho de acceso del público a un documento de las instituciones sólo se refiere a los documentos, y no a la información entendida de forma más general, y no implica para las instituciones el deber

no es preciso que los datos o documentos figuren en un expediente ni que correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

El carácter abierto del medio ambiente, que se califica como concepto jurídico indeterminado,[40] dificulta una definición cerrada o estática, por lo que la Ley 27/2006 establece una noción amplia de información ambiental mediante una fórmula enumerativa y abierta que trata de extender y completar la noción de la normativa anterior. De acuerdo con su artículo 2.3, se considera información ambiental toda información cualquiera que sea su forma o soporte (escrito, visual, electrónica o cualquier otra forma) y que verse sobre alguno de los elementos o categorías siguientes: 1) La situación de los elementos ambientales, con una amplia lista no exhaustiva, sino ejemplificativa y abierta, que incluye, como mayor novedad, la diversidad biológica y sus elementos, incluidos los organismos modificados genéticamente; 2) Los factores o agentes físicos o naturales que inciden o pueden incidir sobre los elementos del medio ambiente contemplados en la primera categoría; 3) Las medidas como políticas, normas, planes, programas, acuerdos y actividades que afecten a las dos categorías precedentes; 4) Los informes sobre ejecución de la legislación medioambiental; 5) Análisis coste-beneficio y otros análisis y supuestos económicos utilizados en las tomas de decisiones, lo que destaca la importancia de la economía en el medio ambiente, y 6) El estado de la salud y la seguridad de las personas, a la que sigue una lista enunciativa que se conecta con las tres primeras categorías, lo que recoge la conexión entre salud y medio ambiente señalada por el TEDH y establecida en el artículo 174.1 del Tratado de la Comunidad Europea.[41]

Por ello, la información ambiental presenta dos caracteres:

a) Forma universal: la forma o soporte en que esté la información es indiferente, como muestra la Ley 27/2006 al referirse a varias formas que cierra con la mención de en cualquier otra forma.

b) Amplitud de la definición: ya que comienza con la referencia a "toda" la información, lo que comprende cualquier información ambiental y además esa noción se concreta mediante más categorías, mayores descripciones y listas más completas que en la legislación anterior. Por tanto, una definición amplia, pero no omnicomprensiva o ilimitada (STJCE de 17 de junio de 1998, C-321/96, Mecklenburg).

A ellas ha de añadirse la disponibilidad de la información, que ahora comprende tanto la información que obre en poder de las autoridades públicas y haya sido elaborada o recibida por ellas como la poseída por otras autoridades en su nombre (definiciones de los apartados 4 y 5 del artículo 2 de la Ley 27/2006).

4.4. Procedimiento

La Ley 27/2006 fija unas exigencias básicas o mínimas que permiten configurar un procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental.[42]

Con carácter previo, se reconoce al público el derecho a ser asesorado para el correcto ejercicio del derecho y a ser asistido en la búsqueda de información [artículo 3.1.b) y c) de la Ley 27/2006]; así como se fijan obligaciones generales para las administraciones públicas a fin de facilitar la práctica de este derecho (artículo 5 de la Ley 27/2006).

El procedimiento se inicia con la petición de una persona cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o sede mediante una solicitud, a presentar por escrito o por medios electrónicos, que no está sujeta a formalidad alguna y en la que no se está obligado a declarar un interés o motivo determinado [artículo 3.1.a) de la Ley 27/2006]. Basta, por tanto, la identificación del solicitante y de la autoridad pública a la que se dirige y la expresión de la información solicitada, que no podrá ser indeterminada o genérica, pues ello constituye una limitación al acceso. Ahora bien, pueden añadirse otros contenidos opcionales a la solicitud, como son la forma o soporte en que se desea que se suministre la información y el calendario en que se precise la información si se desea utilizar en un procedimiento en

de responder a cualquier solicitud de información de un particular (véase, por analogía, el auto del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 1999, Meyer/Comisión, T-106/99, Rec. p. II-3273, apartados 35 y 36). Ciertamente, de la sentencia Consejo/Hautala, citada en el apartado 50 *supra*, se desprende que la Decisión 93/731/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, relativa al acceso del público a los documentos del Consejo (DO L 340, p. 43), que precedió al Reglamento 1049/2001, no se refería únicamente a los documentos que como tales obraban en poder de las instituciones, sino también a los elementos de información contenidos en estos documentos (apartado 23 de la sentencia). Sin embargo, el acceso a los elementos de información, en el sentido de dicha sentencia, sólo puede garantizarse si tales elementos figuran en documentos, lo que presupone la existencia de éstos".

40. STC 102/1995, de 22 de junio, FJ 4. Recientemente, J. Jaria i Manzano, *El concepte constitucional de medi ambient*, CPU-Reus y Universitat Rovira i Virgili, Reus, 2006, p. 33-36.

41. Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, "Estrategia europea de medio ambiente y salud" (COM/2003/338 final); así como las conclusiones del Consejo de 27 de octubre de 2003 sobre esta estrategia (DO C 268, de 7 de noviembre de 2003).

42. En el ámbito de la Administración General del Estado, ésta podrá reservarse la resolución de las solicitudes de información ambiental que reciban las autoridades públicas del artículo 2.4.2, cuando desempeñen responsabilidades públicas, funciones públicas o servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo su autoridad (disposición adicional cuarta de la Ley 27/2006).

marcha, así como también los documentos específicos que se desean obtener. En todo caso, el incumplimiento de los requisitos no da lugar a la denegación automática de la petición, sino que debe requerirse la subsanación por el solicitante antes de superar el plazo general para el suministro de la información [artículo 10.2.a) de la Ley 27/2006].

Uno de los aspectos esenciales del procedimiento es el plazo para satisfacer la petición de información; cuestión que ha sido, según los informes del Defensor del Pueblo, una de las quiebras en la realización de este derecho, pues las autoridades en muchos casos exceden el plazo de respuesta e incluso contestan con el silencio. Por ello, a este aspecto ha prestado especial atención la nueva regulación, fijando las reglas siguientes:

a) El solicitante tiene derecho a recibir la información solicitada en los plazos legales [artículo 3.1.d) de la Ley 27/2006]; es decir, a que le sea suministrada la información en dichos plazos, y no a que se conteste a su solicitud.

b) El plazo para suministrar la información ha de ser breve, de acuerdo con el principio de agilidad [artículo 5.1.f) de la Ley 27/2006]. En efecto, la información ha de ser facilitada lo antes posible, lo que se concreta con la fijación de dos plazos: un plazo ordinario de un mes, lo que supone reducir a la mitad el anterior plazo de dos meses; y un plazo extraordinario, por tanto excepcional, de dos meses, en casos de volumen o complejidad de la información solicitada que impidan cumplir el plazo general y previa información de la ampliación al solicitante [artículo 10.2.c) de la Ley 27/2006]. En estos plazos, ordinario o ampliado, debe bien suministrarse la ampliación o bien comunicarse la denegación motivada de la solicitud de información.

El solicitante tiene derecho a que la información le sea suministrada en la forma o soporte indicada en la solicitud [artículo 3.1.e) de la Ley 27/2006]; salvo cuando se trate de información ya difundida en un determinado formato de fácil acceso al solicitante o que la autoridad pública considere razonable facilitar la información en otro formato de manera justificada (artículo 11 de la Ley 27/2006).

Las autoridades públicas pueden exigir una contraprestación económica por el suministro de información; contraprestación que es facultativa y sólo cabe cuando se suministre la información, esto es, no por la denegación, debiendo informarse de las tasas o precios y exenciones previstas a los solicitantes [artículos 3.1.g) y 15 de la Ley 27/2006]. Esta posible exigencia de una contraprestación económica no puede constituir un obstáculo o disuasión al ejercicio del derecho, por lo que su importe ha de ser razonable; en el ámbito de la Administración General del Estado están exentos del pago de la tasa las entregas de copias de menos de veinte páginas de formato DIN A4 y el envío de información por vía telemática [disposición adicional primera, apartado 6.b), de la Ley 27/2006].

4.5. Los límites al ejercicio del derecho: excepciones

La Ley 27/2006 dispone determinadas limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental, al fijar las excepciones que pueden dar lugar a la denegación total o parcial de las solicitudes de información. Las excepciones han centrado la problemática práctica para el adecuado ejercicio de este derecho, por lo que la nueva regulación ha prestado especial atención a ellas, incorporando novedades.

Dado que la regla general es el acceso lo más amplio posible a la información ambiental, estas limitaciones son objeto de regulación específica y se caracterizan con determinadas notas para evitar un límite desproporcionado o injustificado a la práctica del derecho. Estas notas son las siguientes:

a) El carácter posible o facultativo de las excepciones, que podrán ser establecidas o aplicadas, sin que tengan carácter obligatorio o necesario.

b) La naturaleza tasada de las excepciones, de suerte que no cabe aplicar limitaciones que no están expresamente previstas en la Ley 27/2006; sin que, por ello, sea posible irradiar a este campo los límites previstos en la Ley 30/1992.

c) La interpretación y aplicación restrictiva de estos límites, en cuanto que son una excepción al principio u objetivo general de máxima apertura o acceso a la información (artículo 13.4 de la Ley 27/2006).

d) Las exigencias procedimentales para aplicar las excepciones, ya que es necesario el análisis concreto o caso por caso de la información solicitada para examinar si concurre un motivo de excepción, si no existe un interés superior que justifique la divulgación, si es posible el suministro parcial y, en último término, ponderar la aplicación del motivo en el supuesto concreto teniendo en cuenta los dos intereses en conflicto, el interés atendido por la divulgación y el interés atendido con la denegación (artículo 13.4 de la Ley 27/2006); exigencias que han de plasmarse en la obligada motivación, que ha de ser específica y no puede responder a modelos estereotipados (artículo 16.6 de la Ley 27/2006).[43] Sólo de esta manera se dará cumplimiento efectivo a las exigencias legales y los solicitantes podrán ejercer adecuadamente su derecho a los recursos.

43. Aunque referida a la regulación general en el ámbito comunitario (Reglamento CE 1049/2001), es de interés la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de septiembre de 2007 (T-36/04, API/Comisión), apartados 51 a 63.

Las excepciones han sido ahora definidas de forma más precisa y se agrupan en dos bloques:

a) El primer bloque comprende las excepciones referidas a la disponibilidad de la información, a cuestiones procedimentales y a la confidencialidad de la actuación pública (artículo 13.1 de la Ley 27/2006). Son las siguientes: 1) La falta de disponibilidad de la información, por no obrar en poder de la autoridad a la que se ha solicitado, que en tal caso ha de reenviar la solicitud a la autoridad competente si la conoce o informar al solicitante de cuál pudiera ser la autoridad pública a la que tiene que dirigirse; 2) Las solicitudes manifiestamente irrazonables o abusivas, sin que ello pueda confundirse con el volumen o complejidad de la información solicitada, lo que puede dar lugar a la ampliación del plazo para el suministro; 3) La formulación de la solicitud en términos demasiado generales, que da lugar a la exigencia de subsanación al solicitante; 4) La solicitud referida a material en curso de elaboración o a documentos o datos inconclusos, y 5) Solicitud referida a comunicaciones internas, teniendo en cuenta el interés atendido por la revelación.

b) El segundo bloque de excepciones tiene como finalidad preservar otros bienes o intereses jurídicamente protegibles, habiéndose restringido la anterior regulación mediante tres medidas: la referencia a "extremos" y no la anterior genérica a expedientes, una mayor concreción de los motivos y la exigencia de que el análisis a llevar a cabo deba ponderar de forma especial que tales bienes resulten dañados o perjudicados por la divulgación de la información (artículo 13.2 de la Ley 27/2006). Los límites de este segundo bloque surgen, por tanto, cuando la revelación afecta negativamente a los aspectos siguientes: 1) La confidencialidad de los procedimientos prevista en una ley, como es el caso de las deliberaciones del Consejo de Ministros, que son secretas (artículo 5.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), o las materias "clasificadas" de acuerdo con la Ley de secretos oficiales; 2) Las relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública; 3) Las causas o asuntos sujetos a procedimiento judicial o en trámite ante los tribunales, al derecho de tutela judicial efectiva o a la capacidad para realizar una investigación penal o disciplinaria, debiendo indicarse en el primer caso el órgano judicial ante el que se tramitan, por lo que su finalidad es preservar o no perjudicar la buena marcha de la justicia, los derechos de los justiciables y las necesidades de las investigaciones en curso;[44] 4) La confidencialidad de datos de carácter comercial e industrial cuando esté prevista en la Ley o en la normativa comunitaria para proteger intereses económicos legítimos, con la finalidad de asegurar las reglas de la libre competencia, como prevén las leyes de evaluación de impacto ambiental (artículo 8 del Real decreto legislativo 1302/1986, de 25 de junio), de prevención y control integrado de la contaminación [artículos 12.1.d) y 16.3 de la Ley 16/2002, de 1 de julio] y sobre organismos modificados genéticamente (artículo 20 de la Ley 9/2003, de 25 de abril); 5) Los derechos de propiedad intelectual o industrial salvo que el titular haya consentido la divulgación; 6) Carácter confidencial de los datos personales, tal como se regulan en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de los datos de carácter personal, cuando la persona interesada no haya consentido en su tratamiento o revelación; 7) Los intereses o la protección de un tercero que haya facilitado voluntariamente la información sin estar obligado a ello por la legislación vigente, salvo que haya consentido su divulgación, y 8) La protección del medio ambiente al que se refiere la información solicitada, en particular la relativa a la localización de especies amenazadas o sus lugares de reproducción.

Finalmente, no pueden aplicarse las excepciones 1, 4, 6, 7 y 8 del segundo bloque cuando concurre un interés superior, como es la revelación de la información relativa a las emisiones al medio ambiente (artículo 13.5 de la Ley 27/2006).

Es conveniente detenerse en algunas de estas excepciones, para reflejar la problemática y conflictividad planteadas en su aplicación práctica, así como ofrecer criterios para su adecuada aplicación.

4.5.1. Solicitudes abusivas o manifiestamente irrazonables

Se trata de una excepción ya prevista en la normativa anterior, sobre la que existen algunos pronunciamientos judiciales, que pueden orientar sobre su

44. En ese sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de marzo de 2003 (RJCA 2000, 1912) reconoce el derecho de acceso a la información a una asociación naturalista respecto de un procedimiento sancionador, por entender que no se justifica que su revelación ponga en peligro los derechos o intereses de terceros o la propia investigación. Aunque referida a similares excepciones en el Reglamento (CE) 1049/2001, es de interés la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 2006 (T-391/03 y T-70/04, Franchet y Byk/Comisión), en la que se destaca el "objetivo consistente en garantizar el acceso del público a los documentos relativos a eventuales irregularidades cometidas en la gestión de los intereses financieros con el fin de brindar a los ciudadanos la posibilidad de controlar de una manera más eficaz la legalidad del ejercicio del poder público".

aplicación, teniendo en cuenta su finalidad de impedir solicitudes que sean abusivas, esto es, contrarias a la buena fe o que supongan un uso antisocial del derecho,[45] por afectar de forma grave y negativa al funcionamiento de la Administración.

La STS de 4 de abril de 2006 (RJ 2006, 4467) desestima el recurso interpuesto por una organización ecologista contra la denegación por un ayuntamiento de la petición de información con carácter mensual y permanente sobre datos acerca de emisiones en una planta incineradora de residuos sólidos urbanos, pues, si bien entiende –en contra de la sentencia recurrida– que la información futura no es una información genérica, la pretensión es abusiva en razón de una reiterada y numéricamente generalizada solicitud de información en relación con el funcionamiento de la propia Administración, de suerte que la generalización en la utilización del derecho pudiera llevar a su desnaturalización por abuso, añadiendo que las peticiones permanentes y de datos de medición periódica obligatoria han de encauzarse no a través de la individualizada comunicación de dicha información general sino de la denominada *difusión periódica de información ambiental*.

Asimismo, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1559/2006, de 26 de septiembre (JUR 2007, 167229), desestima el recurso de una asociación de vecinos por no haber contestado a su reclamación sobre el cumplimiento de la Ley de espectáculos públicos y actividades recreativas, declarando que (fundamento tercero):

"Hemos de pronunciarnos sobre el carácter 'manifiestamente abusivo' –o no– de la información solicitada por la asociación recurrente del Ayuntamiento de Madrid, pese al carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las excepciones previstas al derecho de información establecido en la normativa que nos ocupa. Es evidente que la concreta petición de la recurrente incluso en los términos en que se formula, en sí misma y aisladamente considerada, pudiera no ser considerada como abusiva; pero, a la vista de los términos en que el derecho se configura, una reiterada y numéricamente generalizada solicitud de información medioambiental podría convertirla en abusiva en relación con el funcionamiento de la propia Administración.

"Esto es, la propia generalización en la utilización de este derecho a la información –que obviamente no lo es sólo de la recurrente– es el que llevaría a su desnaturalización por abuso, pues no debe olvidarse que el artículo 3.1 de la Directiva 90/303 lo reconoce a 'cualquier persona física o jurídica que lo solicite y sin que dicha persona esté obligada a probar un interés determinado', e, incluso, en términos más amplios, el artículo 1 de la Ley 38/1995.

"La solución, cuando de peticiones permanentes y de datos de mediación periódica obligatoria se trate, hemos de encontrarla, no a través de la individualizada comunicación de la mencionada información general, contemplada en los artículos 3 y 4 de la Directiva, así como 3, 4 y 5 de la Ley, sino a través de la denominada 'Difusión periódica de información ambiental', que se contempla en los artículos 6 y 7 de la Directiva, así como 6 de la Ley 38/1995. En tal sentido, la Directiva comunitaria de reiterada cita señala que 'los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para asegurar que la información relativa al medio ambiente en poder de organismos con responsabilidades públicas en materia de medio ambiente y bajo el control de las autoridades públicas se divulgue en los mismos términos y condiciones que los establecidos en los artículos 3, 4 y 5, bien a través de la autoridad pública adoptarán las medidas necesarias para facilitar al público información de carácter general sobre el estado del medio ambiente, utilizando medios tales como la publicación periódica de informes descriptivos'.

"Lo que se quiere decir es que, si bien el derecho a la información puede reconocerse –individualmente– cuando de solicitudes puntuales se trate, tal derecho se transforma en un derecho a la difusión periódica medioambiental cuando el contenido de la información pretendida sean datos de información periódica medioambiental de obligada medición por parte de las administraciones públicas. No deja de ser significado que la nueva Directiva 2003/4/CE señala en el apartado 9 de su preámbulo que 'es necesario asimismo que las autoridades públicas difundan y pongan a disposición del público en general, de la forma mas amplia posible la información medioambiental, especialmente por medio de las tecnologías de la información y de las comunicaciones', añadiendo que 'debe tenerse en cuenta la evolución futura de estas tecnologías en los informes y revisiones de la presente Directiva'.

"Por su parte, en el apartado 14 se modula dicho derecho a la información medioambiental, 'si resulta accesible al público en otra forma o formato o si resulta razonable hacer que sea accesible en otra forma o formato'; y en el 15 se añade que 'los estados miembros deben fijar las modalidades prácticas de puesta a disposición efectiva de la información. Estas modalidades garantizarán un acceso fácil y efectivo a

45. Téngase en cuenta la regla general del ejercicio de los derechos con arreglo al artículo 7 del Código Civil (principios de buena fe y no abuso de derecho) que dispone el inciso inicial del artículo 3 de la propia Ley 27/2006.

la información y su progresiva puesta a disposición del público mediante redes públicas de telecomunicaciones, incluyendo listas públicamente accesibles de las autoridades públicas y registros o listas de información medioambiental que obre en poder de las autoridades públicas o de otras entidades en su nombre'. En el 16 se hace referencia a que 'la divulgación de la información debe ser la norma general', insistiéndose, en fin, en tales aspectos divulgativos, fundamentalmente a través de las nuevas tecnologías en los siguientes apartados 20 y 21. La Ley 27/2006 ha reformulado esta excepción, de suerte que, en caso de se considere la petición genérica, no procede la denegación automática, sino que la autoridad pública deberá pedir al solicitante que la concrete y le asistirá para concretar su petición lo antes posible y en todo caso en el plazo máximo de un mes [artículo 13.1.c), que remite al artículo 12.2.a) de la Ley 27/2006]. Y la petición abusiva se plantea ahora como petición manifiestamente irrazonable, por lo que ha de acreditarse la patente irrazonabilidad de la solicitud."

4.5.2. Documentos o datos inconclusos

Otro de los motivos de frecuente denegación de información se refiere al carácter inconcluso de los documentos o datos solicitados. En algunos supuestos las autoridades públicas han denegado peticiones de información sobre procedimientos en curso por entender que los documentos eran inconclusos, cuando precisamente se estaba en un momento clave para obtener la información necesaria para ejercer adecuadamente el derecho de participación pública, pues a partir de la información obtenida se podía intervenir.

La jurisprudencia rechazó, bajo la legislación anterior, una interpretación extensiva de esta causa de denegación, en dos relevantes supuestos: las actas de inspección y la documentación correspondiente a planes en elaboración o tramitación.

La STS de 17 de febrero de 2004 (RJ 2004, 2226) confirmó la sentencia recurrida en casación estimatoria del recurso interpuesto por una organización ecologista contra la resolución del Consejo de Seguridad Nuclear que había denegado su solicitud de acceso a unas actas de inspección relativas a un supuesto escape radiactivo en una factoría industrial por entender que las actas de inspección tenían el carácter de documentos o datos inconclusos. La sentencia declara que las actas de inspección no son documentos inconclusos teniendo en cuenta la debida interpretación del derecho de acceso a la información, las propias actas en cuanto son documentos terminados levantados por un funcionario público con un especial valor probatorio y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Por su parte, la STS de 28 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7865) se enfrenta con un recurso frente a la denegación por una administración autonómica de una solicitud de información sobre un plan de ordenación de recursos naturales en tramitación por entender que el plan no se había sometido a información pública y no existía todavía una propuesta. La sentencia confirma la estimación del recurso y ordena el suministro de la información solicitada por considerar que los textos de los planes en tramitación, aunque todavía no se haya formulado una propuesta, no son documentos inconclusos y no podía denegarse por tanto el acceso a ellos.

Y la STS de 3 de octubre de 2006 (RJ 2006, 10071) versa sobre la denegación a una organización ecologista de su petición de información sobre los planes de regulación de vertidos relativos a actividades desarrolladas en una determinada provincia por la Confederación Hidrográfica, por entender que eran documentos inconclusos. Esta STS, aunque aplica la regulación anterior, menciona el Convenio de Aarhus y la Ley 27/2006, y declara que, aunque la petición de información se refería a dos planes aún no aprobados, no eran expedientes inconclusos, ya que se debió dar información respecto de los documentos obrantes en los expedientes que siendo separables estuvieran ellos, los documentos, conclusos.

Esta excepción ha sido reformulada por la Ley 27/2006 para evitar supuestos similares a los antes expuestos, reduciendo su alcance y perfilando su sentido mediante los cambios siguientes [artículo 13.1.d)]: 1) La limitación se refiere ahora a material en curso de elaboración y a documentos o datos, pero no a los expedientes, lo que restringe el ámbito anterior de la excepción; 2) Se establece un concepto de documento o dato inconcluso, entendiendo por tales "aquellos sobre los que la autoridad pública esté trabajando activamente", y 3) Se añade una garantía formal, ya que, de utilizarse esta excepción, ha de indicarse tanto la autoridad que está preparando el material como informar al solicitante del plazo previsto para terminar su elaboración.

4.5.3. La protección de los datos personales

Una de las excepciones se refiere a la protección de la confidencialidad de los datos personales, que remite a la Ley orgánica 15/1999. Ahora bien, no se determina la articulación entre ambas regulaciones.

Como ha señalado E. Guichot Reina, un tema capital es que el concepto de dato personal es interpretado hoy de la manera más amplia posible, con un manifiesto exceso sobre su sentido originario, con cruciales consecuencias jurídicas en cuanto al acceso

a la información, que puede quedar minado por esa interpretación amplia;[46] con referencia a la posición del Defensor del Pueblo Europeo, que ha detectado una peligrosa tendencia consistente en denegar cualquier información que contenga un nombre como dato personal, aunque se refiera a actividades netamente públicas; por lo que apunta una serie de directrices a tener en cuenta, partiendo de que no toda información que contiene el nombre de una persona es *ipso facto* información sobre dicha persona.

La reciente sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de noviembre de 2007 (T-194/04, Bavarian Lager/Comisión) aborda esta problemática respecto de la aplicación del Reglamento (CE) 1049/2001, fijando una importante doctrina, que, dado el parangón entre los preceptos allí considerados y los de la Ley 27/2006, merece ser considerada. Esta sentencia, ante la denegación del acceso, estudia la vertebración de las regulaciones comunitarias de acceso a documentos y de protección de datos y la excepción relativa a la protección del objetivo de las actividades de inspección, investigación y auditoria. En cuanto al primer aspecto, destacan los argumentos siguientes: 1) No cabe exigir la obligación de demostrar la necesidad de la transmisión y no puede impedirse la comunicación si no supone un perjuicio para la protección de la intimidad y la integridad del interesado; 2) La excepción sólo afecta a los datos personales que pueden, de forma concreta y efectiva, suponer un perjuicio de la intimidad y la integridad de la persona; 3) No todos los datos personales entran necesariamente en el concepto de intimidad y no todos los datos personales, por su naturaleza, pueden suponer un perjuicio para la intimidad, y 4) Por tanto, es preciso examinar si el acceso del público al nombre de los participantes en una reunión puede, de forma concreta y efectiva, suponer un perjuicio para la intimidad y la integridad de los interesados, concluyendo que en el caso la divulgación no da lugar a una injerencia en la intimidad y no supone un perjuicio para la intimidad y la integridad de los interesados. Y en cuanto al segundo, recuerda el carácter finalista de la excepción que sólo es aplicable si la divulgación de los documentos en cuestión puede poner en peligro la realización de actividades de inspección, investigación o auditoria, por lo que no cabe considerarla en abstracto sino de forma concreta en cada supuesto; sin que tampoco concurra en el caso.

5. Participación pública en asuntos ambientales

La participación de la sociedad en los asuntos ambientales es vital para la protección y mejora del medio ambiente, pero al tiempo se presenta como problemática o erizada de dificultades en su materialización práctica.

La participación ciudadana es un principio constitucional, que viene establecido en los numerosos registros participativos de la Constitución (artículos 9.2, 23, 105 y 129) y que está recogido en el artículo 3.5 de la Ley 30/1992 (en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), a cuyo tenor las administraciones públicas, en sus relaciones con los ciudadanos, actuarán de conformidad con los principios de transparencia y de participación. Hoy, este principio ha sido reforzado en las recientes reformas estatutarias.

La participación del público, en su forma ideal, supone la actividad de los miembros del público en colaboración con las autoridades públicas para alcanzar un óptimo resultado en los procesos de adopción de decisiones y de políticas.[47] La participación pública consiste en la concurrencia o intervención de los interesados y el público en general en el proceso de toma de decisiones por parte de los órganos políticos y administrativos, complementando las instituciones de la democracia representativa.[48]

El principio de participación es clave en materia ambiental para hacer realidad el derecho-deber de todos a un medio ambiente saludable. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 102/1995, de 26 de junio (FJ 6), al decir que:

"La protección resulta así una actividad beligerante que pretende conjurar el peligro y, en su caso, restaurar el daño sufrido e incluso perfeccionar las características del entorno, para garantizar su disfrute por todos. De ahí su configuración ambivalente como deber y como derecho, que implica la exigencia de la participación ciudadana en el nivel de cada uno, con papeles de protagonista a cargo de la mujer, de la juventud y de los pueblos indígenas, según enuncia la Declaración de Río (10, 20, 21 y 22). Esto nos lleva de la mano a la dignidad de la persona como valor constitucional transcendente (artículo 10.1 de la CE), porque cada cual tiene el derecho inalienable a habitar en su entorno de acuerdo con sus características culturales."

Al igual que en la normativa comunitaria, también en la legislación estatal existían previsiones de parti-

46. E. GUICHOT REINA, "Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales", RAP, 173, 2007, p. 407-445, que estudia la cuestión respecto del régimen general de acceso tanto en el ámbito comunitario como en el ámbito español.

47. S. STECH y S. CASEY-LEFKOWTIZ, *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, *op. cit.*, p. 85.

48. Así CASTELLÁ ANDREU, *op. cit.*, p. 39 y 71, y E. MOSTERT (editor), *Public participation and the european water framework Directive, Interception report of HarmoniCOP project-Harmonising Collaborative Planing*, febrero de 2003.

cipación ciudadana en la adopción de decisiones y en la elaboración de planes en materia ambiental. Así, la legislación sobre actividades clasificadas (Decreto de 30 de noviembre de 1961), de evaluación de impacto ambiental (Real decreto legislativo 1306/1986, de 28 de junio), de prevención y control integrado de la contaminación (Ley 16/2002, de 1 de julio), o de espacios naturales protegidos (Ley 4/1989, de 27 de marzo) preveían un trámite de información pública previo a la decisión administrativa.

Sin embargo, en este aspecto se aprecia una brecha entre la norma y la realidad, ya que la aplicación de la norma tropieza con algunos obstáculos como son la configuración formal de los instrumentos de participación y la falta de cabal información para participar. La praxis confirma que la participación pública es uno de los puntos débiles de la legislación ambiental, pues su implantación a través de la información pública ha sido en realidad más un trámite formal que una auténtica participación pública; lo que, según la doctrina, refleja la ineficacia práctica de la participación y requiere su reforma y efectividad.[49]

Precisamente, la nueva normativa ambiental (Convenio de Aarhus, Directiva 2003/35/CE y la Ley 27/2006), consciente de esas dificultades y disfunciones, pretende fijar un nuevo modelo caracterizado por una participación que sea real y efectiva, esto es, una participación basada en la información, con la promoción de la intervención ciudadana y la toma en consideración de tal participación, que ha de reflejarse en la motivación de la decisión adoptada que ha de ser comunicada a los participantes.

El Convenio de Aarhus establece, de forma decreciente en su intensidad o grado, tres niveles de participación pública: en las decisiones relativas a actividades específicas (artículo 6), en planes, programas y políticas relativas al medio ambiente (artículo 7) y en la elaboración de disposiciones reglamentarias o de instrumentos jurídicamente obligatorios de aplicación general (artículo 8); pero con un denominador mínimo común para lograr una participación real y efectiva. Por su parte, la Directiva 2003/35/CE regula la participación del público en planes y programas (artículo 2), quedando excluidos, por existir ya un régimen específico, los sujetos a la Directiva 2001/42/CE, sobre evaluación ambiental estratégica, así como modifica las directivas 85/337/CEE, sobre evaluación de impacto ambiental de proyectos, y 96/61/CE, sobre prevención y control integrado de la contaminación.

La Ley 27/2006, a decir de su artículo 1.b), regula el derecho a participar en los procedimientos para la toma de decisiones sobre asuntos ambientales que inciden directa o indirectamente en el medio ambiente y su elaboración o aprobación corresponda a las administraciones públicas. La conformación de este derecho se recoge en el artículo 3.2) de la Ley 27/2006 y se desarrolla en su título III y en la reforma de las leyes de evaluación de impacto ambiental y de prevención y control integrado de la contaminación operadas en sus disposiciones finales primera y segunda.

Junto a la participación funcional, a través de la intervención del público en procedimientos administrativos, la Ley 27/2006 contempla también la participación orgánica mediante la inserción en órganos administrativos con la regulación del Consejo Asesor de Medio Ambiente (artículo 19). Aquí nos vamos a centrar en la primera, que está configurada como un derecho.

5.1. Ámbito y régimen jurídico del derecho a participar

El derecho a participar se refiere a los procesos de toma de decisiones de las administraciones públicas que afecten de forma directa o indirecta sobre el medio ambiente. Ese ámbito general se concreta por la Ley 27/2006 por referencia a la participación en los campos siguientes:

a) En la elaboración, modificación y revisión de planes, programas y disposiciones generales relacionados con el medio ambiente incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley [artículo 3.2.a)]. Éste es el campo participativo luego desarrollado en el título III de la Ley 27/2006, que comprende los ámbitos siguientes:

–Los planes y programas en las materias siguientes: residuos, pilas y acumuladores, nitratos, envases y residuos de envases, calidad del aire y aquellas otras materias que establezca la legislación autonómica (artículo 17.1 de la Ley 27/2006). Quedan fuera, sujetos a su legislación específica, los planes en materia de aguas y los afectados por la legislación sobre evaluación ambiental estratégica (artículo 17.2 de la Ley 27/2006); así como están excluidos los que tienen como único objetivo la defensa nacional o la protección civil en casos de emergencia (artículo 17.3 de la Ley 27/2006).

–Las disposiciones de carácter general en las materias siguientes: protección de las aguas; protección contra el ruido; protección de los suelos; contamina-

49. Así, en materia de EIA, J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, "La evaluación de impacto ambiental: Estrategias y perspectivas de futuro", en *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, publicadas en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 5, 2004, p. 101-127. Recientemente, N. M. MARTÍNEZ YAÑEZ, "La participación ciudadana en la elaboración de proyectos de obras públicas. Especial referencia al trámite de información pública en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental", RDUMA, 220, 2005, p. 121.

ción atmosférica; ordenación del territorio rural y urbano y utilización de suelos; conservación de la naturaleza y diversidad biológica; montes y aprovechamientos forestales; gestión de residuos; productos químicos incluidos los biocidas y los plaguicidas; biotecnología; otras emisiones de vertidos y liberación de sustancias en el medio ambiente; evaluación de impacto medioambiental; acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia, y otras materias que establezca la legislación autonómica (artículo 18.1 de la Ley 27/2006). Se remite a la legislación específica la participación en disposiciones cuyo objeto exclusivo sea la prevención de riesgos laborales (artículo 18.2 de la Ley 27/2006) y se excluyen de su ámbito los procedimientos relativos a normas relacionadas exclusivamente con la defensa nacional, con la seguridad pública, con la protección civil en casos de emergencia o con el salvamiento de vida humana en el mar, las disposiciones de carácter organizativo, procedimental o análogo siempre que no impliquen reducción de la protección ambiental y las disposiciones cuyo único objeto sea la aprobación de planes y programas que se ajustarán a su legislación específica (artículo 18.3 de la Ley 27/2006).

b) En los procedimientos administrativos en determinados sectores, que se realizará de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable, que son los siguientes:

–Otorgamiento de autorizaciones ambientales integradas previsto en la Ley 16/2002, modificada por la disposición final segunda de la propia Ley 27/2006, que, en particular, añade las nociones de público y de personas interesadas (nuevas definiciones en el artículo 3) y un nuevo anejo 5 sobre "Participación del público en la toma de decisiones".

–Concesión de títulos administrativos regulados en la legislación sobre organismos modificados genéticamente.

–En los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, regulados en el Real decreto legislativo 1302/1986, que es reformado por la disposición final primera de la Ley 27/2006, que, en particular, añade las definiciones de público y personas interesadas (nuevo artículo 1.bis) y da nueva redacción al artículo 3 regulando la participación en el procedimiento.

–Procesos planificadores previstos en la legislación de aguas.

–En los procedimientos de evaluación ambiental estratégica sobre planes y programas.

Así pues, la Ley 27/2006, aunque reconoce un extenso ámbito para el ejercicio del derecho de participación pública, sólo regula directamente la participación en los procedimientos sobre planes, programas y disposiciones generales, remitiendo en los demás casos a la correspondiente legislación específica. Por otra parte, quedan fuera los supuestos de normas legales y de políticas.

5.2. Sujetos

Aunque el inciso inicial del artículo 3 de la Ley 27/2006, sobre los derechos en materia de medio ambiente, dispone que todos podrán ejercer los tres derechos en sus relaciones con las autoridades públicas, luego perfila quienes son los sujetos, titulares y obligados, de cada uno de ellos; en este caso, del derecho a participar en términos que lo separan respecto del anterior derecho de acceso a la información ambiental.

5.2.1. Los titulares del derecho a participar: público y persona interesada

El artículo 16 de la Ley 27/2006 refiere el derecho a participar al público, por lo que, en principio, se trata de participación del público, de suerte que toda persona, física o jurídica, sin otra condición o exigencia, tiene derecho a participar. Sin embargo, el propio artículo 16 en su apartado 2 se refiere también a un público singularizado constituido por las personas interesadas.

Por ello, a efectos del derecho de participación han de tenerse en cuenta dos nociones distintas: por un lado, el público "a secas" –cuya definición ya conocemos por coincidir con la del titular del derecho de acceso a la información–, y, por otro, el público "interesado" o "persona interesada", más restrictivo que el anterior, pues conlleva un plus de exigencia al que luego sigue una posición reforzada o más intensa de intervención.

De entrada, ambas nociones guardan relación con dos formas distintas de participación ya existentes en nuestro Derecho: por un lado, el trámite de audiencia a los interesados, que tiene carácter obligatorio (artículo 84 de la Ley 30/1992), y, por otro, el trámite de información pública, con carácter facultativo, sin que la intervención en él confiera la condición de interesado (artículo 86 de la Ley 30/1992).

Sobre este esquema, la Ley 27/2006 distingue entre público, que es cualquier persona sin exigencia alguna de acreditar un derecho o interés legítimo (artículo 2.1), y persona interesada, que comprende a los interesados en los términos señalados en el artículo 31 de la Ley 30/1992[50] y también a las organizaciones ambientales que cumplan las condiciones fijadas en el artículo 23 de la Ley 27/2006 para el ejercicio de la

50. Ha de entenderse, siguiendo el Convenio de Aarhus y la Directiva 2003/35/CE, que comprende tres supuestos distintos: el público afectado, el público que puede verse afectado y el público que tiene un interés en la decisión o en el procedimiento.

acción popular (artículo 2.2).[51] El aspecto más relevante se refiere a la calificación como personas interesadas de las organizaciones no gubernamentales (ONG) ambientalistas, con lo que se reconoce el trascendental papel que desempeñan en la protección ambiental.[52] Ahora bien, no todas las organizaciones no gubernamentales tienen la condición de persona interesada sino que deben cumplir los requisitos exigidos por el artículo 23 de la Ley 27/2006 para reconocerles legitimación para ejercer la acción popular en asuntos ambientales.

En relación con las personas interesadas, a fin de asegurar la realidad y efectividad de la participación, se impone a las administraciones públicas la obligación de determinar, con antelación suficiente para permitir su participación efectiva en el proceso, qué miembros del público tienen la consideración de persona interesada para participar en los procedimientos, teniendo en todo caso tal condición las personas interesadas señaladas en el artículo 2.2 de la Ley (artículo 16.2 de la Ley 27/2006).

5.2.2. Las autoridades públicas

Los obligados ante el ejercicio del derecho de participación del público son las autoridades públicas, si bien esta noción tiene, respecto de este derecho, un ámbito más limitado que respecto del acceso a la información. En efecto, ya el artículo 1.b) de la Ley 27/2007 refiere el derecho a participar a los procedimientos de toma de decisiones cuya elaboración o aprobación corresponda a las administraciones públicas; por lo que aquí es de aplicación la noción más restringida de tales autoridades públicas que ofrece el artículo 2.4.1, quedando fuera las personas privadas aun cuando desempeñen responsabilidades, funciones o funciones públicas relacionadas con el medio ambiente (artículo 2.4.2 de la Ley 27/2006).

Así se desprende del artículo 16.1 de la Ley 27/2006, que fija las actuaciones que han de desarrollar las administraciones públicas al establecer o tramitar los procedimientos correspondientes para hacer realidad el derecho a participar en la elaboración de los planes, programas y disposiciones generales relacionados con el medio ambiente. Asimismo, los artículos 17.1 (planes y programas) y 18.1 (disposiciones generales) de la Ley 27/2006 imponen a las administraciones públicas asegurar la observancia de las garantías de participación del artículo 16.[53]

La participación se refiere –como se encargan de precisar tales preceptos– a los procesos de toma de decisiones, sin perjuicio de que su aprobación pueda corresponder a instancias legislativas, como es el caso de la aprobación de planes en determinados supuestos por parlamentos.[54]

5.3. Contenido o garantías del derecho de participación pública

La Ley 27/2006, con carácter general (artículo 3.2), para los planes, programas y disposiciones generales (artículo 16) y para las actividades específicas (disposiciones finales primera y segunda), establece el contenido del derecho de participación del público, determinando las correlativas obligaciones de las administraciones públicas. Es apreciable la dispar densidad de tales previsiones, así como las referencias en unos casos al público y en otros al público interesado, que se conectan con la información pública a todos y la consulta a los segundos.[55]

La nota común y esencial de la participación del público es el objetivo de que la participación sea real y efectiva, como reiteran los artículos 3.2.a), 3.2.e) y 16.1 de la Ley 27/2006. Con ello se pretende superar el tradicional obstáculo de la configuración formal, pero inefectiva, de la participación ciudadana, para lo que se ordena a las administraciones públicas promover la eficacia de la participación.[56]

El contenido de este derecho a participar está integrado por cuatro garantías:

51. Ambas definiciones de público y personas interesadas se incorporan a la nueva redacción dada al Real decreto legislativo 1302/1986 (EIA) y a la Ley 12/2002 (IPPC) por las disposiciones finales primera y segunda de la Ley 27/2006.

52. Este importante papel de estas organizaciones y su reforzamiento se analiza por A. PEÑALVER I CARRÉ, "ONG y protección del medio ambiente", en *Diccionario de Derecho Ambiental*, *op. cit.*, p. 880-891.

53. Las administraciones habrán de aplicar esas obligaciones o garantías o, en su caso, asegurar su cumplimiento cuando la elaboración de los planes o documentos de actividades específicas corresponda a sujetos privados, como ocurre con los planes urbanísticos de iniciativa particular.

54. Véase la STS de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 5405), que anula el Plan Gestor de Residuos Especiales de Navarra, que, una vez tramitado por la Administración foral, había sido aprobado por el Parlamento.

55. Así se deriva del nuevo artículo 3 del Real decreto legislativo 1302/1986 (evaluación de impacto ambiental) en la redacción dada por la Ley 27/2006, y es claro en el nuevo anejo 5 de la Ley 16/2002 (prevención y control integrado de la contaminación), cuyo apartado 5 se refiere a la determinación de las "modalidades de información al público y de consulta a las personas interesadas".

56. Sobre la necesaria reconsideración del procedimiento de elaboración de reglamentos, con referencias a las novedades impulsadas desde la legislación ambiental, puede consultarse J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, "Hacia la calidad de las normas: La elaboración de los reglamentos", en la obra colectiva dirigida por J. F. Alenza García y J. A. Razquin Lizarraga *Organización y procedimiento administrativos. Libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Gobierno de Navarra y Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 217-244.

a) Derecho a saber o conocer, para lo que el público tiene derecho a acceder con antelación suficiente a la información relevante [artículo 3.2.b) de la Ley 27/2006]. A tal fin, las administraciones públicas deberán informar al público, mediante avisos u otros medios apropiados, como los electrónicos, sobre cualesquiera propuestas de elaboración, modificación o revisión de planes, programas o disposiciones generales, poniendo a su disposición, de forma comprensible, la información correspondiente, incluida la relativa al ejercicio del propio derecho a participar con indicación de la Administración competente ante la que pueden presentar comentarios o alegaciones [artículo 16.1.b) de la Ley 27/2006]. Se comprende aquí, como resulta del Convenio de Aarhus, tanto la información sobre el procedimiento para facilitar la participación del público (artículo 6.2) como sobre la actividad propuesta (artículo 6.5).

b) Derecho a hablar o intervenir, para lo que el público tiene derecho a formular alegaciones y observaciones cuando están abiertas todas las opciones y antes de que se adopte la decisión y a que sean tenidas en cuenta por la Administración pública [artículos 3.2.c) y 16.1.b) de la Ley 27/2007]. Por tanto, la participación ha de ser temprana, tan pronto como sea posible y se pueda influir en el proceso de toma de decisiones, aportando intereses y opiniones que pueden servir a la Administración y contribuyan al acierto de la decisión.[57]

No recoge, sin embargo, la Ley 27/2006 la condición establecida en el Convenio de Aarhus (artículo 6.3) relativa a los plazos razonables para las distintas fases del procedimiento de participación del público, de modo que dejen plazo razonable para informar al público.

c) Derecho a ser escuchado, para lo que el público tiene derecho a que sus observaciones y alegaciones sean tenidas en cuenta por la Administración pública [artículos 3.2.c) y 16.1.c) de la Ley 27/2007]. Esta obligada toma en consideración no significa la necesaria aceptación de tales alegaciones.[58]

d) Derecho a la comunicación, para lo que el público tiene derecho a que, una vez examinadas las observaciones y opiniones expresadas, se haga público el resultado definitivo del procedimiento y se informe de los motivos y consideraciones en los que se basa la decisión adoptada, en particular respecto del proceso de participación pública [artículos 3.2.d) y 16.1.d) de la Ley 27/2006]. No se explicita la condición exigida por el Convenio de Aarhus de que la información sea completa y rápida (artículo 6.9).

Finalmente, se trata de un contenido mínimo del derecho, pues todos ostentan además cualquier otro derecho reconocido en la Constitución o las leyes (artículo 3.4), de suerte que el régimen de la participación en planes, programas y disposiciones generales previsto en la Ley 27/2006 no sustituye en ningún caso cualquier otra disposición que amplíe los derechos reconocidos en ella (artículo 16.3 de la Ley 27/2006).

Este contenido mínimo o garantías en materia de participación –a decir de los artículos 17.1 y 18.2 de la Ley 27/2006– habrá de ser acogido y desarrollado en la legislación correspondiente a los planes, programas y disposiciones generales relacionados con el medio ambiente, que fijará la tramitación y los instrumentos para una participación real y efectiva en cada caso.[59]

57. En este sentido, la STS de 20 de abril de 2005 (RJ 2005, 3600), que desestima el recurso de una asociación de vecinos contra el estudio informativo de una autovía, declara que:

"No se ha desvirtuado la finalidad del trámite de información pública, cuyo objeto, conforme preceptúa el artículo 10.4 de la Ley de carreteras y caminos, es permitir a los ciudadanos formular las observaciones que consideren oportunas sobre las circunstancias que justifican la declaración de interés general de la carretera y sobre la concepción global de su trazado, de modo que la Administración competente pueda seleccionar la alternativa de trazado que resulte más adecuada a los intereses generales prevalentes.

"Según es doctrina del Tribunal Constitucional referida en la sentencia 119/1995, de 17 de julio, el trámite de información pública tiene el significado de dotar de cierta legitimación popular a la actividad administrativa planificadora, mediante el llamamiento que se efectúa a las personas o colectivos interesados, al objeto de que puedan intervenir en el procedimiento y expresen sus opiniones que sirvan de fuente de información a la Administración, favoreciendo el acierto y la oportunidad de la decisión que se vaya a adoptar."

58. En este sentido, la STS de 31 de mayo de 2004 (RJ 2004,3557), que desestima el recurso contra el acto de aprobación del estudio informativo del tramo Zafra-Sevilla de la autovía Ruta de la Plata (concretamente en cuanto a la alternativa seleccionada a su paso por Santiponce), declara que:

"Porque como hemos dicho en la reciente sentencia de 10 de marzo pasado, RC 5596/1999, en el examen del cual es la 'opción más recomendable', a que se refiere el artículo 25 del Reglamento de carreteras, las opiniones vertidas por quienes participaron en el trámite de información pública, [dichas opiniones] tienen una doble vertiente. Por un lado, constituyen uno de los elementos a tener en cuenta por la Administración al adoptar su decisión, en tanto que expresión directa de sus intereses por parte de entidades y ciudadanos afectados por la decisión. Por otro lado, sirven de manera indirecta para poner de relieve ante la Administración aspectos relevantes de la decisión a tomar, en la medida en que pueden subrayar la importancia relativa de los distintos elementos a tener en cuenta en la decisión (económicos, medioambientales, sociales, etc). Pero no hay razón alguna para que las opiniones emitidas en el trámite de información pública, respecto a las que ni la Ley y Reglamento de carreteras ni la Ley 30/1992 vinculan a la Administración, constituyan el elemento jurídicamente decisorio que haga inclinar la decisión en un sentido o en otro."

59. En el ámbito de la Administración General del Estado, los planes y programas relacionados con el medio ambiente se someterán en su tramitación al procedimiento regulado en la Ley 9/2006, sobre evaluación ambiental estratégica (disposición adicional quinta de la Ley 27/2006).

5.4. La efectividad de la participación: modalidades participativas

Como se ha indicado, uno de los obstáculos para materializar el derecho a participar en asuntos ambientales ha sido la configuración formal de este derecho a través de las tradicionales técnicas o trámites participativos previstos en la Ley 30/1992. Precisamente por ello, la Ley 27/2006 insiste en tres condiciones básicas de la participación: que sea informada, real y efectiva.

La participación del público no está, sin embargo, exenta de dificultades, especialmente en su puesta en práctica, ya que el reto es hacer que realmente funcione. Deben concurrir determinadas condiciones para una efectiva o auténtica participación pública:[60] una concepción activa e incentivadora de la misma; una adecuada determinación de la naturaleza del público implicado, con criterios amplios y atento a la representatividad de las personas y grupos sin discriminaciones ni preferencias; la clarificación del grado de poder atribuido al público en la toma de decisiones; el momento o cuándo es involucrado el público al proceso, y la fijación de una estrategia participativa o la habilidad para gestionar el proceso de toma de decisiones. La participación pública ha de estar bien organizada, ya que en otro caso pueden defraudarse las expectativas presentes y futuras diluyendo el papel clave que aquélla está llamada a tener.

De ahí que sean relevantes las modalidades a través de las cuales se va a articular esa participación, habiéndose destacado por la doctrina la insuficiencia del modelo tradicional del procedimiento administrativo y la necesidad de alumbrar novedosos instrumentos de participación, un nuevo modelo comunicativo especialmente necesario en el campo ambiental para incorporar aquel contenido o exigencias del derecho a participar, con una posición preactiva de las administraciones que han de fomentar la participación, eliminando las dificultades,[61] y entrar en diálogo con la sociedad.

La Ley 27/2006, en cuanto norma de mínimos, se limita a fijar las exigencias generales y no establece tales modalidades. Sólo en los casos de la evaluación de impacto ambiental y de la prevención y control integrados de la contaminación, impone entre las obligaciones de información al público la identificación de las modalidades de participación [nuevo artículo 3.2.f) del Real decreto legislativo 1302/1986, y apartado 1.g) del anejo 5 de la Ley 16/2002].

La organización de la participación publica no responde a un patrón o modelo, sino que admite diversidad de modalidades y técnicas de participación que no siempre son intercambiables, ya que se aprecia cierta correlación entre el nivel de participación y los métodos a utilizar y sobre todo las técnicas han de ajustarse a cada tipo de procedimiento o fase del mismo. Entre estos métodos pueden citarse: para informar (anuncios oficiales, avisos en los medios de comunicación, material impreso –folletos, boletines, carteles, material técnico, cartas–, presentaciones y exhibiciones, *websites*, servicios de información –líneas telefónicas especiales, oficinas de información, visitas al lugar–); para recoger opiniones y sugerencias (notificaciones, reuniones –de varios tipos–, encuestas); y para tener en cuenta las opiniones (grupos de asesoramiento, negociaciones, asesores independientes o externos, programas educativos).[62]

Se han puesto ya en marcha algunas experiencias que apuntan hacia este nuevo modelo participativo,[63] como es la metodología participativa derivada de la normativa de aguas respecto de la planificación hidrológica,[64] que exige la formulación de un proyecto de organización y funcionamiento a seguir para

60. A. J. SINCLAIR y A. P. DIDUCK, "Public involvement in EA in Canada: a transformative learning perspective", *Environmental Impact Assessment Review*, 21, 2001, p. 113-136, señalan como condiciones para la participación pública las siguientes: 1) Una adecuada y completa información; 2) Libertad frente a imposición; 3) Apertura a perspectivas alternativas; 4) Oportunidad para reflejar críticamente sobre presuposiciones; 5) Igualdad de oportunidades para participar, y 6) Oportunidad para evaluar las alegaciones en un modo sistemático: hay un órgano decisor imparcial; transparencia; y existen sistemas para la integración de las consideraciones del público. Por su parte, S. STECH y S. CASEY-LEFKOWTIZ, *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, *op. cit.*, p. 85, señalan que no hay una fórmula establecida de participación, pero sí un mínimo que requiere de efectiva notificación, adecuada información, procedimientos apropiados y una debida consideración del resultado de la participación pública.

61. Es llamativa la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2006 (C-216/05, Comisión/Irlanda) que desestimó el recurso por incumplimiento de las directivas de evaluación de impacto ambiental interpuesto por la Comisión contra Irlanda por haber supeditado la participación plena y efectiva de los particulares en determinados procedimientos de evaluación al previo pago de tasas.

62. J. JORDANO FRAGA, "La Administración en el Estado ambiental de derecho", *op. cit.*, p. 137-139, alude a las *public inquiry*, así como a la experiencia del BAPE en Quebec.

63. Entre otros, el documento base "Estrategia de información, comunicación y participación ciudadana en materia de medio ambiente", julio de 2004, elaborado por el Departamento de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente del Gobierno Vasco.

64. Véanse entre los estudios previos para la planificación hidrológica de la Demarcación Hidrográfica del Norte, el documento "Proyecto de participación pública en el proceso de planificación", Demarcación Hidrográfica del Norte, versión de julio de 2007. Asimismo, los trabajos del "II Seminario sobre la información y la participación pública en la Directiva marco del agua y en la Estrategia navarra del agua", organizado por la Fundación Centro de Recursos Ambientales de Navarra. También la comunicación de los profesores

hacer efectiva la participación pública en el proceso de planificación (artículo 72 del Reglamento de la planificación hidrológica aprobado por el Real decreto 907/2007, de 6 de julio).

5.5. Consecuencias del incumplimiento del derecho de participación pública

Como seguidamente se analizará, el derecho a participar está garantizado a través de los recursos a tal efecto previstos en el acceso a la justicia.[65]

El incumplimiento de los denominados "trámites" del procedimiento administrativo suele calificarse como "defectos formales" con escasa virtualidad jurídica, en virtud del principio de economía procesal, pues no acarrean la anulación, salvo en casos graves de falta de procedimiento o de carencia de requisitos indispensables o indefensión [artículos 62.1.e) y 63 de la Ley 30/1992]. Sin embargo, el nuevo enfoque del procedimiento con sustantividad y funcionalidad propias como cauce participativo y de transparencia exige un cambio en este aspecto que supere la tradicional irrelevancia de las infracciones procedimentales.[66] El derecho a participar es un aspecto esencial del procedimiento, por lo que su desconocimiento entraña la ilegalidad del acto con la consiguiente anulación de la actividad administrativa impugnada, como viene declarando reciente jurisprudencia.

En este sentido, la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3632), que anula el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de Montes de Toledo (Cabañeros-Rocigalgo) por vulnerar los trámites previstos en el artículo 6 de la Ley 4/1989, de conservación de los recursos naturales, dice: "En materia medioambiental la doctrina es unánime en punto a exigir una plena aceptación de las normas por parte de la comunidad que las ha de cumplir y respetar si no se quiere su desconocimiento social. Ello exige que las normas superen diversos test, el primero de ellos el del procedimiento de su elaboración."

En materia de evaluación ambiental, el trámite de información pública tiene carácter esencial,[67] por lo que su omisión entraña la nulidad del acto.[68] En este sentido, la STS de 12 de abril de 2005 (RJ 2005, 4726) estima el recurso de un ayuntamiento y anula la declaración de impacto ecológico de un proyecto de planta de áridos y aglomerado asfáltico, por falta de publicación en el tablón de anuncios de una de las poblaciones afectadas del estudio detallado de impacto ecológico.[69] Asimismo, la sentencia de la Sa-

A. RIBAS PALOM y otros, "Participación de agentes sociales en la gestión del agua: Propuesta metodológica para la cuenca del río Muga (Girona)", accesible en web2.udg.edu/aigua/material/Sevilla2002.

65. Así lo prevé específicamente la Directiva 2003/35/CE incorporando disposiciones sobre acceso a la justicia para garantizar la participación en las directivas 86/337/CEE y 96/61/CE.

66. En este sentido, D. BERBEROFF AYUDA, "Instrumentos que garantizan la participación ciudadana en materia de medio ambiente", en *Instrumentos judiciales de fomento de la protección del medio ambiente*, *Estudios de Derecho Judicial*, 65, 2005, p. 341-342, 257 y ss.; y del mismo autor, "De las competencias administrativas a la democracia ambiental", en *Infraestructuras públicas y desarrollo sostenible*, *Estudios de Derecho Judicial*, 78, 2005, p. 75-81.

67 La STC 13/1998, de 22 de enero, declaró que uno de los elementos necesarios de la EIA es contar con la opinión del público interesado.

68. Así lo declaró la STJCE de 16 de septiembre de 1999 (C-435/97, WWW y otros). Sobre ello me remito a J. A. RAZQUIN LIZARRAGA, *La evaluación de impacto ambiental*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, p. 226-230, y "Evaluación de impacto ambiental", en *Diccionario de Derecho Ambiental*, *op. cit.*, p. 651-662.

69. Esta STS de 12 de abril de 2005, recoge la fundamentación de la sala de instancia en los términos siguientes:

"Dicho esto, el examen del expediente justifica la omisión denunciada por la representación procesal del Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana ya que, en efecto, no aparece en el susodicho expediente, ni se ha probado de otra manera en estos autos, que el órgano administrativo competente para la autorización del proyecto interesara la publicación en los tablones de anuncio del Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana del estudio detallado de impacto ecológico, tal y como previene el artículo 28.3 de la Ley territorial 11/1990. Por tanto, es patente que se ha infringido una norma procedimental de ineludible observancia, al omitirse un trámite esencial previsto para asegurar la participación de los ciudadanos, en este caso, los de Santa Lucía de Tirajana, en materias que tanto les afectan como la conservación y defensa del medio natural, privándoles de la posibilidad de exponer los motivos de fondo o forma que tuvieran para oponerse al proyecto y proponer, en su caso, una localización alternativa, por lo que es procedente declarar la consecuencia que se postula de nulidad del procedimiento y con ella de la declaración de impacto ambiental recurrida, con retroacción de las actuaciones a la fase en que se omitió el trámite señalado."

Y el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación con el fundamento siguiente:

"La representación procesal del Ayuntamiento, ahora recurrente en casación, considera que el defecto de publicación no es invalidante del acuerdo aprobatorio del proyecto, ya que la oposición de los interesados no hubiese sido distinta de haberse llevado a cabo dicha publicación.

"Carece de razón este planteamiento del recurrente porque, como con absoluta corrección declara la sala sentenciadora, el artículo 28.3 de la Ley territorial 11/1990, de 13 de julio, sobre prevención del impacto ecológico, exige la publicación del estudio de impacto ecológico como un trámite de ineludible observancia, ya que asegura la participación de los ciudadanos y otros organismos en las materias que afectan a la conservación y defensa del medio natural, pues, de lo contrario, se le priva de la posibilidad de exponer razones o motivos de fondo y de forma para oponerse al proyecto y proponer, en su caso, una localización alternativa, sin que tal publicidad sea la contemplada en el artículo citado como infringido, al regularse por la Ley 30/1992 el trámite de audiencia de los interesados en un expediente administrativo, y, por consiguiente, la doctrina jurisprudencial, citada al articular el presente motivo casación, no guarda relación alguna con la cuestión resuelta en la sentencia recurrida, que ha examinado el defecto de publicación de un estudio de impacto ecológico, requerida categóricamente por el mencionado artículo 28.3 de la Ley de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias 11/1990, de 13 de julio, con la finalidad antes expresada."

la de lo Contencioso-Administrativo (Sección 8ª) de la Audiencia Nacional, de 21 de noviembre de 2006 (RJCA 2006, 868), ha estimado en parte el recurso interpuesto por una empresa contra la resolución que aprobó el expediente de información pública y definitivamente el estudio del proyecto de infraestructura ferroviaria, por considerar que se había incumplido la normativa de evaluación de impacto ambiental al modificar sustancialmente el trazado estudiado en el estudio informativo provisional y en el estudio de impacto ambiental, sin someter al trámite de información pública y declaración de impacto ambiental las dos variantes que suponían modificaciones sustanciales, por considerar que el "trámite de información pública es un trámite inexcusable" y su incumplimiento determina la anulación del acto impugnado.

Asimismo, es digna de mención la STS de 21 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 7771), que destaca la importancia de la información para el ejercicio del derecho a participar. La sentencia confirma la estimación del recurso interpuesto por un municipio contra la resolución autonómica sobre clasificación de la autorización de explotación de áridos de la Sección A) en concesión de la Sección C) y ordena la retroacción de las actuaciones, por considerar que no se acompañaron todos los documentos preceptivos ni consta que se desarrolla la información pública en toda su extensión, así como la falta de cumplimiento de la normativa de evaluación de impacto ambiental.

6. Acceso a la justicia

6.1. La importancia de la garantía judicial: la inexistencia de acción pública en materia ambiental

Como es bien sabido, sin recurso no hay derecho subjetivo, pues éste sería papel mojado. Por ello, los derechos para ser tales precisan de la consiguiente garantía judicial. Si bien es cierto, también, como indicó Baño León, que la tutela judicial no puede constituirse en el remedio eficaz del derecho colectivo a la protección ambiental, que ha de realizarse mediante las normas y su adecuada aplicación, pues es la manifestación del fracaso de la normativa o de la falta de aceptación de las decisiones de los poderes públicos con incidencia ambiental.[70]

De ahí que el tercero de los pilares esté constituido por el derecho de acceso a la justicia, esto es, el derecho a la interposición de recursos administrativos y judiciales. El Convenio de Aarhus regula conjuntamente los tres aspectos de este derecho: garantía del acceso a la información (artículo 9.1), aseguramiento de la participación pública (artículo 9.2) y control de la legalidad ambiental (artículo 9.3), con algunas previsiones comunes a todos ellos (apartados 4 y 5 del artículo 9). Por su parte, la Directiva 2003/3/CE prevé el acceso a la justicia para garantizar el derecho de información (artículo 6), y la Directiva 2003/35/CE sólo prevé el acceso a la justicia en las actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental o de prevención y control integrado de la contaminación (artículos 3.7 y 4.8). Está pendiente de adoptarse la propuesta de Directiva sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, que contempla la defensa del derecho medioambiental.

En España se advierte la inexistencia de mecanismos procesales ágiles para la defensa ambiental,[71] erigiéndose la legitimación como cuestión central para la tutela judicial del medio ambiente. La legitimación en nuestro ordenamiento se ha configurado con un carácter individual, fundada en los derechos o intereses legítimos, de suerte que la acción pública sólo es posible en los casos expresamente establecidos por las leyes (artículos 125 de la CE y 19 de la LOPJ). En el ámbito penal, los artículos 101 y 270 de la Ley de enjuiciamiento criminal disponen que la acción penal es pública y todos los ciudadanos españoles, hayan sido ofendidos o no por el delito, pueden ejercerla con arreglo a sus prescripciones. Esta legitimación para el ejercicio de la acción pública penal corresponde también a las personas jurídicas, en concreto a una organización ecologista, para la defensa del medio ambiente (STC 34/1994, de 31 de enero).

En el ámbito contencioso-administrativo, la legitimación por acción pública o popular, que excepciona la exigencia de un derecho o interés legítimo, sólo cabe en los casos expresamente previstos en las leyes [artículo 19.1.h) de la Ley 29/1998, de 13 de julio –LJCA–]. A diferencia de lo previsto en el campo del urbanismo, no está reconocida la acción pública o popular en materia de medio ambiente, salvo casos

70. J. M. BAÑO LEÓN, "La tutela judicial del medio ambiente y la defensa de los intereses municipales", en la obra colectiva dirigida por J. Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente y Administración local*, 1ª ed., Diputació de Barcelona y Civitas, Madrid, 1996, p. 626.

71. BAÑO LEÓN, *op. cit.*, p. 627-628.

72. Cfr. STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2002, 9060), que declara que no hay acción pública en materia de medio ambiente, pero reconoce legitimación para la defensa ambiental en base a la condición de vecino del recurrente. Véanse, entre otros, L. M. BUJOSA BADELL, "La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico artístico", *Revista del Poder Judicial*, 66, 2002, p. 513-554, y M. D. REGO BLANCO, *La acción popular en el Derecho Administrativo y en especial en el Urbanístico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005. Sobre la jurisprudencia respecto de la legitimación en general y del medio ambiente, véanse D. BERBEROFF AYUDA, "Instrumentos que garantizan la participación ciudadana en mate-

específicos.[72] En el ámbito estatal se prevé la acción pública en materia de costas (artículo 109 de la Ley 22/1988, de 22 de julio, de costas)[73] y en materia de patrimonio histórico-artístico (artículo 8.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de patrimonio histórico-artístico español); y, en cambio, en el ámbito autonómico varias leyes establecen con distintas fórmulas la acción pública en materia ambiental, bien con carácter sectorial o bien con carácter general.[74] Por otra parte, dado el carácter colectivo de los bienes protegidos, en ocasiones la defensa del medio ambiente se ha articulado a través de la legitimación derivada de intereses difusos o colectivos (artículo 7 de la LOPJ).[75] Ante esta situación se ha reclamado por algunos el reconocimiento de la acción pública derivada del derecho al medio ambiente adecuado del artículo 45 de la CE y su plasmación en una ley ambiental general.[76]

Desde esas premisas, puede ya examinarse la regulación del acceso a la justicia en la Ley 27/2006, sin entrar a considerar otras vías de control del cumplimiento de la legislación ambiental (intervención del Ministerio Fiscal o quejas ante el Defensor del Pueblo).[77] Análisis que ha de realizarse teniendo en cuenta el Convenio de Aarhus y las previsiones de las directivas comunitarias respecto de la información y participación, así como la propuesta de Directiva sobre acceso a la justicia en materia de medio ambiente todavía pendiente de aprobación.

La Ley 27/2006 –a diferencia del Convenio de Aarhus y de las directivas– desglosa el acceso a la justicia en dos derechos: por un lado, el derecho a los recursos contra los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que contravengan los derechos reconocidos por dicha Ley en materia de información y de participación pública; y, por otro, el derecho a ejercer la acción popular para recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que constituyan infracciones de la legislación ambiental en los términos en ella previstos (artículo 3.3). Garantía que luego se articula como acceso a la justicia y a la tutela administrativa en los asuntos ambientales (rótulo del título IV de la Ley 27/2007).

6.2. El acceso a la justicia respecto de la información y de la participación pública

El primero de los derechos de acceso a la justicia tiene como finalidad asegurar los derechos de acceso a la información y de participación pública. Su régimen jurídico es el siguiente (artículos 20 y 21 de la Ley 27/2006):

a) En primer lugar, la titularidad del derecho a recurrir se confiere al público, esto es, a toda persona que estime que se han vulnerado sus derechos en materia de información y de participación pública.

b) En segundo lugar, el objeto del recurso son tanto los actos como las omisiones imputables a una autoridad pública que vulneren estos dos derechos. Ha de entenderse, por tanto, que la actividad impugnable puede referirse a disposiciones y actos, expresos y presuntos, de las autoridades públicas, así como contra la inactividad de la Administración (artículo 25 de la LJCA).

En relación con el acceso a la información, como precisa el artículo 6.1 de la Directiva 2003/4/CE, el acceso a la justicia puede ejercerse por toda persona que considere que su solicitud ha sido ignorada, rechazada sin fundamento (parcial o totalmente), respondida de forma inadecuada o tratada de forma no conforme con sus previsiones.

c) En tercer lugar, se establece una tutela tanto judicial como administrativa, ya que las vías de impugna-

ria de medio ambiente", *op. cit.*, p. 241-772, y J. FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, "Criterios jurisprudenciales más relevantes en materia de legitimación en el recurso contencioso-administrativo. En especial la tutela de los intereses colectivos", en *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada, Cuadernos de Derecho Judicial,* XIII, 2006, CGPJ, Madrid, 2007, p. 215 y ss.

73. La STS de 16 de mayo de 2007 (RJ 2007, 2095) rechaza la alegada falta de legitimación de una asociación de vecinos para impugnar la declaración de utilidad pública de una línea eléctrica por infracción de la Ley de costas, ya que el artículo 109 de ésta reconoce el carácter público de la acción para exigir el cumplimiento de sus disposiciones.

74. Así el artículo 94 de la Ley de la Comunidad Valenciana 2/2006, de 5 de mayo, de prevención de la contaminación y calidad ambiental, reconoce la acción pública ante los órganos administrativos y los tribunales; y el artículo 8 de la Ley foral 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental, ante las administraciones competentes.

75. Véase P. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999. La STS de 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3055) distingue entre los intereses colectivos y los intereses difusos.

76. J. JORDANO FRAGA, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 445, quien considera que la acción popular en materia ambiental es una exigencia derivada de la Constitución. En sentido opuesto, J. M. BAÑO LEÓN, *op. cit.*, p. 616-620, señaló que no es posible fundar en el artículo 45 de la Constitución una acción popular en materia de medio ambiente. Recientemente, J. JORDANO FRAGA, "La Administración en el Estado ambiental de derecho", *op. cit.*, p. 138, señala que "Necesitamos una regulación de una verdadera acción pública en contenciosos ambientales, no en cicateros términos de justicia gratuita, sino remuneradora y premial del ejercicio altruista en defensa del Estado ambiental de Derecho".

77. Véase J. GONZÁLEZ PÉREZ, "Acción pública, vecinal y legitimación del Ministerio Fiscal", en *Seguridad jurídica, legitimación y cosa juzgada*, *op. cit.*, p. 497-532.

ción para ejercitar este derecho a recurrir son dos: los recursos administrativos previstos en la Ley 30/1992 y el recurso contencioso-administrativo regulado en la LJCA. Se trata, por tanto, de una remisión al régimen general de los recursos en vía administrativa y en el orden contencioso-administrativo, sin previsión de especialidad alguna, como pudiera ser la preferencia en su tramitación, especialmente respecto del acceso a la información, pues la demora en la resolución de los recursos puede hacer inefectiva la tutela judicial.

d) En cuarto lugar, la ampliación de la noción de autoridad pública a efectos del derecho de información pública, que comprende también a determinados organismos privados, plantea el sistema de procedimiento de recurso frente a la actuación de éstos.[78] La opción seguida por la Ley 27/2006 consiste en un sistema de reclamaciones ante la Administración pública bajo cuya autoridad ejercen su actividad,[79] que ha de resolver y notificar sus resoluciones en el plazo máximo de tres meses en la Administración General del Estado (artículo 21.1 y disposición adicional décima) o en el que determine la legislación autonómica; plazo aquel que coincide con el previsto para la resolución del recurso administrativo de alzada (artículo 115.2 de la Ley 30/1992). Tales resoluciones son ejecutivas y agotan la vía administrativa, por lo que dejan expedita la vía contencioso-administrativa, previéndose multas coercitivas para garantizar su cumplimiento (artículo 21, apartado 2 y 3, y disposición adicional décima de la Ley 27/2006).

Para ponderar esta regulación estatal es conveniente tener en cuenta las previsiones de las normas que la Ley 27/2006 dice aplicar y transponer, que es preciso distinguir respecto de cada uno de los dos derechos:

a) En cuanto al derecho de información ambiental, el Convenio de Aarhus prevé una opción doble: un recurso bien ante un órgano independiente o bien ante un órgano judicial, previéndose en este último caso también un procedimiento de reconsideración o reexamen rápido que sea gratuito o poco oneroso (artículo 9.1). Por su parte, la Directiva 2003/4/CE dispone un procedimiento de reconsideración o recurso administrativo por la misma u otra autoridad pública, que ha de ser rápido y gratuito o poco costoso, y además un procedimiento de recurso ante un órgano judicial o ante una entidad independiente e imparcial creada por la Ley (artículo 4), así como habilita la posibilidad de que los terceros perjudicados por la revelación de información tengan también acceso a un procedimiento de recurso (artículo 4.2, inciso final).

Por ello, se echan en falta en la Ley 27/2006 dos extremos: por un lado, la rapidez de los recursos en vía administrativa, ya que el plazo para resolver el recurso de alzada o la reclamación respecto de entidades privadas es de tres meses; y, por otro, la falta de innovación en este campo, donde no se ha incorporado un mecanismo ágil e independiente al amparo de los sistemas alternativos de los recursos administrativos que prevé el artículo 107.2 de la Ley 30/1992. La efectividad del recurso exigía un procedimiento más eficaz y eficiente, proporcionado a la brevedad de los plazos para el suministro de la información.

b) En cuanto al derecho de participación pública, el Convenio de Aarhus reconoce el acceso a la justicia a los miembros del público interesado que tengan un interés suficiente o en su caso invoquen la lesión de un derecho –a determinar por el Derecho interno– para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y al procedimiento, de cualquier decisión, acción u omisión que entre en el ámbito del artículo 6 (actividades específicas) y, si el derecho interno lo prevé, de otras disposiciones, considerando interesadas a las ONG ambientales y sin excluir la posibilidad de exigir un recurso administrativo o agotar la vía administrativa previa (artículo 9.2). Por su parte, la Directiva 2003/35/CE incorpora sendos preceptos, de igual tenor, a las directivas sobre evaluación de impacto ambiental (nuevo artículo 10.bis) y sobre prevención y control integrado de la contaminación (nuevo artículo 15.bis), respecto del acceso a la justicia, en términos similares a los expuestos del Convenio de Aarhus, añadiendo que los procedimientos de recurso serán justos y equitativos, sometidos al principio de celeridad y no serán excesivamente onerosos, así como imponiendo la obligación de facilitar al público información práctica sobre los procedimientos de recurso tanto administrativos como judiciales.

La Ley 27/2006 parece ir más allá en cuanto a la legitimación, pues confiere el derecho al público y no a las personas interesadas; pero nada dice sobre el principio de celeridad ni sobre el carácter no excesivamente oneroso de los recursos.

78. Nótese, empero, que el artículo 21 de la Ley 27/2006 refiere esta previsión a los derechos que le reconoce esta Ley, lo que incluye también el derecho de participación; así como sólo excluye al segundo bloque de autoridades públicas, las del artículo 2.4.2, en cuanto a la acción popular (párrafo segundo del artículo 22).

79. Con ello se toma como antecedente el sistema de reclamaciones previsto en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, que incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, que dispone la competencia de los órganos de contratación de las administraciones públicas para conocer de las reclamaciones contra la actuación de los entes sometidos a dicha Ley (artículo 51), de suerte que sus resoluciones son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 64.1). Previsión que se mantiene en los artículos 101 y 113 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que sustituye y deroga la Ley 48/1998.

6.3. El acceso a la justicia en defensa de la legalidad ambiental: acción popular restringida a las ONG ambientales

El segundo de los derechos, en cuanto al acceso a la justicia, es la denominada *acción popular en asuntos ambientales*, regulada en los artículos 22 y 23 de la Ley 27/2006. Por tanto, el acceso a la justicia se ciñe a la legitimación pública para recurrir reconocida a las organizaciones ambientales que cumplan los requisitos establecidos por la Ley.

El régimen jurídico de la acción popular en asuntos ambientales se ajusta, de acuerdo con la Ley 27/2006, a los caracteres siguientes:

a) El objeto de la acción popular son los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 de la Ley. Ámbito que debería entenderse con un criterio material, por referencia a los sectores que se mencionan en dicho precepto, esto es, a la legalidad ambiental, más que con un criterio formal referido a las disposiciones generales que en él se enumeran.

b) La titularidad de la misma corresponde únicamente a las personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos que la propia Ley establece, que son los tres siguientes: 1) Que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular; 2) Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, y 3) Que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

La exigencia de estos tres requisitos es concreción de la remisión que se realiza tanto por el Convenio de Aarhus como por la Directiva 2003/35/CE al cumplimiento de los requisitos previstos por la legislación interna, por lo que no pueden ser, en principio, objetados desde esa perspectiva. Y el objetivo, a decir de la exposición de motivos de la Ley 27/2006, es "perfilar una actuación rigurosa en este ámbito".[80]

Por tanto, como ha destacado reciente jurisprudencia posterior,[81] la Ley 27/2006 no reconoce la acción pública, sino una acción popular limitada a las ONG ambientales que cumplan los requisitos por ella establecidos. Así pues, se reconoce la función que desarrollan estas organizaciones velando por el cumplimiento del derecho ambiental.[82]

c) La acción popular se reconoce ante las administraciones públicas y en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que ha de ejercerse a través de los recursos administrativos regulados en la Ley 30/1992 y el recurso contencioso-administrativo previsto en la LJCA (artículo 22 de la Ley 27/2006).[83] De ahí que se excluyan del ámbito de esta acción popular los actos y omisiones de las autoridades públicas de carácter privado enumeradas en el artículo 2.4.2 de la Ley 27/2006 (artículo 22, párrafo segundo, de la Ley 27/2006), cuya actuación, en cambio, sí puede ser objeto de control cuando se refiere a los títulos I y II, en particular el derecho de acceso a la información, a través de las reclamaciones previstas en el artículo 21 de la misma Ley. También queda fuera el ámbito penal.[84]

d) Las organizaciones ambientales a las que se reconoce legitimación tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en los términos de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.[85]

Una vez expuesta la nueva regulación legal, puede pasarse a su ponderación tanto respecto del Convenio de Aarhus y de la propuesta de Directiva comunitaria europea, como desde el punto de vista interno.

Comenzando por éste último, la cuestión que pudiera suscitarse es el grado de novedad de la acción popular prevista en la Ley 27/2006, pues la jurisprudencia anterior mostraba supuestos en los que se admitía la legitimación tanto para intervenir en procedimien-

80. R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991, p. 184-190; y del mismo autor *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, *op. cit.*, p. 34-35, donde se había referido al ejercicio de acciones por asociaciones cualificadas y había propuesto reconducir las acciones populares a las asociaciones y colectivos con la suficiente solvencia, económica y ética.

81. Como señala la STS de 16 de mayo de 2007:

"Sin embargo, este puro interés a la legalidad no es una ventaja que afecte al reducto de sus propios intereses, y buena prueba de ello es que el ordenamiento jurídico no concede una acción pública en materia de protección del medio ambiente, ni siquiera en la reciente Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la cual, en su artículo 22, sólo otorga acción popular a las personas jurídicas sin ánimo de lucro y sólo cuando cumplen los requisitos de su artículo 23."

82. Con referencia a la libertad de expresión en materia ambiental, la STEDH de 27 de mayo de 2004 (caso VAC contra Letonia, ap. 42) alude su papel de "perro guardián".

83. Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 74, apartados 3 y 4, de la LJCA, la aceptación del desistimiento de la acción popular requiere la intervención y conformidad del Ministerio Fiscal.

84. Asimismo el ámbito penal está expresamente excluido en la Propuesta de Directiva sobre acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

85. Con ello se completa la previsión del artículo 20.3 de la LOPJ a cuyo tenor "No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita".

tos administrativos como para la interposición de recursos contencioso-administrativos a organizaciones ambientales sin exigencia de requisitos adicionales,[86] esto es, no existía acción pública pero se reconocía una amplia legitimación.[87] Sin embargo, otra tendencia entiende que no existe acción pública en materia ambiental y por tanto también las organizaciones ecologistas han de acreditar caso por caso que ostentan un interés legítimo para recurrir.[88]

Así pues, el reconocimiento de la acción popular puede considerarse un avance, en cuanto que reconoce a las organizaciones ambientalistas acreditadas legitimación para recurrir en vía contencioso-administrativa para impugnar la actividad administrativa sin necesidad de acreditar un derecho o interés legítimo. Por otra parte, ello les confiere los beneficios asociados a la acción popular: razonabilidad de las fianzas, gratuidad y ahora asistencia jurídica gratuita.[89]

En cambio, desde una perspectiva más general, son apreciables limitaciones o silencios en la Ley 27/2006, como son los siguientes: en primer lugar, no se contempla la posible reacción frente a acciones y omisiones de los particulares,[90] lo que daría intervención en los procedimientos sancionadores, donde la jurisprudencia entiende que el denunciante, salvo que acredite un derecho o interés legítimo, carece de la condición de interesado que le permita actuar y accionar como tal;[91] en segundo lugar, se echa en falta la mención expresa de las medidas cautelares;[92] en tercer lugar, tampoco se alude a la celeridad de los procedimientos de recurso,[93] y, finalmente, no se contempla la denominada *garantía de indemnidad*, prevista como obligación general por el artículo 3.4 del Convenio de Aarhus, que proscribe que las personas que ejerzan sus derechos sean penalizaciones, perseguidas o sometidas a medidas vejatorias, sin perjuicio de la posible condena en costas en cuantía razonable.[94]

7. Reflexión final: un avance en la progresiva consolidación del derecho a un medio ambiente adecuado que precisa de efectividad

La Ley 27/2006 es una ley necesaria, no sólo por la obligación de aplicar el Convenio de Aarhus y transponer las directivas comunitarias, sino también por la necesidad de un desarrollo general de la vertiente procedimental del artículo 45 de la Constitución institucionalizando el acceso a la información, la partici-

86. La STS de 19 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7703) estima el recurso interpuesto por una asociación de vecinos y una organización ambiental local contra la autorización del establecimiento de una línea eléctrica por infracción de la normativa sobre impacto ambiental. La STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2004 (RJCA 2004, 522), con mención del Convenio de Aarhus, reconoce la condición de interesada en el expediente de aprobación del proyecto de urbanización de un polígono industrial a una organización ecologista, lo que lleva a la aplicación supletoria del artículo 31 de la Ley 30/1992. Asimismo, la STSJ de Madrid de 29 de noviembre de 2000 (RJCA 2001, 37) reconoce la condición de interesado a una asociación con fines de defensa de la naturaleza en un procedimiento sancionador en materia de caza con base en el artículo 31.1 de la Ley 30/1992, en razón de su finalidad estatutaria. Y la STS de 29 de noviembre de 2006 reconoce legitimación a una organización ecologista para impugnar el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de resolución de discrepancias y exclusión de determinados proyectos del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. La STS de 29 de mayo de 2007, que desestima el recurso de Ecologistas en Acción-CODA contra la adjudicación de la concesión para construcción, conservación y explotación de tramos de una autopista de peaje. Las STS de 5 de junio de 2007 (RJ 2007, 4826) y de 6 de junio de 20007 (RJ 2007, 4828) estiman el recurso de una asociación para la defensa de la naturaleza contra la concesión de licencia de actividad para ampliación de la explotación de cantera. Y la STS de 11 de julio de 2007 (RJ 2007, 4779) estima el recurso de una asociación de afectados contra la aprobación del PGOU en cuanto a la ubicación de una planta de reciclaje de basuras.

87. J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, "Las declaraciones de impacto ambiental", en *Instrumentos judiciales de fomento de la protección del medio ambiente*, *Estudios de Derecho Judicial*, 65, 2005, p. 341-342. Como ha señalado J. FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA, *op. cit.*, p. 246-247, el Tribunal Supremo es proclive en recursos de ONG ambientalistas a la admisión de intereses difusos por la vinculación de la legitimación a la defensa de los fines estatutarios de estas organizaciones.

88. La STS de 22 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8089) niega legitimación a una organización ecologista para impugnar actos del Consejo de Seguridad Nuclear. Y la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1216/2006, de 25 de octubre (JUR 2007, 1666140), niega legitimación a Ecologistas en Acción-CODA para impugnar las resoluciones sobre instalación de una central termoeléctrica de ciclo combinado, con base en una amplia y reciente jurisprudencia que invoca.

89. Estas ideas han sido trasladadas al ámbito penal por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª) 1/2007, de 5 de enero (JUR 2007,160896), que, con mención de las previsiones de la Ley 27/2006, revoca la condena en costas a una asociación ambiental sin ánimo de lucro que había ejercido la acusación contra determinadas personas por delito contra la ordenación del territorio, del que resultaron absueltas.

90. Sí se prevé este supuesto en el artículo 3 de la Propuesta de Directiva sobre acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

91. Por todas, la STS de 16 de mayo de 2007, que niega legitimación activa al denunciante para impugnar la resolución administrativa sobre sanción por vertido; y la STS de 26 de junio de 2007, que declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto por falta de legitimación del denunciante en materia de defensa de la competencia (con dos votos particulares que entienden que debió admitirse el recurso reconociendo legitimación a los competidores).

92. A las que sí alude el artículo 4 de la Propuesta de Directiva sobre acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

93. A la que sí se refieren tanto el Convenio de Aarhus como la Propuesta de Directiva sobre acceso a la justicia en materia de medio ambiente (artículo 10).

94. A. PEÑALVER I CABRÉ, "Participación y acceso a la justicia en materia ambiental", en *Diccionario de Derecho Ambiental*, *op. cit.*, p. 937-938, alude a la defensa frente a las intimidaciones por ejercer el derecho de participación y en particular a las acciones conocidas como SLAPPS (*strategic lawsuits against public participation*).

pación pública y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente como verdaderos derechos subjetivos, que son vinculantes para los poderes públicos, así como los particulares, y pueden esgrimirse ante los tribunales que deben dispensar, en su caso, la garantía judicial de ellos.

Por tanto, ha de destacarse la relevancia de la Ley 27/2006, que puede resumirse en dos ideas: por un lado, se reconocen unos derechos prácticos que posibilitan la realización del derecho a un medio ambiente adecuado y del desarrollo sostenible; y, por otro, estos derechos exigen a los poderes públicos avanzar en la gobernanza ambiental mediante la transparencia de sus actuaciones y la participación en los procesos de toma de decisiones. Ello exige un cambio de actitud a las autoridades públicas, hacia un modelo procedimental más abierto, participativo y comunicativo con un protagonismo real y efectivo de los ciudadanos.

La Ley 27/2006 tiene, como se ha indicado, carácter transversal u horizontal, lo que le confiere una fuerte *vis expansiva* en todo el ámbito ambiental y a los campos relacionados con el medio ambiente. Por ello, tanto las recientes leyes ambientales, como otras en materias próximas, han recogido los derechos ambientales fijados por la Ley 27/2006, remitiéndose a ella o siguiendo su modelo.

En el campo ambiental, se aprecia esa obligada irradiación de estos derechos establecidos en la Ley 27/2006 en las normas posteriores siguientes:

–La Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, en la que, según señala en su exposición de motivos y recoge en sus artículos 41 y 42, su peculiaridad más sobresaliente estriba en los casos en que la solicitud de intervención pública proviene de un particular interesado distinto del operador, que son las personas interesadas cuya noción incluye –al igual que en la Ley 27/2006– los interesados del artículo 31 de la Ley 30/1992 y las ONG ambientales que cumplan los requisitos fijados en la Ley 27/2006.[95]

–La Ley 33/2007, de 7 de noviembre, de reforma de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, cuya exposición de motivos alude a la Ley 27/2006, impone al Consejo la obligación de facilitar el acceso a la información y la participación pública del ciudadano y de la sociedad civil en su funcionamiento (nuevo artículo 14) y crea un consejo asesor para la información y participación pública sobre seguridad nuclear y protección radiológica, cuya misión será emitir recomendaciones al Consejo para mejorar la transparencia, el acceso a la información y la participación pública en materias de su competencia (nuevo artículo 15).

–La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, recoge el deber de las administraciones públicas de promover la participación [artículo 5.2.a)] y establece como trámites necesarios en la elaboración de la planificación los de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las organizaciones sin fines lucrativos que persigan los objetivos de la Ley (artículo 21.2).

Asimismo, las previsiones de la Ley 27/2006 se aplican e irradian a la legislación autonómica. En tal sentido, la reciente Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental, regula tanto la información ambiental (artículos 5 a 9) como la participación en las decisiones medioambientales (artículo 10), teniendo en cuenta y con cita de la Ley 27/2006.

Ahora bien, merece llamar la atención sobre la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, que, amén de incorporar el principio del desarrollo sostenible (artículo 2), recoge un estatuto de los ciudadanos siguiendo el modelo de la Ley 27/2006, ya que: en primer lugar, señala los derechos de información y de participación [artículo 3.2.c)]; en segundo lugar, establece un catálogo de derechos de los ciudadanos (artículo 4), y, en tercer lugar, en este catálogo se recogen los derechos de información, participación pública y acceso a la justicia. En particular, el acceso a la justicia se reconoce en términos más amplios que en la Ley 27/2006, pues se establece la acción pública para todos los ciudadanos, e incluso se amplía su radio de acción, que comprende, además de la legalidad territorial y urbanística, "las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora" [artículo 4.f)].[96]

95. El Consejo de Estado (Pleno), en su dictamen de 22 de febrero de 2007 (exp. 2627/2006) sobre el anteproyecto, señala que esta ley "continúa la obra de la Ley 27/2006 en cuanto habilita a los particulares interesados para iniciar el procedimiento de exigencia de responsabilidad medioambiental y establece a este mismo efecto una acción muy semejante a la que, con un alcance más genérico, se regulada en la citada Ley 27/2006".

96. Con ello se supera el criterio aplicado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla, Sección 2ª) de 7 de marzo de 2006 (JUR 2006, 160781), que declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto en ejercicio de la acción pública urbanística contra la aprobación definitiva de una modificación de las normas subsidiarias de un municipio, circunscrito, a decir de la sentencia, en exclusividad a la declaración de impacto ambiental alegando infracciones ambientales, por entender que "El ejercicio de la acción pública en defensa de la legalidad urbanística requiere ineludiblemente el desenvolvimiento dentro del ámbito urbanístico, lo que no cabe es desconectarla de las figuras y función que cumple el urbanismo, como sucede en este caso en que el interés actuado es estrictamente medioambiental".

En suma, la Ley 27/2006 es una ley importante que avanza en el gradual proceso de consolidación del derecho a un medio ambiente adecuado, al conferir derechos a las personas e imponer obligaciones a las autoridades públicas. El reto, como siempre, está en la efectividad, esto es, la debida y real aplicación de la Ley 27/2006 y de los derechos que reconoce a la ciudadanía en materia ambiental. ■

CRÓNICA DE QDL JURISPRUDENCIA

La sección "Crónica de jurisprudencia" selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para quienes actúan en el ámbito local, con el objetivo de coadyuvar a mantener actualizados a los operadores jurídicos locales y de consolidar progresivamente una base de resoluciones jurisprudenciales que permitan ayudar a resolver el amplio abanico de cuestiones con las que se enfrentan las administraciones locales. Ello explica que se recojan resoluciones sobre cuestiones cerradas, o aparentemente cerradas, conjuntamente con resoluciones novedosas, por el tema o por la doctrina jurisprudencial, o con resoluciones que confirman líneas jurisprudenciales de dudosa aplicación a la vista de las modificaciones normativas.

El objetivo es hacer la lectura de la jurisprudencia para los operadores jurídicos locales. Una lectura necesariamente sesgada que no debe olvidar que es mucha la información a la que aquellos operadores pueden acceder, que se dirige a atender las necesidades más generales y comunes, y que debe primar las sentencias que sistematizan la doctrina anterior delimitadora de líneas consolidadas de jurisprudencia. Ello conlleva que no se incluyan las resoluciones que no responden a las claves señaladas.

La sección se inició a 1 de enero de 2002 (QDL, 0) y en cada número se incluye, con carácter general, la selección de sentencias del período comprendido desde las de la última fecha del número anterior hasta las dictadas a seis meses del cierre de edición. Este período de seis meses permite acceder a bases de jurisprudencia lo suficientemente actualizadas y disponer de resoluciones del conjunto de jurisdicciones y órganos jurisdiccionales.

En este número se seleccionan sentencias dictadas desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 31 de agosto de 2007, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 1 de julio de 2007 hasta el 30 de noviembre de 2007.

Las sentencias seleccionadas, de todos los órdenes jurisprudenciales, ofrecen un amplio abanico de cuestiones muy diversas.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección han sido realizadas por Domènec Sibina Tomàs.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. El artículo 13.1 de la CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España. Los límites de la regulación se concretan en: *a)* el grado de conexión de los concretos derechos que regula con las garantías de la dignidad humana que proclama el artículo 10 de la CE; *b)* el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la CE, y *c)* el contenido delimitado para el derecho en concreto por la CE y por los tratados y acuerdos internacionales. La regulación del derecho a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar de los extranjeros por remisión de su regulación al reglamento es constitucional por cuanto los preceptos impugnados no regulan ni desarrollan el derecho fundamental a la intimidad familiar.

El derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor.

La inconstitucionalidad apreciada respecto de la regulación de los derechos de los extranjeros de reunión, asociación y sindicación no debe conllevar la declaración de su nulidad y exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática, el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de esos derechos de los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia en España.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Pleno. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 236/2007. Recurso de inconstitucionalidad núm. 1707/2001
FECHA: 7 de noviembre de 2007
PONENTE: D. María Emilia Casas Baamonde
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 10.1, 10.2, 13.1, 17.1, 18.1, 21, 22.1, 24, 25, 27 y 28 de la CE, y artículos 11.1, 16, 17, 18, 20.2, 22.2, 27.5, 57.2, 60.1, 63.2, 71.8 y 93 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, de extranjería
DOCTRINA: El artículo 13.1 de la CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España. Los límites de la regulación se concretan en: *a*) el grado de conexión de los concretos derechos que regula con las garantías de la dignidad humana que proclama el artículo 10 de la CE; *b*) el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la CE, y *c*) el contenido delimitado para el derecho en concreto por la CE y por los tratados y acuerdos internacionales. El legislador ha de respetar los límites impuestos ex artículo 10.2 de la CE por los tratados y acuerdos internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con ellos los derechos y libertades consagrados en la CE, si bien el tratado o acuerdo invocados no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de la regulación realizada. La distinción entre extranjeros residentes y extranjeros ilegales a efectos del ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, de asociación, a la educación no obligatoria y a la tutela judicial

SUPUESTO DE HECHO

Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento de Navarra contra los artículos 7.1, 8, 9.3, 11.1, 16, 17, 18, 20.2, inciso final, 22.2, 27.5, 57.2, 60.1 y 63.2 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

a) Planteamiento general.

En el análisis del recurso formulado por el Parlamento de Navarra el Tribunal Constitucional afirma que, además de los concretos motivos de inconstitucionalidad aducidos respecto de cada precepto impugnado, el conjunto del recurso se sostiene sobre dos argumentos de carácter general que deben ser abordados previamente:

–El primero se refiere a la libertad que el artículo 13.1 de la CE concede al legislador para regular el ejercicio de las libertades públicas que el título I garantiza a los extranjeros en España, y los límites a los que se ve sometido en el establecimiento de diferencias respecto de los nacionales.

–El segundo argumento general sostiene que la mayoría de los preceptos legales impugnados son inconstitucionales por entrar en contradicción con los tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, los cuales en virtud del artículo 10.2 de la CE se convertirían en canon de la constitucionalidad de las leyes españolas.

En relación con el primer argumento general, el Tribunal Constitucional afirma:

"El juicio de constitucionalidad que debemos realizar en el presente proceso […] consiste en determinar si los preceptos de esa Ley sometidos a nuestro enjuiciamiento han excedido o no los límites impuestos por la Constitución. A tales efectos, resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos 'imprescindibles para la garantía de la dignidad humana'. Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su

contenido (STC 99/1985 99, F 2) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos 'que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano'.

"La dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución (artículo 10.1 de la CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular *ex* artículo 13 de la CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el artículo 10.2 de la CE.

"Así pues, en relación con el primer argumento general del presente recurso debemos afirmar que el artículo 13.1 de la CE concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor deberá tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios expuestos; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales. Por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida."

En relación con este segundo argumento general el Tribunal Constitucional afirma que:

"al enjuiciar la Ley impugnada en este proceso, nos corresponde determinar si el legislador ha respetado los límites impuestos *ex* artículo 10.2 de la CE por las normas internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con ellas los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución. Pero el tratado o convenio internacional invocado no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos, como pretende el Parlamento recurrente. Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. En consecuencia, sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades."

El Tribunal Constitucional una vez concretado su criterio en los aspectos generales resuelve con fundamentos de orden sustantivo los distintos preceptos impugnados, todos contenidos en el artículo primero de la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

b) El primer precepto recurrido es el contenido en el punto 5 del artículo primero, que da una nueva redacción al apartado 1 del artículo 7 de la Ley orgánica 4/2000, según el cual:

"Los extranjeros tendrán el derecho de reunión y manifestación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España."

El Parlamento de Navarra sostiene que el precepto es contrario al artículo 21 de la CE en conexión con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 9, 11 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Y ello porque, siendo un derecho derivado de la dignidad humana, se establece una distinción en

efectiva en su vertiente de derecho a la justicia gratuita es inconstitucional en la medida en que tal distinción vulnera los respectivos preceptos constitucionales en su contenido constitucionalmente declarado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y por los tratados y acuerdos internacionales.

La exclusión del derecho de libertad sindical a los extranjeros que no hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España es inconstitucional por cuanto quiebra el contenido esencial del derecho.

El derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor.

La regulación del derecho a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar por remisión de su regulación al reglamento es constitucional por cuanto los preceptos impugnados no regulan ni desarrollan el derecho fundamental a la intimidad familiar.

La innecesariedad de motivar los actos denegatorios de visado no vulnera la Constitución por cuanto no se trata de actos sancionadores.

La expulsión prevista para extranjeros condenados por determinados delitos no es un supuesto de *bis in idem*, por falta de identidad entre el fundamento de la sanción penal y el de la expulsión, toda vez que las medidas persiguen la protección de bienes jurídicamente diferentes.

El internamiento por decisión judicial hasta el retorno al país de origen no es inconstitucional, dado que la decisión de internamiento queda a la libre decisión del juez.

El plazo de cuarenta y ocho horas para alegar en el procedimiento preferente de expulsión es constitucional por el hecho de que su brevedad se anuda al principio de celeridad del proceso.

No procede declarar la nulidad de los artículos, ni declarar la nulidad sólo del inciso "y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España", de la Ley orgánica 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación.

La inconstitucionalidad apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática, el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España.

su ejercicio entre españoles y extranjeros que carece de cobertura constitucional, limitando su ejercicio efectivo a quienes estén legalmente en España.

El Tribunal Constitucional considera inconstitucional el precepto con base en:

"La nueva redacción dada por el precepto impugnado al artículo 7.1 de la Ley orgánica 4/2000, no realiza una modulación del derecho de reunión, estableciendo condiciones a su ejercicio, sino que niega este derecho a los extranjeros que no dispongan de autorización de estancia o residencia en España. […] esta regulación legal vulnera el artículo 21 de la CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.2 de la CE. En consecuencia, debe declararse inconstitucional el artículo 7.1 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la nueva redacción que la da el artículo 1, punto 5, de la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, con los efectos que se expondrán en el F 17."

c) El segundo precepto impugnado es la redacción del artículo 8 de la Ley orgánica 4/2000, dada por el punto 6 del artículo primero de la Ley aquí impugnada, que dispone:

"Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes, que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España."

La inconstitucionalidad del precepto la fundamenta la entidad demandante en el mismo motivo desarrollado frente al precepto anterior, invocando la STC 115/1987.

El Tribunal Constitucional afirma:

"El derecho de asociación se encuentra vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales lo 'proyectan universalmente' y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Ello no significa, como ya hemos dicho respecto del derecho de reunión, que se trate de un derecho absoluto, y por ello el legislador puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado. […] las consideraciones anteriores conducen a la conclusión de que la nueva redacción dada al artículo 8 de la Ley orgánica 4/2000 por el artículo 1, punto 6, de la Ley impugnada, al excluir cualquier ejercicio de este derecho por parte de los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia en España ha vulnerado el artículo 22 de la CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.2 de la CE. En consecuencia, debe declararse inconstitucional el artículo 8 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción que le da el artículo 1, punto 6, de la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, con los efectos que se expondrán en el F 17."

d) El tercer precepto impugnado es el punto 7 del artículo primero de la Ley recurrida en este proceso, que da nueva redacción al apartado 3 del artículo 9 de la Ley orgánica 4/2000. El precepto dispone:

"Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan al caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas."

El Tribunal Constitucional afirma que el apartado 1 del artículo 9 no exige la condición de "residente" para ejercer el derecho a la educación cuando se trate de la enseñanza básica, a la que pueden acceder todos los extranjeros menores de dieciocho años. Por el contrario, el apartado impugnado sí exige aquel requisito cuando se trate de la educación no obligatoria, sin hacer ninguna referencia a la edad.

El enjuiciamiento del precepto recurrido se inicia con el examen del contenido del derecho a la educación constitucionalmente garantizado, específicamente en su dimensión prestacional, para después comprobar si es constitucionalmente legítima la exclusión de la educación no obligatoria de aquellos que no ostentan la condición de residentes en España.

De esta regulación se deduce, señala el Tribunal Constitucional:

"la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para 'establecer una sociedad democrática avanzada', como reza el preámbulo de nuestra Constitución."

También afirma:

"Por su parte, al interpretar el artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio Empleo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto que los trabajos preparatorios del Convenio confirman que las partes contratantes 'no reconocen un derecho a la instrucción que les obligaría a organizar a su cargo, o a subvencionar, una enseñanza de una forma o a un nivel determinados'. Pero el Tribunal aclara que de ello no se deduce que en ese artículo no se consagre un 'derecho', y que el Estado no tenga una obligación positiva de asegurar, en virtud del artículo 1 del CEDH, el respeto de tal derecho 'a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante' (caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, 23 de julio de 1968 [TEDH 1968, 3], § 3). En esa misma resolución, el Tribunal precisa, sin embargo, que el Protocolo no obliga a los estados a crear un sistema de enseñanza, sino únicamente a 'garantizar a las personas bajo la jurisdicción de las partes contratantes el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado'. Según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el artículo 2 del Protocolo forma un todo, ya que el primer párrafo reconoce un 'derecho fundamental' de todos a la educación, sobre el cual se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas, consagrado en el segundo párrafo. A pesar de afirmar su carácter negativo, el Tribunal reconoce que el derecho a la educación tiene dos manifestaciones prestacionales, puesto que al prohibir [el Protocolo Adicional] 'negar el derecho a la instrucción', los estados contratantes garantizan a cualquiera que dependa de su jurisdicción 'un derecho de acceso a los establecimientos escolares que existan en un momento dado' y 'la posibilidad de obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados' (Caso Kjeldsen, de 7 de abril de 1976, § 52)."

En opinión del Tribunal Constitucional, de las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.

El Tribunal Constitucional concluye que:

"el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.1 de la CE del derecho a la edu-

cación garantizado en el artículo 27.1 de la CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso 'residentes' del artículo 9.3 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el artículo 1, punto 7, de la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre."

e) El cuarto precepto impugnado es el punto 9 del artículo primero de la Ley recurrida en este proceso, que da nueva redacción al artículo 11.1 de la Ley orgánica 4/2000. El precepto dispone:

"Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España."

El Tribunal Constitucional concluye que:

"La concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal, es decir, por quienes 'sean sujetos de una relación laboral' (en los términos del artículo 1.2 de la Ley orgánica de libertad sindical, LOLS, no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalidades posibles, en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal. De ahí que no resulte absurdo, como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto derecho a los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, quienes pueden afiliarse a los sindicatos españoles para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma. También aquí debemos precisar que el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre.

"En consecuencia, los razonamientos anteriores conducen a la inconstitucionalidad del artículo 11.1 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el artículo 1, punto 9, de la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por ser contrario al artículo 28.1 de la CE. Tal como hemos precisado, la inconstitucionalidad de ese inciso viene referida exclusivamente al derecho a sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional, con los efectos que se expondrán en el F 17."

f) Seguidamente se analiza la constitucionalidad del grupo de preceptos constituidos por los puntos 12 y 13 del artículo primero de la Ley 8/2000, que dan nueva redacción a los artículos 16.2 y 17.2 de la Ley orgánica 4/2000, y añaden un nuevo artículo 18, todos relativos a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar. El motivo de la impugnación se basa en la remisión "en blanco" que los citados preceptos hacen a los reglamentos para su posterior desarrollo, la cual se reputa contraria a la reserva de ley orgánica del artículo 81.1 de la CE, o alternativamente, la reserva de ley del artículo 53.1 de la CE por afectar al contenido y límites del derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la CE), y por incumplir las exigencias constitucionales de tales remisiones.

El Tribunal Constitucional plantea la cuestión del siguiente modo:

"Entrando ya en el fondo de este motivo de impugnación, ha de precisarse que la denunciada inconstitucionalidad de las remisiones reglamentarias sólo puede apreciarse si previamente se comprueba que los preceptos recurridos versan sobre el derecho fundamental a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 de la CE (RCL 1978, 2836), el cual es objeto de las reservas de ley establecidas en los artículos 81.1 y 53.1 de la CE, presuntamente infringidos. Este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 de la CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia."

El razonamiento definitivo lo construye del siguiente modo:

"Debe coincidirse, pues, con el Abogado del Estado en que nuestra Constitución no reconoce un 'derecho a la vida familiar' en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 8.1 del CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el artículo 18.1 de la CE. Sostiene la representación del Estado que la reagrupación familiar, regulada en los preceptos impugnados, constituye una modalidad de protección de la familia, haciendo efectivo el principio rector consagrado en el artículo 39.1 de la CE. Sin embargo, ésta es una cuestión sobre la que no es preciso que nos pronunciemos, pues a los efectos de nuestra fundamentación lo decisivo es que los 'derechos fundamentales y libertades públicas' cuyo desarrollo exige ser regulado mediante ley orgánica, de acuerdo con el artículo 81.1 de la CE, son exclusivamente los comprendidos en la sección primera, capítulo segundo, título I de la Constitución (artículos 15 a 29: STC 76/1983, de 5 de agosto [RTC 1983, 76], F 2; 160/1987, de 27 de octubre [RTC 1987, 160], F 2).

"A la vista de todo ello resulta claro que los preceptos impugnados (artículos 16.2 y 17.1 de la Ley orgánica 4/2000, así como el nuevo artículo 18.1, en la redacción dada por los puntos 12 y 13 del artículo primero de la Ley 8/2000), al no regular ni desarrollar el derecho fundamental a la intimidad familiar (artículo 18.1 de la CE), no están sometidos ni a la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 de la CE), ni a la reserva de ley establecida para los 'derechos y libertades reconocidos en el capítulo II' (artículo 53.1 de la CE), sin que ello nos obligue a llevar al fallo un pronunciamiento en tal sentido dados los términos en los que se plantea este proceso. En consecuencia, las remisiones reglamentarias contenidas en los artículos recurridos no han infringido aquellas disposiciones constitucionales, por lo que debe desestimarse este motivo de inconstitucionalidad."

g) El sexto precepto impugnado es el punto 14 del artículo primero de la Ley orgánica 8/2000, que da nueva redacción al inciso final del apartado 2 del artículo 20 (antes 18), disponiendo:

"Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de normas, contradicción, audiencia al interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley."

Se recurre asimismo la nueva redacción dada por la Ley orgánica 8/2000 al apartado 5 del artículo 27 (antes 25) de la Ley orgánica 4/2000, que establece:

"La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. Si la denegación se debe a que el solicitante del visado está incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1990, se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio. La resolución expresará los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos."

La recurrente afirma que los preceptos transcritos permiten que no se motive el acuerdo de denegación de visado en algunos supuestos, en concreto, cuando no se refieran a la reagrupación familiar o a la solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena. De ahí que se reputen contrarios al artículo 24.1 en relación con los artículos 9.3 y 106.1 de la CE, ya que no se exige la motivación de una resolución administrativa, impidiendo su control jurisdiccional, lo que supone un menoscabo del derecho de defensa, además de alentar el carácter arbitrario de las decisiones de la Administración.

El Tribunal Constitucional establece:

"Debe tenerse en cuenta que el supuesto normativo que aquí examinamos no contempla propiamente la restricción de un derecho, pues la obtención del visado no es un derecho reglado del extranjero, como afirma el Abogado del Estado, dado que el derecho a entrar en España no es un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros con apoyo en el artículo 19 de la CE (STC 75/2005, de 4 de abril). Por otra parte, en este proceso se enjuicia la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley orgánica 8/2000, pero no se fiscaliza un acto administrativo mediante un recurso de amparo.

"[…] la exoneración del deber de motivación de los actos administrativos denegatorios del visado establecida en aquellos preceptos no debe reputarse contraria al artículo 24.1 de la CE puesto que se trata de actos que no imponen sanción alguna ni limitan el ejercicio de ningún derecho fundamental, como ha quedado expuesto. Por otra parte, aquella exoneración tampoco debe considerarse incompatible con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la CE) y con el obligado control de la actuación administrativa por parte de los tribunales (artículo 106.1 de la CE), que la Ley aquí enjuiciada garantiza 'en todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España' (artículo 65.2).

"La inconstitucionalidad del precepto sólo podría sostenerse si la norma impugnada hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional.

"En consecuencia, debemos declarar que no es inconstitucional el apartado 5 del artículo 27 de la Ley orgánica 4/2000, en la redacción que le da el artículo 1, punto 20, de la Ley orgánica 8/2000, ni la remisión que a tal precepto se hace en el apartado 2 del nuevo artículo 20 de la Ley orgánica 4/2000, en la redacción que le ha dado el artículo 1, punto 14 de la Ley orgánica 8/2000."

h) El séptimo precepto impugnado es el punto 16 del artículo primero de la Ley orgánica 8/2000, que da nueva redacción al apartado 2 del artículo 22 (antes 20) de la Ley orgánica 4/2000, y dispone:

"Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan."

El precepto se estima contrario al artículo 119 de la CE en relación con el artículo 24.1 de la CE, así como a los artículos 2 y 10.1 de la CE, al artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y ello porque introduce una limitación a un derecho prestacional y de configuración legal que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial (artículo 24 de la CE), y supone *de facto* impedir el acceso a la jurisdicción y el derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos extranjeros no residentes que carezcan de recursos para litigar.

El Tribunal Constitucional concluye:

"el apartado 1 del artículo 22 concede a 'los extranjeros que se hallen en España y carezcan de recursos económicos suficientes […]' el derecho a la asistencia jurídica gratuita 'en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo'. Por su parte, el apartado 2 del artículo 22, aquí impugnado, reserva a los 'extranjeros residentes' el derecho a la asistencia jurídica gratuita 'en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan'. Ello supone la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación, lo cual resulta inconstitucional.

"En consecuencia, debemos declarar la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 22 (antes 20) de la Ley orgánica 4/2000, en la redacción dada por el punto 16 del artículo primero de la Ley orgánica 8/2000, por ser contrario al artículo 24 de la CE."

i) El octavo precepto impugnado es el punto 50 del artículo primero de la Ley 8/2000, que da nueva redacción a los apartados 2 y 8 del artículo 57 (antes 53) de la Ley orgánica 4/2000. El apartado 2 del artículo 57 dispone:

"Asimismo constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados."

El apartado 8 del artículo 57 dispone:

"Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318.bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad."

En opinión del Tribunal Constitucional:

"lo determinante para rechazar la impugnación del precepto es la falta de identidad entre el fundamento de aquella medida y el fundamento de la sanción penal prevista en el mismo, que como se ha dicho constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*. El precepto establece una expulsión gubernativa, previa la tramitación del correspondiente expediente, siendo la 'causa de expulsión' que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año. Pues bien, debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes.

"Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado (F 2). (STC 188/2005, de 4 de julio [RTC 2005, 188], F 5).

"En el precepto enjuiciado, la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre [RTC 1997, 331 AUTO], F 6). Es decir, sin mayor matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado."

Concluye que:

"Es lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (TEDH caso Habdulaziz, 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988 [TEDH 1988, 3]; caso Moustaquim, 18 de febrero de 1991 [TEDH 1991, 3], y caso Ahmut, 28 de noviembre de 1996 [TEDH 1996, 64]) (ATC 331/1997, F 4). Los anteriores razonamientos conducen a rechazar la pretendida inconstitucionalidad del artículo 57.2 de la Ley orgánica 4/2000, en la nueva redacción dada por el artículo 1, punto 50, de la Ley 8/2000, por cuanto dicho precepto no supone una infracción del principio *non bis in idem* contenido en el artículo 25.1 de la CE."

j) El noveno precepto impugnado es el punto 53 del artículo primero de la Ley 8/2000, que da la siguiente redacción al artículo 60 (antes 56) de la Ley orgánica 4/2003:

"Artículo 60. Retorno.1. Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al juez de instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno."

Del contenido de la demanda se deduce que el Parlamento de Navarra impugna únicamente el apartado 1 del artículo por entender que vulnera el artículo 17.1 y 2 de la CE, según la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional (STC 115/1987, de 7 de julio), pues no garantiza que más allá de las setenta y dos horas corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de libertad, ya que de su redacción se desprende que el juez no tendrá posibilidad de decidir otra cosa distinta al internamiento.

Reiterando la doctrina ya asentada por el Tribunal Constitucional señala:

"Al igual que entonces, debemos declarar ahora que 'la voluntad de la Ley, y desde luego el mandato de la Constitución, es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad (STC 115/1987. Y en consecuencia, la expresión 'para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta el momento del retorno', contenida en el precepto impugnado, debe ser entendida como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero pendiente del trámite de expulsión más allá del plazo de setenta y dos horas, siendo el órgano judicial el que habrá de adoptar libremente la decisión. En consecuencia, al ser susceptible de un interpretación conforme a la Constitución, el apartado 1 del artículo 60 de la Ley orgánica 4/2000, en la redacción dada por el punto 53 del artículo primero de la Ley orgánica 8/2000, no es inconstitucional."

k) La última impugnación se dirige al punto 56 del artículo primero de la Ley orgánica 8/2000, que añade el artículo 63 a la Ley orgánica 4/2000, en el cual se regula el "procedimiento preferente" para la tramitación de los expedientes de expulsión en determinados supuestos previstos en el apartado 1 del precepto, en concreto, los de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como los de las letras a), d) y f) del artículo 53.

El apartado 2 del artículo 63 establece:

"Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos."

El Parlamento de Navarra aduce que el precepto es inconstitucional porque el plazo de cuarenta y ocho horas que se otorga al interesado para formular alegaciones en su defensa, tras la incoación del procedimiento sancionador, vulnera el artículo 24 de la CE en relación con el artículo 6 del CEDH al producir indefensión, como se desprendería de la jurisprudencia del TEDH que se cita al efecto.

El Tribunal Constitucional concluye:

"la pretendida indefensión que generaría el precepto no es tal, pues hemos dicho reiteradamente que la brevedad de los plazos no implica *per se* la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso, ya que es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente (STC 14/1992, de 10 de febrero [RTC 1992, 14], F 8; 335/1994, de 19 de diciembre [RTC 1994, 335], F 3; 130/1998, de 16 de junio [RTC 1998, 130], F 5; 85/2003, de 8 de mayo [RTC 2003, 85], F 11). Tal es el caso de los supuestos previstos en el artículo 63.1 de la Ley orgánica 4/2000, como ha quedado argumentado, con la consecuencia de que el plazo establecido en el artículo 63.2 no pueda reputarse contrario al artículo 24 de la CE. Por otra parte, tal como apunta el Abogado del Estado, los extranjeros sometidos a este procedimiento preferente de expulsión disponen de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada, además del control judicial de la decisión que garantiza la misma Ley orgánica al disponer que 'las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes' (artículo 65, redactado conforme a la Ley orgánica 8/2000). En consecuencia, debemos desestimar este motivo de inconstitucionalidad y declarar que el punto 56 del artículo primero de la Ley orgánica 8/2000, que añade el artículo 63 a la Ley orgánica 4/2000, no es contrario al artículo 24 de la CE."

l) El alcance la sentencia se establece en el fundamento jurídico 17, en el que se establece:

"No cabe concluir esta sentencia sin precisar el contenido y alcance de nuestro fallo. Ha de declarar este fallo la inconstitucionalidad de los preceptos que así se han considerado después de su enjuiciamiento en el correspondiente fundamento jurídico. Sin embargo, como ya dijimos en la STC 45/1989, de 20 de febrero (RTC 1989, 45) (F 11), no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando

'la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión' (en el mismo sentido, las STC 222/1992, de 11 de diciembre [RTC 1992, 222], F 7; 96/1996, de 30 de mayo [RTC 1996, 96], F 22; y 235/1999, de 20 de diciembre [RTC 1999, 235], F 13; 138/2005, de 26 de mayo [RTC 2005, 138], F 6).

"En el presente caso no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley orgánica 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad sólo del inciso 'y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España', que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador, ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Como hemos razonado anteriormente, no corresponde a este tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquella que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo [RTC 1996, 96], F 23), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55], F 6), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Y ello sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad de aquellas condiciones, que corresponde a este Tribunal Constitucional.

"Distinto debe ser el alcance del fallo en relación con los preceptos de la Ley orgánica 8/2000 relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y al derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad debe conllevar la nulidad del inciso 'residentes', que figura en cada uno de ellos, pues como se ha expuesto en los correspondientes fundamentos jurídicos tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa."

Por todo ello el fallo de la sentencia es como sigue:

"Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 1707/2001, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en consecuencia:

"1º. Declarar la inconstitucionalidad, con los efectos que se indican en el fundamento jurídico 17, de los artículos 7.1, 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

"2º. Declarar inconstitucional y nula la inclusión del término 'residentes' en los artículos 9.3 y 22.2 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

"3º. Declarar que no es inconstitucional el artículo 60.1 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, interpretado en los términos expresados en el fundamento jurídico 15 de esta sentencia.

"4º. Desestimar el recurso en todo lo demás."

VOTO PARTICULAR

Formulado por el magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, al que se adhiere el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y el magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel

El voto particular sostiene que:

"Mi discrepancia se centra esencialmente en la construcción doctrinal contenida en los fundamentos jurídicos 3 y 4, que constituyen la base de sustentación de lo que después a lo largo de ulteriores fundamentos, razonan la inconstitucionalidad de los preceptos.

"Más que una tediosa réplica a cada uno de los argumentos de dichos fundamentos que no comparto, me parece conveniente oponer mi concepción global distinta, empezando por una especie de proclamación sintética de partida. A mi juicio si en nuestra Constitución se establece una distinción inicial entre españoles y extranjeros y en nuestro ordenamiento infraconstitucional se establece para las situaciones de estancia ilegal de los ciudadanos extranjeros la medida de su expulsión, el que nuestro ordenamiento legal de ciertos derechos fundamentales de los extranjeros (en este caso los de reunión, asociación y sindicación) se imponga como condición del disfrute y ejercicio por aquéllos la de su estancia o residencia legal en España, resulta de pura coherencia sistemática; empero, resulta contrario a ella la simultaneidad de la garantía de los derechos de que aquí se trata sin exigencia de la referida condición y la previsión de su expulsión por no cumplirla.

"En mi personal interpretación del sentido del artículo 13 de la CE, clave en este caso de toda la sentencia, tal precepto supone una diferenciación de partida de la posición constitucional de los españoles y de los extranjeros. Por ello no puedo compartir la construcción de la sentencia que pretende apoyarse en una interpretación sistemática del título I de la CE, en la que subyace un criterio apriorístico de equiparación, para derivar de él una limitación al legislador a la hora de reglar los términos del disfrute de los derechos de que se trata por los ciudadanos extranjeros, límite cuyo exacto anclaje constitucional no encuentro.

"La Constitución, cuando establece en el artículo 13 el estatus de los extranjeros, remite en primer lugar a los tratados, y en segundo lugar a la ley. Son así los tratados el único límite discernible que la Constitución fija al legislador. Pero a su vez los tratados, en cuanto límite impuesto al legislador por la Constitución, habrán de tomarse en su totalidad; de modo que cuando en ellos se consagra un derecho, pero a la vez se permite que los estados puedan limitarlo por las razones que en ellos se indican, llegado el momento de examinar si las limitaciones establecidas en relación con la atribución de dicho derecho a un ciudadano extranjero, habrá de analizarse si tales limitaciones pueden entrar o no entre las permitidas por los tratados, y en concreto si la limitación de la estancia legal en España puede considerarse amparada en esos tratados.

"Al respecto, y en cuanto se refiere a los derechos de reunión, asociación y sindicación es preciso observar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 21 y 22, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos Y de las Libertades Fundamentales, de 6 de noviembre de 1950, en su artículo 14, permiten en condiciones similares las restricciones de los derechos que sus citados preceptos consagran, siempre que dichas restricciones 'estén previstas en la Ley y sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás' (artículos 21 y 22 del Pacto), o 'constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la pre-

vención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenos' (artículo 11.2 del Convenio Europeo). Que ante una situación masiva de entradas y estancias ilegales de ciudadanos extranjeros el legislador establezca como condición de disfrute de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros la de la estancia o residencia legal en España, creo que entra con absoluta naturalidad entre las restricciones que los tratados internacionales referidos admiten respecto de los derechos que consagran, en concreto en el de la protección de la seguridad o del orden público.

"Creo que ese debía ser el esquema conceptual de partida, y no el seguido en la sentencia.

"[…] Hay que tener en cuenta que cuando el artículo 10 de la CE se refiere a la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, no sitúa exclusivamente en aquélla dicho fundamento, sino que a ella añade 'los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, todos los cuales son fundamento del orden político y de la paz social'.

"Por ello no me parece correcta la alusión exclusiva a la dignidad de la persona como fundamento del orden público y de la paz social, para insertar de partida, de modo generalizado, una exigencia referida a tal orden reducida a ese solo fundamento, sin considerar todos los elementos constitucionales que lo componen.

"[…] En definitiva, esa condición, la estancia legal en España, no es sino expresión inmediata del respeto a la Ley, que es, se reitera, junto con los demás elementos normativos del artículo 10.1 de la CE, uno de los que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social, respeto incompatible con una situación social generalizada y masiva de incumplimiento. Así pues, a mi juicio, la apelación a la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social, no me resulta consistente, utilizado con la generalidad con la que se usa en el pasaje de la sentencia aludida."

Tribunal Constitucional. Sanción administrativa a un registrador de la propiedad por percibir derechos arancelarios por la expedición de certificaciones de denominaciones sociales, por los conceptos arancelarios de "asiento de presentación" y "busca", sin base normativa legal. Sanción inconstitucional por constituir una interpretación *in malam partem* la integración de la conducta en el supuesto tipificado normativamente. Votos particulares discrepantes

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 229/2007. Recurso de amparo núm. 5790/2004
FECHA: 5 de noviembre de 2007
PONENTE: D. Javier Delgado Barrio
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 25 de la CE; artículo 565 del Decreto de 14 febrero de 1947 (Reglamento hipotecario), y disposición adicional 3 de la Ley 8/1989, de 13 de abril (Ley de tasas y precios públicos)
DOCTRINA: Sanción administrativa a un registrador de la propiedad por percibir derechos arancelarios por la expedición de certificaciones de denominaciones sociales, por los conceptos arancelarios de "asiento de presentación" y "busca", sin base normativa legal.
Sanción inconstitucional por constituir una interpretación *in malam partem* la integración de la conducta en el supuesto tipificado normativamente.

SUPUESTO DE HECHO

La Dirección General de los Registros y del Notariado llevó a cabo una inspección con el fin de comprobar si el recurrente en amparo aplicaba los conceptos arancelarios de "presentación" y "busca". Al constatar que efectivamente cobraba por los referidos conceptos, se inició un procedimiento disciplinario por considerar que podía haber incurrido en la falta grave, tipificada en el artículo 566 del Reglamento hipotecario, y en la muy grave prevista en el artículo 565.3.

Tras instruirse el correspondiente procedimiento sancionador se acordó imponer al recurrente en amparo una sanción de suspensión en el ejercicio de funciones de tres meses por la comisión de una falta muy grave, prevista en el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario, consistente en la percepción de derechos arancelarios sobre valores distintos a los legalmente establecidos.

Contra esta resolución se interpuso un recurso de alzada. Por Resolución de 1 de agosto de 2001 del subsecretario del Ministerio de Justicia se desestimó el recurso. Esta resolución fue impugnada en vía contencioso-administrativa. Por sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de mayo de 2004 se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

Contra esta sentencia se formula un recurso de amparo y el Tribunal Constitucional lo estima y anula la resolución sancionadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En la demanda de amparo se aduce que la sanción impuesta y las resoluciones que la confirman vulneran el derecho que consagra el artículo 25.1 de la CE. El recurrente alega, en primer lugar, que ha sido sancionado en virtud de una norma, el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario, que carece de cobertura legal, y por ello considera que se le ha vulnerado su derecho fundamental a la legalidad en materia sancionadora en su vertiente formal (artículo 25.1 de la CE). También sostiene que la sanción impuesta vulnera el principio de legalidad (artículo 25.1 de la CE) en su contenido material, ya que, a su juicio, la interpretación efectuada por la Administración de lo dispuesto en el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario, y confirmada por la sentencia impugnada, constituye una extensión analógica *in malam partem* del referido precepto.

El Tribunal Constitucional afirma que:

"la sanción impuesta tiene cobertura legal en la disposición adicional tercera de la Ley de tasas y precios públicos, que es, además, como se ha indicado, la norma que la Administración invoca como cobertura legal del Reglamento cuya aplicación determinó la imposición de la sanción, lo que conlleva que la alegación por la que se aduce la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora en su vertiente formal debe ser desestimada."

En la vertiente de la legalidad material el Tribunal Constitucional examina si se ha producido un "apartamiento del tenor literal del precepto" reglamentario citado que ha dado lugar a su aplicación fuera del supuesto de hecho que describe, "comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas". En relación con este aspecto la sentencia impugnada declara "que la aplicación de *conceptos arancelarios improcedentes* infringe no sólo la cuantía y la base arancelaria, sino la propia dicción literal del precepto contenido en el artículo 565.3, que no pretende otra cosa que sancionar la conducta del funcionario que, mediando dolo o culpa grave, percibe derechos *arancelarios inaplicables* al caso concreto".

El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión planteada con los siguientes argumentos:

"la resolución judicial se refiere a la aplicación de conceptos arancelarios improcedentes, percepción de derechos arancelarios inaplicables. Estas definiciones cubren desde luego la conducta del demandante, pero la cuestión es la de si están o no comprendidas dentro del tipo que describe el artículo 565.3 del Reglamento. […] Y no es éste el caso: la actuación del demandante no ha consistido en aplicar y percibir unos conceptos arancelarios procedentes a valores distintos de los previstos legalmente, sino en percibir derechos arancelarios inaplicables en el caso. El razonamiento de las resoluciones impugnadas implica una argumentación *a fortiori*: si es constitutivo de infracción administrativa el percibir aranceles sobre valores distintos de los legalmente establecidos también debe considerarse infracción administrativa percibir aranceles por conceptos inaplicables, porque, según razona la decisión sancionadora, ello 'implica la infracción tanto de la cuantía como de la base arancelaria'.

"Ha de concluirse, pues, que la Administración se ha apartado del tenor literal del precepto reglamentario, llevando a cabo una interpretación analógica *in malam partem* de la norma que tipifica la infracción, lo que lesiona el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 de la CE [RCL 1978, 2836]), en su vertiente material.

"Es de añadir que, poco tiempo después de las resoluciones administrativas aquí impugnadas, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, artículo 101, reguló el régimen disciplinario de los registradores introduciendo, en lo que ahora importa, una infracción disciplinaria muy grave consistente en 'la percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquéllos se rijan', artículo 313.A).g), de suerte que hoy no habría problemas de tipicidad en el aspecto objetivo de la conducta."

El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado y declara la nulidad de la resolución sancionadora.

Formulado por el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

"A mi juicio, la sanción no se basó en una aplicación analógica *in malam partem* del tipo administrativo en el que se previene la infracción apreciada, puesto que la conducta sancionada reunía los requisitos subjetivos y objetivos que integran la infracción.

"Desde nuestro canon de control de constitucionalidad sólo cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem* de las normas sancionadoras, vulneradora del principio de legalidad, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios; sea por apartamiento del tenor literal del precepto, por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional o por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (STC 123/2001, de 4 de junio [RTC 2001, 123], y todas las que se citan en su F 11).

"Discrepo de que la interpretación realizada por la Administración 'se aparte del tenor literal del precepto'. Los preceptos no tienen una sola interpretación que sea la única respetuosa con su tenor literal. Tan respetuosa con la literalidad del precepto me parece la interpretación reduccionista que se hace en la sentencia de la que disiento, como aquella otra que permite entender, a mi juicio más acertadamente, que las oficinas del registro también realizan operaciones que no devengan honorarios (artículos 589 y 590 del Reglamento hipotecario [RCL 1947, 476, 642]) o, lo que es lo mismo, operaciones que carecen o no tienen asignado valor a efectos arancelarios –valor cero en términos económicos– por lo que devengar honorarios sobre las mismas implica 'la percepción de derechos arancelarios sobre valores distintos a los legalmente establecidos', que es justamente la conducta sancionable."

Formulado por el magistrado don Pablo Pérez Tremps

"Este Tribunal ha sostenido que 'cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas' (STC 38/2003, de 27 de febrero [RTC 2003, 38], F 8). Igualmente, en relación con este derecho fundamental, se ha destacado que 'nuestro control queda, pues, delimitado en cuanto a su finalidad por el objetivo de evitar que las resoluciones judiciales aplicadoras de preceptos sancionadores impidan a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente (STC 133/1987 [RTC 1987, 133], fundamento jurídico 5), y en cuanto a los criterios o pautas de enjuiciamiento por la verificación del respeto del tenor literal de los preceptos sancionadores aplicados y de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos' (STC 151/1997, de 29 de septiembre [RTC 1997, 151], F 4).

"Bajo la invocación del artículo 25.1 de la CE (RCL 1978, 2836), nuestro control, como ya se ha señalado, queda limitado a verificar el respeto del tenor literal de los preceptos sancionadores aplicados. En virtud de ello, no cabe afirmar que la conclusión alcanzada en este caso por las resoluciones administrativas y la judicial de que el artículo 565.3 del Reglamento hipotecario, cuando se refiere a cobro de derechos arancelarios sobre valores distintos de los previstos legalmente, que incluye no sólo la cuantía diferente a la señalada sino también la inexistencia de dichos conceptos, resulte, desde el análisis constitucional que nos es propio, una interpretación que resulte ajena a su tenor literal, en la medida en que es el resultado de dotar a uno de los conceptos en discusión un concreto contenido semántico que no es extravagante ni ajeno al sentido común de su uso lingüístico ordinario.

"Ni la ulterior decisión legislativa de reformar completamente el régimen sancionador de los registradores, sustituyendo el previsto en el Reglamento hipotecario, ni el propio tenor literal del concreto precepto sancionador citado alcanzan a poner de manifiesto el eventual problema de tipicidad que parece argumentarse en la posición de la mayoría. Otra cosa es que la reforma pueda satisfacer conveniencias de técnica normativa, pero no a subsanar necesariamente carencias constitucionales."

Tribunal Constitucional. La falta de notificación adquiere relevancia constitucional cuando: *a*) el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; *b*) el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente, y *c*) el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente. La falta de emplazamiento personal en un expediente administrativo sancionador, sin que la Administración agote las posibilidades existentes a su alcance para conocer el verdadero domicilio del sancionado, conlleva falta de diligencia de la Administración, y transgrede el derecho de defensa constitucionalmente garantizado.

ÓRGANO: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional
RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 219/2007. Recurso de amparo núm. 2204/2005
FECHA: 8 de octubre de 2007
PONENTE: D. Eugeni Gay Montalvo
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24 de la CE
DOCTRINA: La falta de notificación adquiere relevancia constitucional: *a*) que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; *b*) que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente, y c) que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente.
Las garantías del artículo 24.2 de la CE son aplicables al procedimiento administrativo sancionador como medio de preservación de los valores que fundamentan este precepto constitucional.
La falta de emplazamiento personal en un expediente administrativo sancionador, sin que la Administración agote las posibilidades existentes a su alcance para conocer el verdadero domicilio del sancionado, conlleva falta de diligencia de la Administración y transgrede el derecho de defensa constitucionalmente garantizado.

SUPUESTO DE HECHO

El recurrente en amparo fue sancionado por una infracción de tráfico con una multa de 120 euros. Contra la resolución formula un recurso contencioso-administrativo cuya fundamentación es que se había producido una defectuosa notificación de los trámites del expediente, puesto que la denuncia le fue notificada en un domicilio erróneo, y al resultar desconocido se publicó un edicto en el tablón de anuncios y en el BOCAM de 24 de enero de 2004. Posteriormente la resolución sancionadora se le notificó en su domicilio y al no ser hallado en dos ocasiones, los días 12 y 15 de marzo de 2004, se le dejó nota en el buzón y se notificó por medio del BOCAM de 27 de abril de 2004 y en el referido tablón.

El recurso fue rechazado por sentencia de 18 de febrero de 2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Madrid y contra la sentencia se formula un recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional estima el recurso y anula la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Constitucional hace expresa mención de la semejanza que existe entre este caso y el que ha sido objeto de la STC 157/2007, de 2 de julio, así como también de los resueltos en las STC 54/2003, de 24 de marzo (RTC 2003, 54), y 145/2004, de 13 de septiembre, por lo que reproduce la doctrina de la STC 157/2007, F 3, que recoge la de estas últimas. Interesa destacar de la doctrina de la STC 157/2007 lo siguiente:

"para que la falta de emplazamiento personal revista relevancia constitucional, deben concurrir los siguientes requisitos: 'en primer lugar, que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; en segundo lugar, que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente; y, por último, que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente' (F 3)."

La aplicación de la doctrina constitucional en el caso concreto se proyecta por el Tribunal Constitucional del siguiente modo:

"El examen de las actuaciones permite constatar que […] formalmente se cumplieron los trámites legalmente previstos para la comunicación de los actos administrativos citados: notificación de la denuncia y del decreto de imposición de la sanción pecuniaria. […] el promotor del amparo ha aportado un documento, relativo al censo electoral, que permite advertir que en el momento de producirse la notificación de la denuncia por infracción de tráfico el Ayuntamiento de Madrid conocía su domicilio actual y en el que con posterioridad recibió el sobre remitido por el Ayuntamiento de Madrid conteniendo la notificación edictal de la imposición de la multa de 120 euros.

"En atención a todo lo anterior ha de afirmarse que la Concejalía de Gobierno, de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid no adoptó las medidas necesarias para procurar averiguar el verdadero domicilio del infractor, una vez que se había frustrado el acto de comunicación por ser el domicilio desconocido del mismo en la c/ Almansa núm. 88 8-B, como al parecer sí hizo a los efectos de la notificación de la multa administrativa.

"En consecuencia la Administración infringió el deber de diligencia que para la realización de los actos de comunicación le es exigida por la jurisprudencia constitucional citada, más si, como señala la legislación, respecto al censo electoral los ayuntamientos actúan como colaboradores de la oficina del censo, por lo que al ente local le hubiera bastado consultar sus propios archivos para conocer el verdadero domicilio del recurrente, sin que dicha averiguación resultase un comportamiento excesivo o desproporcionado para los medios con los que cuenta para cumplir sus fines y así posibilitar la notificación personal de la denuncia sin tener que recurrir al recurso extraordinario de la notificación edictal. En estas circunstancias debe rechazarse la concurrencia de falta de diligencia del recurrente en amparo, alegada en el fundamento jurídico 2 de la sentencia, máxime cuando no existe ningún dato en las actuaciones que permita afirmar que tuvo conocimiento del procedimiento administrativo sancionador antes de que éste hubiese concluido.

"Como quiera que en el caso concreto la imposibilidad de actuar en el procedimiento del solicitante de amparo viene provocada por la no adopción por parte de la Administración de las medidas necesarias encaminadas a agotar las posibilidades existentes a su alcance para conocer el verdadero domicilio del recurrente, es evidente que la falta de diligencia de la Adminis-

tración en la averiguación del domicilio transgredió constitucionalmente el derecho a la defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE.

"En este caso, como ya hemos declarado en la STC 157/2007, de 2 de julio, reiterando la doctrina de la STC 54/2003, de 24 de marzo, y 145/2004, de 13 de septiembre, 'la sanción se ha impuesto de plano [al] demandante de amparo, esto es, sin respetar procedimiento contradictorio alguno y, por tanto, privándole de toda posibilidad de defensa durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador (STC 291/2000, de 30 de noviembre [RTC 2000, 291], F 12)'."

El Tribunal Constitucional estima el recurso y anula la resolución recurrida.

JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA

Cita y aplica en el mismo sentido la STC de 2 de julio de 2007, sobre la necesidad de emplazar personalmente al imputado, siempre que sea posible, en un procedimiento administrativo sancionador.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Violación de los artículos 9 del Convenio y 2 del Protocolo núm. 1 por la negativa de las autoridades internas a conceder una exención total de una asignatura que figura imperativamente en el programa de enseñanza obligatoria en Noruega, cuyo contenido es el estudio del cristianismo, la religión y la filosofía. El Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Éste es el límite a no sobrepasar.

SUPUESTO DE HECHO

La causa trata de las quejas presentadas por unos padres que no profesan la religión cristiana: *a*) la queja fundada en los artículos 9 del Convenio y 2 del Protocolo núm. 1 referente a la negativa de las autoridades internas a conceder a sus hijos una exención total de una asignatura que figura imperativamente en el programa de enseñanza obligatoria en Noruega, cuyo contenido es el estudio del cristianismo, la religión y la filosofía, y *b*) la queja de discriminación contraria al artículo 14 del Convenio en relación con las dos disposiciones citadas en la primera queja y el artículo 8 del Convenio.

ANTECEDENTES

Noruega tiene una religión de Estado y una Iglesia Nacional a la que pertenece el 86% de la población. El artículo 2 de la Constitución dispone:

"Toda persona que resida en el Reino tiene derecho a practicar libremente su religión. La religión evangélica luterana es la religión oficial del Estado. Los habitantes del Reino que la profesen deberán educar a sus hijos en esta fe."

La enseñanza de la religión cristiana forma parte de los programas educativos en Noruega desde 1793. Desde 1889, los miembros de comunidades religiosas distintas a la Iglesia Nacional de Noruega podían quedar exentos total o parcialmente de esta asignatura. En concreto, de acuerdo con el artículo 12.6 de la Ley de 1969, los hijos de padres no pertenecientes a la Iglesia de Noruega podían quedar exentos, a petición de sus padres, de todas o parte de las asignaturas de religión cristiana. Los alumnos dispensados podían recibir en su lugar clases de filosofía.

La enseñanza primaria y secundaria obligatoria fue reformada entre 1993 y 1997. En 1995 se publicó un libro blanco sobre el cristianismo, la religión y la filosofía (en adelante "la asignatura de KRL"), en el que el Ministerio de Asuntos Religiosos, Educación e Investigación, a partir del 1 de enero de 2002, el Ministerio de Educación e Investigación (en adelante "el Ministerio") indicaba las directrices a seguir en materia de exención:

"Ningún alumno debe tener la impresión de que es desagradable o estigmatizante gozar de una exención. Ningún alumno debe verse obligado a ser el representante de una filosofía de vida específica, razón por la cual la escuela deberá proceder con la mayor precaución en clase y en la escuela en general

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Gran Sala. Asunto caso Folgero y otros contra Noruega. Demanda núm. 15472/2002
FECHA: Sentencia de 29 de junio de 2007
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 9 del Convenio de Roma y 2 del Protocolo núm. 1
DOCTRINA: El artículo 2 del Protocolo núm. 1 no permite distinguir entre la instrucción religiosa y las demás disciplinas. Ordena al Estado respetar las convicciones, tanto religiosas como filosóficas, de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública. Este deber es de amplia aplicación puesto que vale para el contenido de la instrucción y la manera de dispensarla, pero también en el ejercicio del conjunto de "funciones" que asume el Estado. El verbo "respetar" significa mucho más que "reconocer" o "tener en cuenta". Además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado cierta obligación positiva.
Los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente vinculada al goce y el ejercicio del derecho a la instrucción.
La segunda frase del artículo 2 del Protocolo número 1 no impide a los estados difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de resultar impracticable.
El Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidos de mane-

cuando tramite las solicitudes de exención. La exención de ciertas partes del plan de estudios no deberá concederse automáticamente a ciertos alumnos. Si las circunstancias se prestan a ello y si el alumno y sus padres lo desean, se podrá sacar provecho del contexto y las razones que han llevado a la exención. Una exención no constituye un pasaporte a la ignorancia."

Durante la preparación de las enmiendas a la Ley, el Ministerio encargó al señor E. Mose, a la sazón juez de un tribunal de apelación, que evaluase la asignatura de KRL desde el punto de vista de las obligaciones que derivaban para Noruega del Derecho Internacional público. En su informe de 22 de enero de 1997, el señor Mose, sobre la cuestión de la dispensa de la asignatura de KRL, declaró:

"Tal como se presenta la situación, creo que lo más seguro sería prever un derecho general de exención. Así, los órganos internacionales de control no tendrían que examinar más a fondo las cuestiones espinosas que puede suscitar una enseñanza obligatoria. Sin embargo, no puedo decir que una exención parcial sea contraria a los convenios, a condición de que el funcionamiento del sistema respete las obligaciones pertinentes previstas por estos tratados. Todo dependerá del curso del proceso legislativo y de la manera en la que se ponga en práctica la asignatura."

Los artículos 7 y 13 de la Ley de 1969 fueron modificados por la Ley de 19 de junio de 1997 (núm. 83), que entró en vigor el 1 de julio de 1997. Las nuevas disposiciones no prevén la exención total, y en lo que aquí más interesa establecen:

"Con la presentación de una nota por escrito de sus padres, un alumno quedará exento de las partes de la enseñanza asegurada en la escuela frecuentada que ellos estimen, desde el punto de vista de su propia religión o filosofía de vida, que correspondan a practicar otra religión o a abrazar otra filosofía de vida."

Durante el año escolar 1999-2000, esta asignatura se extendió a todos los niveles de enseñanza.

En el año 1998, la Asociación Humanista Noruega, así como ocho grupos de padres miembros de la Asociación con hijos escolarizados en primaria, presentaron recursos en los tribunales noruegos contra la negativa de la administración de los colegios a las solicitudes formuladas por los padres para la exención total de sus hijos de la asignatura de KRL. Los recursos fueron desestimados finalmente por los tribunales internos.

El 15 de febrero de 2002, los padres e hijos demandantes presentaron su demanda ante el TEDH en virtud del Convenio.

El 25 de marzo de 2002, otros cuatro grupos de padres que también habían sido partes en los citados procesos internos enviaron, junto a sus hijos, una comunicación (núm. 1155/2003) al Comité de Derechos Humanos de la ONU en virtud del Protocolo al Pacto Internacional de 1966, sobre los derechos civiles y políticos.

El Comité admitió la comunicación en la medida que trataba de las cuestiones planteadas en el ámbito de los artículos 17, 18 y 26 del Pacto. En cuanto al fondo, el Comité declaró que el marco de funcionamiento de la asignatura de KRL, incluido el régimen de exención, tal como se aplicaba respecto a los recurrentes constituía una violación del artículo 18.4 del Pacto.

ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Los demandantes sostienen que la asignatura de KRL no estaba asegurada de forma objetiva, crítica ni pluralista y que no cumple con los criterios deducidos por el tribunal de la interpretación dada del artículo 2 del Protocolo núm. 1 en la sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca (de 7 de diciembre de 1976, serie A, núm. 23). A este respecto, remiten asimismo al criterio de "neutralidad y objetividad" enunciado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en el asunto Hartikainen contra Finlandia a propósito de la disposición

> ra objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Éste es el límite a no sobrepasar.

correspondiente que figura en el artículo 18.4 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos.

En opinión del Gobierno, se deduce de la sentencia dictada por el Tribunal en el asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen que no puede constatarse ninguna violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1, debido a la falta de derecho a una exención total de la asignatura de KRL. Como reconoce esta sentencia (apartado 53), desde el momento en que la educación se basa en conocimientos, puede en la mayor parte de los casos plantear cuestiones de convicción. Los padres ni siquiera están autorizados a oponerse a tal educación, sin lo cual "toda enseñanza institucionalizada corría el riesgo de resultar impracticable". Un derecho de exención total como el reclamado por los demandantes en el presente caso haría evidentemente aún más impracticable toda enseñanza institucionalizada y obligatoria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal considera que cabe examinar la queja de los padres desde el punto de vista del artículo 2 del Protocolo núm. 1, *lex specialis* en materia de educación y que dispone:

"A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas."

Principios generales que establece el TEDH

El TEDH establece:

a) Deben leerse las dos frases del artículo 2 del Protocolo núm. 1 a la luz no solamente la una de la otra, sino también, concretamente, de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio (sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen).

b) Es sobre este derecho fundamental sobre el que se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones filosóficas y religiosas, y la primera frase no distingue, como tampoco la segunda, entre enseñanza pública y enseñanza privada. La segunda frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1 trata en resumen de salvaguardar la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial para la preservación de la "sociedad democrática" tal como la concibe el Convenio. Debido al peso del Estado moderno, es sobre todo a través de la enseñanza pública como debe llevarse a cabo este proyecto (sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, previamente citada, pgs. 24-25, ap. 50).

c) El artículo 2 del Protocolo núm. 1 no permite distinguir entre la instrucción religiosa y las demás disciplinas. Ordena al Estado respetar las convicciones, tanto religiosas como filosóficas, de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública (sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, previamente citada, pg. 25, ap. 51). Este deber es de amplia aplicación, puesto que vale para el contenido de la instrucción y la manera de dispensarla, pero también en el ejercicio del conjunto de "funciones" que asume el Estado. El verbo "respetar" significa mucho más que "reconocer" o "tener en cuenta". Además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado cierta obligación positiva. La palabra "convicciones", aisladamente, no es sinónimo de los términos "opinión" e "ideas". Se aplica a opiniones que alcanzan cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia (sen-

tencias, previamente citadas, Valsamis, pgs. 2323-2324, aps. 25 y 27, y Campbell y Cosans [TEDH 1982, 1], pgs. 16-17, aps. 36-37).

d) El artículo 2 forma un todo que domina su primera frase. Al prohibirse a sí mismos "denegar el derecho a la instrucción", los estados contratantes garantizan a todos aquellos que se encuentran bajo su jurisdicción un derecho de acceso a los establecimientos escolares existentes en un momento dado y la posibilidad de obtener, mediante el reconocimiento oficial de los estudios realizados, un beneficio de la enseñanza cursada (sentencias Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, previamente citada, pgs. 25-26, ap. 52, y Lingüística belga (principal), de 23 de julio de 1968, serie A, núm. 6, pgs. 31-32, ap. 4).

e) Al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les corresponde prioritariamente "asegurar la educación y la enseñanza", los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente vinculada al goce y el ejercicio del derecho a la instrucción (*ibídem*).

f) Aunque en ocasiones se deba subordinar los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría; exige un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo y que evite todo abuso de una posición dominante (sentencia Valsamis, previamente citada, pg. 2324, ap. 27).

g) Sin embargo, la definición y planificación del programa de estudios competen en principio a los estados contratantes. Se trata, en gran medida, de un problema de oportunidad sobre el que el Tribunal no debe pronunciarse y cuya solución puede legítimamente variar según los países y las épocas (sentencia Valsamis, previamente citada, pg. 2324, ap. 28). En particular, la segunda frase del artículo 2 del Protocolo no impide a los estados difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de resultar impracticable (sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, previamente citada, pg. 26, ap. 53).

h) La segunda frase del artículo 2 implica, por el contrario, que el Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite a no sobrepasar (ibidem).

i) Para examinar la legislación en litigio desde el punto de vista del artículo 2 del Protocolo núm. 1, así interpretado, ha de prestarse atención, evitando al mismo tiempo apreciar su oportunidad, a la situación concreta a la que intentó e intenta todavía enfrentarse. Ciertamente, pueden producirse abusos en la manera en que una escuela o un maestro determinados aplican los textos en vigor, y corresponde a las autoridades competentes velar, con el mayor cuidado, por que las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrariadas a este nivel por imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo (sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, previamente citada, pgs. 27-28, ap. 54).

Aplicación de los citados principios en el presente caso

En la descripción de la cuestión el TEDH afirma:

"combinada con la cláusula de vocación cristiana, la descripción del contenido y de los objetivos de la asignatura de KRL que figuraba en el artículo 2-4 de la Ley de 1998 de educación y en los demás textos que constituían el marco legislativo, hacía pensar que existían unas diferencias no solamente cuantitativas sino también cualitativas que distinguían la enseñanza del cristianismo de la de las demás religiones y filosofías. Vistas estas disparidades, cabe preguntarse como podía lograrse el objetivo enunciado en el punto v), consistente en 'promover la comprensión, el respeto y la aptitud para el diálogo entre las personas con creencias y convicciones diferentes'. Para el Tribunal, estas diferencias son tales que difícilmente se verían atenuadas por la obligación impuesta a los maestros por el artículo 2-4 de utilizar una pedagogía uniforme para las diferentes religiones y filosofías (apartado 23 *supra*)."

El TEDH se plantea si se puede considerar que el desequilibrio descrito respeta los límites aceptables en el sentido del artículo 2 del Protocolo núm. 1 gracias a la posibilidad para los alumnos de quedar parcialmente exentos de la asignatura de KRL, en virtud del artículo 2-4.4 de la Ley de 1998 de educación. En términos de dicho texto:

"Con la presentación de una nota escrita por sus padres, un alumno quedará exento de las partes de la enseñanza asegurada en la escuela frecuentada que ellos estimen, desde el punto de vista de su propia religión o filosofía de vida, que corresponden a practicar otra religión o a abrazar otra filosofía de vida."

A este respecto, el TEDH:

"recuerda que, tal como indicó en su Decisión de admisibilidad de 14 de febrero de 2006, las limitaciones al ámbito del litigio derivadas de la Decisión de 26 de octubre de 2004, por la cual admitía parcialmente la demanda, no le impedían estudiar los aspectos generales del dispositivo de exención parcial para examinar la queja relativa a la negativa a conceder una exención total (apartado 8 *supra*)."

El Tribunal señala al respecto que, concretamente, el mecanismo de exención parcial suponía en primer lugar que los padres en cuestión fuesen informados correcta y detalladamente del contenido de las asignaturas previstas para poder identificar y señalar, por anticipado, a la escuela las partes que les pareciesen incompatibles con sus propias convicciones y creencias. Como los profesores no estaban formalmente obligados a seguirlos, debía ser difícil para los padres estar informados permanentemente del contenido de la asignatura impartida en clase y localizar las partes incompatibles con sus convicciones. Ello debía resultar aún más difícil cuando lo que planteaba el problema era la orientación general de la asignatura de KRL a favor del cristianismo.

En segundo lugar, según la circular F-03-08, salvo en los casos en los que la solicitud de exención se refiere a las actividades claramente religiosas y en la que no se requiere una justificación, los padres debían argumentar razonablemente su solicitud para obtener una exención parcial.

El TEDH señala:

"que la información sobre las convicciones religiosas y filosóficas personales se refiere a algunos de los aspectos más íntimos de la vida privada. […] En el presente caso, cabe señalar que los padres no estaban sujetos a la obligación de divulgar sus convicciones personales como tales […] el Tribunal estima que el riesgo de que los padres se sintiesen obligados a desvelar a los establecimientos escolares unos aspectos íntimos de sus convicciones religiosas y filosóficas era inherente a la condición de que argumentasen de forma razonable su solicitud de exención parcial. Este riesgo de obligación era aún más real cuando, como ya se ha dicho, era difícil para los padres identificar las partes de la asignatura que correspondían, en su opinión, a practicar otra religión o a adherirse a otra filosofía de vida. Además, la cuestión de si una solicitud de exención era razonable aparentemente era una fuente de conflicto, que los padres preferían evitar absteniéndose simplemente de solicitar una exención."

El TEDH también señala:

"que, incluso cuando la solicitud de exención parcial proveniente de los padres se considerase razonable, ello no quería necesariamente decir que el alumno en cuestión quedase exento de la parte de la asignatura de que se trataba."

En conclusión:

"el Tribunal considera que el mecanismo de exención parcial podía someter a los padres en cuestión a una pesada carga y al riesgo de que su vida privada fuese indebidamente expuesta y que existía la posibilidad de que el conflicto latente les disuadiese de pedir tal exención. En algunos casos, concretamente en las actividades de carácter religioso, el alcance de la exención parcial podía verse reducido de manera importante por la enseñanza diferenciada. Esto difícilmente puede considerarse compatible con el derecho de los padres al respeto de sus convicciones a efectos del artículo 2 del Protocolo núm. 1 interpretado a la luz de los artículos 8 y 9 del Convenio. No hay que olvidar, a este respecto, que el Convenio tiene como fin 'proteger unos derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos' (sentencia Öcalan contra Turquía [GC], núm. 46221/1999, ap. 135, TEDH 2005–...)."

Según el Gobierno, los demandantes podían haber tratado de que sus hijos recibiesen una instrucción diferente matriculándolos en escuelas privadas, muy subvencionadas por el Estado demandado, el cual financia el 85% de todos los gastos vinculados a la creación y el funcionamiento de las mismas. El Tribunal considera:

"que, en el presente caso, la existencia de tal posibilidad no exime al Estado de su obligación de garantizar el pluralismo en las escuelas públicas abiertas a todos."

El TEDH finaliza estableciendo:

"En estas condiciones, pese a los numerosos y loables objetivos legislativos que se afirman en la introducción de la asignatura de KRL en los establecimientos escolares públicos de primaria y del primer ciclo de secundaria, parece que el Estado demandado no veló suficientemente por que las informaciones y conocimientos que figuran en el programa de esta asignatura fuesen difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista para cumplir con las exigencias del artículo 2 del Protocolo núm. 1. El Tribunal concluye, en consecuencia, que la negativa a que los hijos de los demandantes quedasen totalmente exentos de la asignatura de KRL vulneró esta disposición."

El TEDH declara, por nueve votos contra ocho, que ha habido violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 y, por unanimidad, que el Estado demandado deberá abonar conjuntamente a los demandantes, dentro del plazo de tres meses, la suma total de 70.000 euros en concepto de gastos y costas.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Denegación de una autorización para la constitución de una asociación de financiación del PNV francés por percibir financiación del PNV español, persona moral extranjera. Se trata de una injerencia prevista en la ley cuya finalidad es la defensa del orden institucional para que no se instaure un vínculo de dependencia.

ÓRGANO: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Primera. Asunto Partido Nacionalista Vasco-Organización Regional de Iparralde contra Francia. Demanda núm. 71251/2001
FECHA: 7 de junio de 2007
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 10 y 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
DOCTRINA: Denegación de una autorización para la constitución de una asociación de financiación del PNV francés por percibir financiación del PNV español, persona moral extranjera.
Se trata de una injerencia en el ejercicio de los derechos garantizados por el artículo 1 del Convenio, prevista en la ley, cuya finalidad es la defensa del orden institucional para que no se instaure un vínculo de dependencia.

SUPUESTO DE HECHO

El asunto tiene su origen en una demanda dirigida contra la República Francesa, por el Partido Nacionalista Vasco-Organización Regional de Iparralde ("el partido demandante"), que presentó ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Al objeto de poder percibir fondos, en particular contribuciones económicas de EAJ-PNV, el partido demandante constituyó una asociación de financiación, conforme al artículo 11 de la Ley de 11 de marzo de 1988, relativa a la transparencia financiera de la vida política. El 16 de septiembre de 1998, en aplicación del artículo 11-1 de esta misma Ley, solicitó la aprobación de esta asociación a la Comisión Nacional de Cuentas de Campaña y de Financiamientos Políticos ("CCFP").

El 22 de enero de 1999, la CCFP rechazó la solicitud. El 22 de junio de 1999, el partido demandante presentó ante la CCFP un recurso de reposición que fue rechazado el 2 de julio de 1999. El 3 de septiembre de 1999, el partido demandante presentó ante el Consejo de Estado una demanda de anulación de esta última decisión, demanda que la alta jurisdicción administrativa rechazó el 8 de diciembre de 2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Opinión de la Comisión de Venecia[1]

En su opinión, que se basa concretamente en un estudio interno de cuarenta y cuatro estados miembros del Consejo de Europa, la Comisión de Venecia indica que la financiación de los partidos políticos a través de fondos extranjeros está prohibida o sustancialmente restringida en veintiocho de ellos; los otros dieciséis estados no conocen tales limitaciones. Subraya que las

1. La Comisión de Venecia, que fue creada en 1990 y sus miembros son expertos independientes. Es un órgano consultivo del Consejo de Europa en el ámbito del Derecho Constitucional (www.venice.coe.int). Su principal actividad consiste en prestar asesoramiento para la preparación de las constituciones, enmiendas constitucionales y legislación para-constitucional, así como la legislación sobre las minorías o legislación electoral. La colaboración de la Comisión con los tribunales está dirigida por el Consejo Mixto de Justicia Constitucional, órgano que está integrado por los agentes de enlace designados por los tribunales, y los miembros de la Comisión.

reglamentaciones nacionales relativas a los partidos políticos son fruto de la historia, las tradiciones políticas y la práctica, de forma que varían mucho de un Estado a otro. En el ámbito de la financiación, iría desde la ausencia total de reglamentación (en Suiza por ejemplo) o la no prohibición de la financiación extranjera (Chipre, Bosnia-Herzegovina, República Checa y Hungría, concretamente), hasta el principio afirmado de la prohibición de las aportaciones y donaciones extranjeras (como en Francia y en la Federación de Rusia), pasando por limitaciones estrictas (Armenia, Azerbaiyán, Georgia y Moldavia, en particular) o excepciones más o menos amplias a este principio en lo que respecta a fondos provenientes de estados miembros de la Unión Europea (España, Alemania, Reino Unido –salvo Irlanda del Norte– y Lituania, por ejemplo).

Vista la naturaleza política de la Unión Europea y el "nuevo orden jurídico" que constituye, la Comisión de Venecia juzga "razonable y apropiado" que los estados miembros de la Unión adopten un enfoque específico en cuanto a la financiación de partidos políticos por partidos políticos constituidos en otros estados miembros de la Unión.

En conclusión, la Comisión de Venecia subraya que dada la variedad de enfoques sobre la cuestión de un Estado miembro del Consejo de Europa a otro, no puede haber una respuesta única a la cuestión de la necesidad "en una sociedad democrática" de la prohibición de la financiación de los partidos políticos por partidos políticos extranjeros.

Estima, sin embargo, que la experiencia de la cooperación de los partidos políticos en el seno de organizaciones e instituciones supranacionales europeas aboga a favor de un enfoque menos restrictivo; tal cooperación es en efecto en sí misma necesaria "en una sociedad democrática", si bien no es evidente que suceda lo mismo en lo que respecta a los obstáculos a esta cooperación por medio de la prohibición de toda relación financiera entre partidos políticos constituidos en estados diferentes.

Diversas circunstancias pueden no obstante justificar que se prohíban las contribuciones de partidos políticos: cuando (concretamente) las contribuciones se utilizan para alcanzar unos fines ilegales (por ejemplo, cuando el partido extranjero en cuestión defiende discriminaciones o violaciones de derechos humanos), ponen en tela de juicio la equidad o la integridad de la competición política, desequilibran el proceso electoral, amenazan la integridad territorial del Estado en cuestión u obstaculizan su desarrollo democrático, o cuando se trata de una obligación internacional que pesa sobre el Estado.

Así, en opinión de la Comisión de Venecia, para decidir si la prohibición de la financiación de los partidos políticos por partidos políticos extranjeros es compatible con las exigencias del artículo 11 del Convenio, se debe examinar cada caso individualmente, teniendo en cuenta la legislación general sobre la financiación de los partidos políticos vigente en el Estado de que se trate así como sus obligaciones internacionales –entre ellas, en su caso, las resultantes de su calidad de miembro de la Unión Europea.

Valoración del Tribunal

El Tribunal recuerda que los partidos políticos dependen del artículo 11 del Convenio (ver, por ejemplo, las sentencias Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía de 30 de enero de 1998 y Partido Socialista y otros contra Turquía de 25 de mayo de 1998. Por ello esta disposición es claramente aplicable en el presente caso.

En relación con la existencia de una injerencia, el TEDH establece que:

"La Ley de 11 de marzo de 1988, relativa a la transparencia económica de la vida política, limita las fuentes de financiación de los partidos políticos: el límite de las donaciones de personas físicas es de 7.500 euros por año y persona; se prohíben las contribuciones de las personas morales (a excepción de los partidos o las agrupaciones políticas francesas) y de los estados extranjeros. En contrapartida, se distribuyen unos créditos públicos a los partidos políticos proporcionalmente a sus resultados en las elecciones a la Asamblea Nacional (artículos 8 y 9 de la Ley). Visto el impacto de las circunstancias denunciadas en la capacidad económica del partido demandante de desarrollar su actividad política, el Tribunal no duda de la existencia de una injerencia en el ejercicio de los derechos garantizados por el artículo 11.

"Dicha injerencia vulnera el artículo 11 salvo si está 'prevista por la Ley', persigue uno o varios de los fines legítimos en virtud del apartado 2 y es 'necesaria en una sociedad democrática' para alcanzarlos."

Respecto a si la injerencia está prevista por la Ley, el TEDH establece:

"El Tribunal recuerda que sólo se puede calificar de 'ley' una norma enunciada con la suficiente precisión para permitir a cada persona –rodeándose en su caso de asesores– prever, hasta un grado razonable en las circunstancias de la causa, las consecuencias que pueden derivar de un acto determinado; la experiencia muestra sin embargo la imposibilidad de llegar a una precisión absoluta en la redacción de las leyes (ver, por ejemplo, sentencia Ezelin contra Francia de 26 de abril de 1991 [TEDH 1991, 30], serie A, núm. 202, ap. 45).

"El Tribunal comprende por el contrario las interrogaciones del partido demandante en cuanto a la previsibilidad de la negativa a la solicitud de aprobación de la asociación de financiación que había constituido. […] El Tribunal percibe, sin embargo, la lógica de la interpretación de los citados textos efectuada por el Consejo de Estado ya que una lectura estricta de los mismos llevaría a conceder un beneplácito que debería posteriormente retirarse, teniendo la CCFP –señala el Gobierno– una competencia vinculada. Admitiendo, en consecuencia, la previsibilidad de esta interpretación, el Tribunal concluye que la injerencia en litigio estaba 'prevista por la Ley'."

Respecto a si la injerencia persigue un fin legítimo, el TEDH establece:

"Por lo que respecta al 'fin legítimo', el Consejo de Estado apreció 'la defensa del orden". Subraya a este respecto que los partidos políticos 'tienen por vocación concurrir a la expresión del sufragio dentro del respeto a los principios de la soberanía nacional" y 'que el legislador, prohibiendo a los estados extranjeros y a las personas morales de derecho extranjero financiar los partidos políticos nacionales, quiere evitar que se instaure así un vínculo de dependencia que sería perjudicial para la expresión de la soberanía nacional'; el objetivo así perseguido tendría relación con la defensa del 'orden institucional'.

"El Tribunal admite que la noción de 'orden' en el sentido de los artículos 10 y 11 engloba el 'orden institucional', incluso si los términos 'defensa del orden' ('prevention of disorder' en la versión inglesa de los artículos 10 y 11 del Convenio) se refieren esencialmente a la preservación de la paz civil. Admitiéndose así la legitimidad de este fin, el Tribunal considera que, contrariamente a lo que sostiene el partido demandante, la circunstancia de que la prohibición vale también para las contribuciones de partidos políticos constituidos en otro Estado miembro de la Unión Europea no es suficiente para ponerla en tela de juicio; en su opinión, este elemento particular debe ser tenido en cuenta en el marco del examen de la 'necesidad' de la injerencia.

"El Gobierno añade que la Ley aspira también a la 'prevención del delito' en la medida en que sería más difícil controlar el origen y la licitud de los fondos provenientes del extranjero. El Tribunal señala que éste no fue el análisis del Consejo de Estado

en el presente caso, pero considera inútil resolver esta cuestión puesto que es suficiente con que la injerencia persiga uno sólo de los fines legítimos enumerados. Se limita pues a la constatación precedente: la finalidad de la injerencia concierne a la 'defensa del orden'."

Respecto a si la injerencia es necesaria en una sociedad democrática, el TEDH establece:

"El Tribunal no está muy convencido en lo que respecta a la prohibición de financiación por partidos políticos extranjeros; no ve del todo por qué, por este solo hecho, estaría en tela de juicio la soberanía de los estados. Es, por otra parte, sorprendente revelar que las líneas directrices anteriormente citadas –que, precisamente, contemplan esta cuestión a la luz tanto de la necesidad de garantizar la 'seguridad democrática' como de la libertad de asociación política– no indican que debiera ser así, si bien subrayan la necesidad de prohibir la financiación por 'empresas extranjeras'. El Tribunal estima, no obstante, que esta cuestión depende del margen de apreciación residual de los estados contratantes, siendo éstos libres de determinar qué fondos extranjeros pueden recibir los partidos políticos. En apoyo de este enfoque, señala el hecho de que del dictamen presentado en este caso por la Comisión de Venecia se deduce que los estados miembros del Consejo de Europa están divididos en cuanto a la cuestión de la financiación de los partidos políticos mediante fondos extranjeros (apartado 29 *supra*), y que, en su Recomendación de 8 de abril de 2003 sobre las normas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y de las campañas electorales, el Comité de Ministros del Consejo de Europa recomienda a los gobiernos de los estados miembros 'limitar, prohibir o reglamentar de manera específica las donaciones de origen extranjero' (artículo 7; apartado 18 *supra*). Ello lleva al Tribunal a considerar que, como tal, la imposibilidad para los partidos políticos de percibir fondos de partidos extranjeros no es incompatible con el artículo 11 del Convenio.

"El partido demandante sostiene que se debe no obstante adoptar un enfoque específico en lo que respecta a la financiación de un partido político constituido en un Estado miembro de la Unión Europea por un partido político constituido en otro Estado miembro de la Unión Europea. En opinión del Tribunal, éste es sin duda un elemento a considerar puesto que cierta 'intrusión' de tales partidos en la vida política de otros estados miembros de la Unión puede parecer inscribirse en la lógica de la construcción europea. Tal parece ser, por lo demás, el enfoque de la Comisión de Venecia que subraya en su opinión el interés de la cooperación económica entre partidos europeos a escala europea y que estima que la prohibición enjuiciada podría enfrentarse al principio comunitario de la libre circulación de capitales (apartado 31 *supra*).

"Por un lado, sin embargo, no corresponde al Tribunal inmiscuirse en cuestiones que afectan a la compatibilidad del Derecho interno de un Estado miembro con el proyecto comunitario. Por otro lado, la elección llevada a cabo por el legislador francés de no hacer excepción a esta prohibición en beneficio de los partidos políticos constituidos en otros estados miembros de la Unión es una elección eminentemente política, que depende en consecuencia de su margen de apreciación residual."

Respecto a si la injerencia es proporcional, el TEDH establece:

"Queda por determinar en concreto si la medida criticada es proporcional al fin perseguido, es decir, evaluar en este caso su impacto en la capacidad del partido demandante de ejercer una actividad política. El Tribunal recuerda al respecto que, en el marco de la evaluación de la 'necesidad' de la injerencia en el derecho a la libertad de asociación, la magnitud de la injerencia es determinante. En efecto, el Tribunal ha precisado que 'la disolución de un partido político unida a una prohibición temporal a sus dirigentes de ejercer responsabilidades políticas era una medida radical y que medidas de tal severidad únicamente podían aplicarse en los casos más graves' (sentencia Refah Partisi y otros [TEDH 2001, 496], previamente citada, ap. 81); por el contrario, deberían poder admitirse mejor las 'medidas laxas'.

"En el presente caso, el Gobierno subraya con razón que la medida criticada no cuestiona la legalidad del partido demandante, no pone trabas jurídicamente a su participación en la vida política, ni consiste en una censura de las tesis que éste quiere desarrollar en la arena política. En efecto, como indica el partido demandante, para tener una actividad política plena debe renunciar a las ayudas del Partido Nacionalista Vasco español. Sin embargo, para financiar su actividad política dispondría, no obstante, de las cuotas de sus miembros y de las donaciones de personas físicas –incluidas las no francesas– que podría recaudar a través de un mandatario financiero o de una asociación de financiación aceptada sobre la base de una nueva solicitud. Asimismo, en derecho, nada impediría que percibiese fondos de otros partidos políticos franceses, ni que se beneficiase del sistema de financiación pública establecido por el legislador francés. Es cierto, como señala el partido demandante, que sus fuentes de financiación parecen algo hipotéticas en su caso concreto: visto su objetivo político es improbable que obtenga el apoyo de un partido francés; visto su ámbito geográfico de acción, tiene vocación de participar más bien en elecciones locales que en parlamentarias, de forma que no parece estar en condiciones de beneficiarse del régimen de financiación pública (basado en los resultados en las elecciones legislativas). Sus candidatos a las elecciones gozarían, no obstante, en todos los casos de las mismas ventajas que aquéllos de los demás partidos en lo que respecta a la financiación de su campaña electoral (el Estado corre a cargo de 'la propaganda oficial' y reembolso, bajo ciertas condiciones, de los gastos de campaña).

"En definitiva, el impacto de la medida criticada en la capacidad del partido demandante de ejercer una actividad política no es desmesurado. Si la prohibición de obtener contribuciones del Partido Nacionalista Vasco español afecta a sus recursos, lo coloca a este respecto en una situación que no es otra que la de todo partido pequeño sin dinero."

Visto lo que antecede, el Tribunal estima que la injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de asociación del partido demandante puede considerarse "necesaria en una sociedad democrática" para la "defensa del orden" en el sentido del artículo 11 del Convenio. En consecuencia, no ha habido violación de esta disposición ni aisladamente ni en relación con el artículo 10 del Convenio.

Opinión disidente del señor Rozakis

"Lamento no poder concluir, al igual que la mayoría del Tribunal, con la no-violación del artículo 11 en las circunstancias de la causa, por los motivos siguientes:

"[…] puedo también comprender que el control de la financiación de los partidos políticos sea más riguroso cuando los fondos provengan de un Estado extranjero –en este caso se puede incluso admitir totalmente la imposición de una prohibición absoluta–, o de entidades extranjeras, concretamente de partidos políticos extranjeros. Sin embargo, cuando unos partidos políticos extranjeros estén en tela de juicio, debería imponerse con la mayor prudencia una prohibición general e incondicional de las transacciones y ayudas económicas y teniendo debidamente en cuenta las corrientes y tendencias modernas así como las realidades políticas existentes en ciertas partes del mundo –muy particularmente en el contexto estrechamente integrado de la Unión Europea.

"[…] Estimo pues que no se puede considerar que la Ley, como tal, vulnera la libertad de asociación garantizada por el artículo 11 del Convenio. No pone trabas a la creación de una

asociación –lo que constituiría según la jurisprudencia del Convenio una injerencia de las más graves–, y limita la prohibición a la financiación de los partidos políticos por un Estado extranjero –lo que, en mi opinión, está absolutamente justificado en virtud del apartado 2 del artículo 11– sin resolver la cuestión de la financiación de un partido político por un partido político extranjero, que deberá resolverse a la luz de la interpretación de la expresión amplia de 'persona moral', la cual puede englobar a los partidos políticos extranjeros, pero no necesariamente. Esta interpretación puede depender de las circunstancias de un asunto concreto o de la evolución social, a escala local, nacional o internacional.

"[…] no se tuvo en cuenta el hecho de que los dos partidos funcionan en el seno de la Unión Europea. Este último elemento tiene una importancia primordial y cambia fundamentalmente los parámetros de esta causa respecto a las circunstancias de otros casos en los que la financiación de un partido político proveniente de un partido extranjero se produce en un contexto internacional 'no organizado'. En el presente caso, los dos partidos francés y español son entidades legalmente constituidas en el seno de sus respectivos estados, Francia y España, miembros de la Unión Europea. Aunque se pueden comprender las reticencias de algunos círculos, concretamente el Consejo de Europa, que recomiendan unos controles estrictos –que pueden llegar a la prohibición total– de las operaciones de financiación de partidos políticos provenientes del extranjero debido a los peligros que ello puede implicar para el buen funcionamiento de los partidos en cuestión, la problemática no es la misma cuando se trata de dos partidos que dependen de la Unión Europea y que desarrollan su actividad en un contexto integrado por veintisiete países miembros. En efecto, incluso en este contexto, se pueden imponer controles y restricciones, y el artículo 11 de la Ley francesa conserva su sitio. Sin embargo, en el presente caso, lo que me parece inaceptable y, en mi opinión, actúa directamente sobre el alcance de las restricciones autorizadas por el segundo apartado del artículo 11 del Convenio, es el desconocimiento total, por aquellos que han aplicado la Ley interna, de las especificidades de un asunto que implica a dos partidos que operan en el contexto concreto del proceso de unificación europeo."

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La normativa comunitaria es compatible con cláusulas de jubilación forzosa referidas al trabajador que alcance el límite de edad previsto (65 años) y que cumpla con las demás condiciones en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva.

La validez de tales cláusulas posee un doble condicionante: que estén justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.

SUPUESTO DE HECHO

Tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid en el procedimiento entre Félix Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios, SA.

ANTECEDENTES[2]

El Sr. Palacios de la Villa trabajaba para Cortefiel desde 1981 como director de organización. El 18 de julio de 2005 Cortefiel le comunicó la extinción automática de su relación laboral por haber alcanzado la edad de jubilación forzosa prevista en el convenio colectivo. El interesado es acreedor de una pensión de jubilación del cien por cien de su base de cotización de 2.347,78 euros.

El 2 de julio de 2005 se había publicado la Ley 14/2005, que, en su disposición transitoria única, lo autorizaba.

En la demanda, el trabajador solicita que se declare nula la medida de que ha sido objeto, por vulneración de su derecho a la no-discriminación por razón de la edad, dado que dicha medida se adopta únicamente por haber alcanzado el trabajador los 65 años.

Mediante un auto de 14 noviembre 2005 el Juzgado de lo Social cuestiona la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la disposición transitoria única de la Ley 14/2005. Los convenios que se negocien tras la entrada en vigor de la esta Ley sólo pueden contener cláusulas de jubilación forzosa si se cumple, además del requisito de que el trabajador de que se trate tenga derecho a pensión, la condición de que con esta medida se per-

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Luxemburgo (Gran Sala). Cuestión prejudicial. Asunto C-411/05
FECHA: 16 de octubre de 2007
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre
DOCTRINA: La prohibición de toda discriminación por razón de edad (Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre) no impide que existan cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos. La normativa comunitaria es compatible con cláusulas de jubilación forzosa referidas al trabajador que alcance el límite de edad previsto (65 años) y que cumpla con las demás condiciones en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva.
La validez de tales cláusulas posee un doble condicionante: que estén justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y que los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.

2. Extraídos de Antonio V. SEMPERE NAVARRO, "¿Valen las jubilaciones forzosas al amparo de convenios negociados entre 2001 y 2005?". Repertorio de Jurisprudencia, 23/2007. BIB 2007/2254.

sigan objetivos relacionados con la política nacional de empleo y expresados en el mismo convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o el incremento de la calidad del empleo.

Surge así una diferencia de trato entre los trabajadores que alcancen 65 años en función únicamente de si el convenio colectivo que les resulte aplicable haya entrado en vigor antes o después del 2 de julio de 2005 –fecha de publicación de la Ley 14/2005–, siendo así que si el convenio ha entrado en vigor antes de tal fecha no se tienen en cuenta las exigencias de la política de empleo, pese a que se imponen en la Directiva 2000/78, a la que debía darse cumplimiento a más tardar el 2 de diciembre de 2003.

Se subrayan tres circunstancias que apuntan hacia la nulidad de la cláusula transitoria de referencia:

–No exige contraprestaciones de empleo al imponer la jubilación forzosa.

–Desde 2001 la variación experimentada en el mercado de trabajo ha sido netamente favorable, al tiempo que la decisión del legislador español de introducir dicha disposición transitoria no ha tenido otro objetivo que, movido por los agentes sociales, modificar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia.

–El Tribunal Constitucional no ha justificado en ningún caso que la negociación colectiva por sí misma sirva de argumento objetivo y razonable para el establecimiento de la jubilación forzosa llegada una determinada edad.

El Juzgado considera que el Derecho Comunitario se opone efectivamente a la aplicación de la disposición transitoria única de la Ley 14/2005, y suscita dos cuestiones prejudiciales:

a) ¿El principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad, reconocido por el artículo 13 del Tratado y el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78, se opone a una ley nacional (en concreto el primer párrafo de la disposición transitoria única) que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos, que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y con las condiciones establecidas en la normativa del Estado español en materia de Seguridad Social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva?

b) ¿El principio de igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de edad, reconocido por el artículo 13 del Tratado y el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78, obligan al juez nacional a no aplicar al caso la citada disposición transitoria única?

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Sobre la aplicabilidad de la Directiva

"la Directiva 2000/78 tiene por objeto el establecimiento de un marco general para garantizar la igualdad de trato de todas las personas 'en el empleo y la ocupación', ofreciendo una protección eficaz contra las discriminaciones basadas en las razones indicadas en su artículo 1, entre las que se encuentra la edad. […] Es cierto que, con arreglo a su decimocuarto considerando, la Directiva 2000/78 se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación. Sin embargo, este considerando se limita a precisar que la competencia de los estados miembros para determinar la edad de acceso a la jubilación no se ve afectada por la mencionada Directiva, sin excluir de modo alguno que ésta pueda aplicarse a las medidas nacionales que establecen los requisitos para la extinción de un contrato de trabajo por alcanzarse la edad de jubilación así determinada. […] Por lo tanto, esta Directiva se aplica a una situación como la que ha dado origen al litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente."

Sobre la interpretación de los artículos 2 y 6 de la Directiva 2000/78

"debe considerarse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, […] una diferencia de trato directamente basada en la edad, en el sentido del artículo 2, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2000/78. […] Sin embargo, por lo que respecta a las diferencias de trato por motivos de edad, […] no constituyen una discriminación prohibida en el sentido del artículo 2 de la misma Directiva 'si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios'.

"[…] no puede deducirse del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78 que la falta de indicación en la normativa nacional de que se trate del objetivo que pretende alcanzarse tenga por efecto que se excluya automáticamente la posibilidad de que esté justificada a la luz de dicha disposición."

Sobre si la norma examinada está justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional

"Cuando no existe indicación en este sentido, es necesario, no obstante, que otros elementos, propios del contexto general de la medida en cuestión, permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo.

"[…] tras la derogación en 2001 de esta disposición adicional y la firma entre el Gobierno español y las organizaciones patronales y sindicales de la Declaración para el diálogo social sobre competitividad, empleo estable y cohesión social, suscrita en 2004, el legislador español volvió a reconocer la jubilación forzosa mediante la Ley 14/2005. […] En este contexto, habida cuenta de los numerosos litigios sobre la consideración que debían recibir, tras la derogación de la disposición adicional décima, las cláusulas de jubilación forzosa incluidas en los convenios colectivos celebrados al amparo de la Ley 8/1980, tanto en su versión original como en la aprobada mediante el Real decreto legislativo 1/1995 así como de la inseguridad jurídica resultante para los agentes sociales, la disposición transitoria única confirmó la posibilidad de establecer una edad límite de jubilación en aplicación de los mencionados convenios colectivos. […] Por lo tanto, situada en este contexto, la disposición transitoria única tiene por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo.

"[…] Por lo tanto, debe considerarse que, en principio, un objetivo como el contemplado en la normativa controvertida en el litigio principal justifica 'objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional', conforme a lo exigido por el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, que los estados miembros puedan establecer una diferencia de trato por motivos de edad."

Sobre si los medios empleados en la norma examinada para lograr el objetivo legítimo son "adecuados y necesarios"

"Falta aún por verificar, con arreglo al propio tenor de dicha disposición, si los medios empleados para lograr este objetivo legítimo son 'adecuados y necesarios'. […] Procede recordar en este contexto que, en el estado actual del Derecho Comunitario, los estados miembros y, en su caso, los agentes sociales a nivel nacional disponen de una amplia facultad de apreciación no sólo al primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, sino también al definir las medidas que les permitan lograr-

lo (véase, en este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2005 [TJCE 2005, 341], Mangold, C-144/04, Rec. p. I-9981, apartado 63).

"[…] Parece razonable que las autoridades de un Estado miembro estimen que una medida como la controvertida en el litigio principal puede ser adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo legítimo invocado en el marco de la política nacional de empleo, que consiste en favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo.

"[…] Además, no puede estimarse que con dicha medida se vean excesivamente menoscabadas las expectativas legítimas de los trabajadores que hayan sido objeto de una medida de jubilación forzosa por haber alcanzado el límite de edad previsto, puesto que la normativa pertinente no se basa sólo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que, al término de su carrera profesional, los interesados obtienen una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación, como la prevista por el régimen nacional controvertido en el litigio principal, que se fija en un nivel que no puede considerarse inadecuado.

"[…] Por otro lado, la normativa nacional pertinente ofrece a los agentes sociales la posibilidad de recurrir en los convenios colectivos y, por lo tanto, con una flexibilidad considerable al instrumento de la jubilación forzosa, de tal modo que pueden tenerse debidamente en cuenta no sólo la situación global del mercado de trabajo en cuestión, sino también las características propias de los puestos de que se trate.

"[…] A la luz de estos elementos, no puede sostenerse que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal sea incompatible con las exigencias de la Directiva 2000/78."

Respuesta a la cuestión planteada

"A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión planteada que la prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación, fijado en 65 años por la normativa nacional, y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto."

JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA

Cita y aplica en el mismo sentido sobre el alcance de la facultad de apreciación de los estados miembros la STJCE de 22 noviembre 2005 (TJCE 2005/341).

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, según el Derecho nacional, interponga, a título individual, un recurso contra la decisión de adjudicación, uno sólo de los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica que haya participado, como tal, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y a la que no se le haya adjudicado el referido contrato.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, por el Consiglio di Stato (Italia), en el procedimiento entre Consorzio Elisoccorso San Raffaele y Elilombarda Srl, Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano.

Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 1 de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, según el Derecho nacional, uno sólo de los miembros de una unión temporal de empresas carente de personalidad jurídica que haya participado, como tal, en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos y a la que no se haya adjudicado dicho contrato pueda interponer, a título individual, un recurso contra la decisión de adjudicación de éste.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El TJCEE recuerda su doctrina (en la que admitió que la Directiva 89/665 no se opone a que, según el Derecho nacional de un Estado miembro, únicamente la totalidad de los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica que haya participado) y establece:

"la Directiva 89/665 sólo establece los requisitos mínimos a los que deben responder los procedimientos de recurso establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales con el fin de garantizar el respeto de las disposiciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos (véase la sentencia de 19 de junio de 2003 [TJCE 2003, 182], GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartado 45 y la jurisprudencia allí citada).

ÓRGANO: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Luxemburgo (Sala Sexta)
CUESTIÓN PREJUDICIAL: Caso Consorzio Elisoccorso San Raffaele contra Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca'Granda di Milano y otros
FECHA: 4 de octubre de 2007
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992
DOCTRINA: La Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, según el Derecho nacional, interponga, a título individual, un recurso contra la decisión de adjudicación, uno sólo de los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica que haya participado, como tal, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y a la que no se le haya adjudicado el referido contrato.

"[…] En su sentencia Espace Trianon y Sofibail (TJCE 2005, 261), antes citada, el Tribunal de Justicia interpretó el artículo 1 de la Directiva 89/665 (LCEur 1989, 1895) en relación con una situación en la que el ordenamiento jurídico interno exigía que un recurso de anulación contra una decisión de adjudicación de un contrato público fuera interpuesto por la totalidad de los miembros que forman una unión temporal de empresas licitadora. Refiriéndose a una situación como la que era objeto de las cuestiones prejudiciales que se le habían planteado, señaló, en los apartados 19 a 21 de dicha sentencia (TJCE 2005, 261), que una unión temporal de empresas podía considerarse una persona con interés en obtener un contrato público en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, dado que, al haber presentado una oferta para el contrato público en cuestión, había demostrado su interés en obtener éste, y que nada se oponía en el asunto principal a que los miembros de la unión temporal de empresas interpusieran conjuntamente, en su condición de asociado o en su propio nombre, un recurso de anulación contra las decisiones controvertidas. […] declaró que el artículo 1 de la mencionada Directiva no se opone a que, según el Derecho nacional de un Estado miembro, únicamente la totalidad de los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica que haya participado, como tal, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y a la que no se le haya adjudicado ese contrato, pueda interponer un recurso contra la decisión de adjudicación de éste."

En respuesta a la posibilidad que un miembro de la unión temporal de empresas formule, al amparo de su Derecho nacional, un recurso en nombre propio establece:

"El Tribunal de Justicia no ha excluido que otros estados miembros puedan, en su Derecho nacional, conceder un acceso más amplio a los referidos recursos, estableciendo un concepto de legitimación activa más extenso que el mínimo garantizado por la citada Directiva. En efecto, a falta de una disposición específica de ésta, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar en particular si la legitimación activa en los procedimientos de recurso puede ampliarse a las empresas que forman parte de una unión temporal de empresas que haya licitado como tal, y en qué condiciones.

"A este respecto, procede recordar que, dado que se trata de la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras, dichas decisiones no deben privar de efecto útil a la Directiva 89/665 (LCEur 1989, 1895) (véase la sentencia de 12 de diciembre de 2002 [TJCE 2002, 369], Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 72), cuyo objetivo es garantizar que las decisiones ilegales de las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

"Sin embargo, a diferencia de lo que alega el Gobierno chipriota, una interpretación del artículo 1 de la referida Directiva que permita extender la legitimación activa a cada uno de los miembros de una unión temporal de empresas que haya licitado en un procedimiento de adjudicación de un contrato público no compromete dicho objetivo, sino que, por el contrario, puede ayudar a su realización."

La respuesta a la cuestión prejudical planteada es como sigue:

"El artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, según el Derecho nacional, uno solo de los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica que haya participado, como tal, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y a la que no se le haya adjudicado el referido contrato pueda interponer, a título individual, un recurso contra la decisión de adjudicación de éste."

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Régimen jurídico y gobierno local

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Impugnación por un concejal de un acto administrativo emanado de una administración autonómica, que recae sobre el ejercicio de facultades de tutela y actuación interadministrativa en materia de planificación urbanística. Está legitimado por tratarse de cuestiones que inciden en el ámbito de los cometidos propios de los miembros electos de las corporaciones locales.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda)
FECHA: 2 de julio de 2007
PONENTE: D. Rafael Salvador Manzana Laguarda
DEMANDANTE: Concejal del Ayuntamiento de Vila-real
DEMANDADO: Administración de la Generalitat Valenciana
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 23.1 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, de 28 de noviembre de 1986
DOCTRINA: Impugnación por un concejal de un acto administrativo emanado de una administración

SUPUESTO DE HECHO

Constituye objeto del presente recurso jurisdiccional la Resolución de 28 octubre de 2004 del *conseller* de Territorio y Vivienda que aprueba definitivamente la modificación puntual del PGOU del municipio de Vila-real, denominada "Tercer Instituto-Jardín Andalucía".

El recurso se interpone por el concejal de dicho Ayuntamiento D. Eusebio, que actúa en representación del grupo político municipal Entesa. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desestima el recurso contencioso-administrativo. Contra este acuerdo se formula un recurso contencioso administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Interesa examinar cómo resuelve el Tribunal la alegación de la falta de legitimación activa del concejal recurrente. El Tribunal Superior de Justicia plantea la cuestión del siguiente modo:

"el presente recurso no se dirige frente a un acuerdo emanado del Pleno municipal, del que dicho concejal obviamente forma parte, sino frente a un acto administrativo que emana de una administración distinta: la autonómica. Y así las cosas, hay que acudir a una reiterada doctrina del Tribunal Supremo que negaba legitimación a todo miembro de una corporación local que pretendiera impugnar un acto o un acuerdo de una corporación local si dicho miembro no había votado en contra del acuerdo en cuestión, sin admitir siquiera la posibilidad de impugnación aun en el caso de que tal miembro de la corporación no formara parte del órgano en el que se había votado el acuerdo (v. gr. la Comisión de Gobierno) y, por tanto, careciese de la oportunidad de votar en contra, con la única excepción de que la materia de la que se tratase concediese una legitimación a los vecinos, como en materia de urbanismo."

Seguidamente examina la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional:

"la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional no coinciden en relación con la legitimación de los miembros de las corporaciones locales que no perteneciendo a un determinado órgano de la corporación, pretenden sin embargo impugnar un acuerdo de uno de tales órganos, ya que el primero no permite la impugnación en tanto que el segundo si la permite, y así, el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia núm.108/2006, de 3 de abril (que cuenta con el voto particular de D. Javier Delgado Barrio, al que se adhiere D. Pablo Pérez Tremps), otorga el amparo a un miembro de una diputación provincial al que se inadmitió un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del presidente de la Diputación en cuya adopción, obviamente, no pudo intervenir, apreciando un interés concreto del diputado provincial, distinto del mero interés abstracto en defensa de la legalidad, interés concreto que nace de esa misma condición de diputado provincial que por esa circunstancia lo tiene en que la corporación local a la que pertenece ajuste su funcionamiento a derecho, para lograr los fines que le son propios y específicos como entidad local que es."

Presta especial atención a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de septiembre de 2006 y resuelve la cuestión en el sentido de reconocer la legitimación activa del concejal:

> autonómica, que recae sobre el ejercicio de facultades de tutela y actuación interadministrativa en materia de planificación urbanística. Está legitimado por tratarse de cuestiones que inciden en el ámbito de los cometidos propios de los miembros electos de las corporaciones locales.

"Esta doctrina del Tribunal Constitucional es aplicada por el Tribunal Superior de Justicia Madrid (Sección 3ª, Sentencia núm. 611/2006, de 4 de septiembre), 'al concejal de un ayuntamiento que pretende impugnar un acuerdo de la Comisión de Gobierno de aquél, Comisión de Gobierno a la que el concejal en cuestión no pertenece, relativo a la adjudicación de la concesión del servicio de recogida de residuos urbanos y servicio de limpieza, y lo es porque dicho concejal, en esa condición, tiene interés en que los contratos que se adjudican por el ayuntamiento al que pertenece, se hagan con pleno respeto a la legalidad que rige la materia de que se trata, porque la limpieza viaria y la recogida de residuos es una de las competencias clásicas de todo municipio y, por tanto, los concejales de la corporación local tienen un interés concreto en relación al correcto funcionamiento de esa competencia municipal'.

"Y este Tribunal no ve razón sólida para no aplicarla al supuesto que nos ocupa, en que se impugna un acto administrativo que aun procediendo de una administración distinta, recae, en ejercicio de facultades de tutela y de actuación interadministrativa propias de la actividad urbanística, sobre cuestiones que inciden en el ámbito de los cometidos propios de los miembros electos de las corporaciones locales. Procede, pues, admitir la legitimación activa cuestionada."

Admite la legitimación y en cuando al fondo desestima el recurso.

JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA

Cita la STSJ de Madrid de núm. 611/2006, de 4 de septiembre, sobre legitimación activa de concejales.

2. Haciendas locales

Tribunal Supremo. La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el TRLHL/2004, artículo 24.1.c), en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil.

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Tarragona dictó una sentencia estimatoria del recurso deducido por la entidad mercantil Telefónica Data España, SA.

Contra dicha sentencia formuló un recurso en interés de ley el Ayuntamiento de Reus.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ayuntamiento de Reus, declarando como doctrina legal la referida en el recuadro anterior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En lo relativo a la forma de resolver las contradicciones entre la LHRL y la Ley general de telecomunicaciones, el Tribunal Supremo afirma:

ÓRGANO: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda). Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación en interés de la ley núm. 26/2006
FECHA: 16 de julio de 2007
PONENTE: Excmo. Sr. Rafael Fernández Montalvo
DEMANDANTE: Ayuntamiento de Reus
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 24.1.c) del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (Ley de haciendas locales)

"una de las cuestiones suscitadas en el debate procesal de la instancia, la eventual contradicción entre el artículo 24.1.c) de la LRHL y la LGTecom no podía resolverse mediante la consideración prevalente de esta última, por la simple utilización de los principios de *lex specialis* y *lex posterior*, olvidando la especifica función que la primera de dichas leyes tiene, como ley básica, en el régimen local y singularmente del régimen jurídico financiero de la Administración local, dictada al amparo del artículo 149.1.18 de la CE (cfr. artículo 1 del Texto refundido de la LRHL])."

Sustenta que concurren los requisitos necesarios para proceder a examinar un recurso en interés de ley, y señala:

"Puede entenderse, asimismo, en línea con lo señalado en nuestra sentencia del pasado 18 de junio, que, en el presente caso, de acuerdo con el planteamiento efectuado por la representación procesal del Ayuntamiento, concurren los dos primeros requisitos necesarios para una eventual fijación de doctrina legal en el recurso de casación en interés de ley. En efecto, cabe compartir con dicha Administración que un criterio contrario al ordenamiento jurídico en orden a la aplicabilidad de la tasa cuestionada por utilización de un singular dominio público local, como son las vías públicas, puede tener una trascendencia considerable en el interés público que representa la legitima recaudación del ente local en orden a la suficiencia financiera que reconoce la propia (artículo 142), y en este sentido apunta la eventual reiteración de procesos que reflejan los precedentes de esta Sala sobre temas relativos a los la tasas del artículo 24 de la LRHL. También concurre la exigencia de conexión entre la doctrina propuesta y la que constituye el fundamento de las sentencia impugnada."

En cuanto al fondo del asunto establece:

"Como tuvo ocasión de señalar esta Sala en la reciente sentencia de 18 de junio de 2007, puede conceptualmente distinguirse una tasa general, referida a la utilización o aprovechamiento especial o exclusivo de bienes de dominio público, cuantificable en función del valor que tendría en el mercado la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público [artículo 24.1.a) de la LHL], y otra especial, en la que la utilización privativa o aprovechamiento especial se refiere específicamente al suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, cuantificable en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas [artículo 24.1.c) de la LHL]. Criterio, a este respecto, que quedó apuntado en la sentencia de 20 de mayo de 2002, y luego ha sido reiterado en ulteriores pronunciamientos relativos a ordenanzas reguladoras de la tasa por aprovechamiento especial de dominio público local (STS de 9, 10 y 18 de mayo de 2005 y de 21 de noviembre de 2005).

"Ahora bien, como advierte el Abogado del Estado, el hecho imponible de la tasa de que se trata no es la indefinida prestación por empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones, en un término municipal, de cualquier servicio, salvo el de telefonía móvil, sino, en los términos que se ha señalado, el aprovechamiento especial del dominio público local singularizado en el suelo, subsuelo o vuelo de vías públicas municipales."

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación en interés de ley interpuesto y declara como doctrina legal que:

"la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el artículo 24.1.c) del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil."

DOCTRINA: La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el TRLHL/2004, artículo 24.1.c), en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil.

3. Responsabilidad patrimonial de la Administración pública

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. El incumplimiento de la parte de un acuerdo municipal referido a la recalificación de la parcela genera responsabilidad patrimonial de naturaleza contractual y la indemnización se cuantifica con base a la diferencia de valor de la misma en función de la calificación producida y la que se hubiera debido producir en cumplimiento del acuerdo.

SUPUESTO DE HECHO

El recurrente propuso al Ayuntamiento de Jérica desistir de una querella criminal y de un recurso contencioso-administrativo, si el Ayuntamiento: *a*) construía los albañales necesarios para evitar la inundación de sus terrenos por las aguas pluviales; *b*) modificaba la calificación de determinada parcela, y *c*) retornaba el exceso percibido del impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana.

El Ayuntamiento de Jérica, en su sesión extraordinaria de 23 de noviembre de 1992, aceptó la propuesta del recurrente y acordó construir los albañales necesarios a fin de evitar las inundaciones de la parcela y se comprometió a adoptar las medidas necesarias para modificar la calificación de la parcela.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda). Sentencia núm. 814/2007
FECHA: 25 de julio de 2007
PONENTE: Ilmo. Sr. Juan Climent Barberá
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Jérica
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 139 y 142 de la LRJPAC

La recurrente retiró la querella criminal y desistió del proceso contencioso-administrativo, en los términos planteados en su propuesta.

Las Normas Subsidiarias de Jérica fueron aprobadas definitivamente por la Comisión Territorial de Urbanismo de Castellón, incluyendo la recalificación de los terrenos de la actora pero no en los términos del acuerdo municipal de 23 de noviembre de 1992.

La sentencia que desestima el recurso contra la resolución de la *conselleria* señala no obstante en sus fundamentos la existencia de responsabilidad contractual por parte del Ayuntamiento, que no resuelve por no existir acto previo del mismo, lo que imposibilita la condena legalmente posible.

La actora formula reclamación por responsabilidad patrimonial y es desestimada en vía administrativa.

El objeto de este recurso es el acto del Ayuntamiento de Jérica por el que se declara la inadmisión de la reclamación patrimonial formulada por la parte actora con motivo del incumplimiento de los compromisos adquiridos por dicho Ayuntamiento en su acuerdo plenario de 23 de noviembre de 1992.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

Fundamentos de derecho

El Tribunal Superior de Justicia califica la responsabilidad patrimonial de naturaleza contractual, que deriva de la existencia de:

"un negocio jurídico bilateral y sinalagmático entre actora y demandada determinado por la proposición de la parte actora y el acuerdo municipal que la acepta y establece los términos concretos en se configura –lo que lleva a estimar claramente la confluencia de voluntades manifestadas sobre un mismo contenido–, que es además de carácter sinalagmático y se traduce en la retirada de los procesos y acciones referidos por una parte y la realización de unas actuaciones perfectamente determinadas por la otra, que con ello contraen una serie de obligaciones de cuyo cumplimiento discrepan las partes, y del que depende la existencia de la responsabilidad patrimonial pedida, que deriva de esta relación de naturaleza contractual."

La naturaleza contractual de la responsabilidad patrimonial derivada del acuerdo plenario municipal de 23 de noviembre de 1992 trae como consecuencia, en opinión del Tribunal Superior de Justicia, que:

"resulta irrelevante la alegación de la demandada de que no existe convenio urbanístico […] Asimismo y en segundo lugar, esta naturaleza contractual de la responsabilidad patrimonial derivada del acuerdo plenario municipal de 23 de noviembre de 1992, trae como consecuencia que el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas contenido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, invocado por demandada no resulte aplicable a la presente reclamación patrimonial."

En opinión del Tribunal Superior de Justicia:

"existe daño consistente el detrimento patrimonial del valor de la parcela, causado por la diferencia entre la recalificación hecha y la comprometida por el Ayuntamiento, detrimento patrimonial que no tiene obligación jurídica de soportar la parte actora pues en definitiva se debe a un incumplimiento de los compromisos municipales adquiridos; del mismo modo y de manera especial la naturaleza jurídica contractual de la responsabilidad pedida, desvirtúa la alegación de prescripción de la demandada (fundamento de derecho tercero de los de la contestación de la demanda), fundada en el plazo de un año del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, plazo este que se ha de estimar de cinco años conforme al Real decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general presupuestaria."

DOCTRINA: El incumplimiento de la parte de un acuerdo municipal referido a la recalificación de la parcela genera responsabilidad patrimonial de naturaleza contractual y la indemnización se cuantifica con base a la diferencia de valor de la misma en función de la calificación producida y la que se hubiera debido producir en cumplimiento del acuerdo.

Establecida la naturaleza contractual de la responsabilidad patrimonial, el Tribunal Superior de Justicia examina la cuestión de si se han cumplido o no las obligaciones contraídas por ambas partes. En relación con la recalificación establece que:

"la recalificación aprobada es la que acordó el Ayuntamiento; y, en segundo lugar, que la recalificación efectivamente aprobada por el Ayuntamiento y definitivamente por la Administración autonómica no cumple los términos del compromiso adquirido […] y ello genera una responsabilidad patrimonial, por lo que se ha de estimar incumplido esta parte del compromiso y con ello la responsabilidad patrimonial correspondiente a dicho incumplimiento."

El Tribunal Superior de Justicia, una vez establecida la existencia de responsabilidad patrimonial de naturaleza contractual en relación con la recalificación de la parcela, fija la indemnización correspondiente en función del daño producido, que cuantifica con base a la diferencia de valor de la misma en función de la calificación producida y la que se hubiera debido producir en cumplimiento del acuerdo dicho.

El Tribunal Superior de Justicia estima en parte el recurso en lo referente a la responsabilidad patrimonial contractual derivada del incumplimiento completo del compromiso de recalificación, y declara como situación jurídica individualizada el derecho de la actora a ser indemnizada por el incumplimiento producido en la cuantía de 170.532, euros que deberán ser abonados a la misma por la Ayuntamiento demandado, más los intereses legales que se devenguen desde la notificación de la sentencia.

4. Potestad normativa. Ordenanzas

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Corresponde a los titulares de los locales de ocio la adopción de las medidas necesarias para que el consumo de bebidas o alimentos no se realice fuera de los mismos, pero no velar por el cumplimiento de una ordenanza fuera de sus establecimientos, correspondiendo a la Administración la adopción de las medidas necesarias para que no se produzcan conductas que puedan vulnerar el bien jurídico protegido en la ordenanza.

La Administración no puede a través de la comunicación del cambio de titularidad de la licencia requerir para que se proceda a adaptar la actividad a las nuevas condiciones establecidas en la ordenanza, lo cual podrá hacer a través de los oportunos requerimientos de subsanación de deficiencias en tanto que la licencia de actividad constituye un supuesto típico de autorización de funcionamiento.

SUPUESTO DE HECHO

La asociación de empresarios de espectáculos, salas de fiestas, discotecas y ocio de la Comunidad de Madrid formuló un recurso contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid por el que se aprueba la Ordenanza de protección atmosférica contra la contaminación por formas de energías.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

a) Se impugna el artículo 6.2 de la Ordenanza por entender que dicho artículo faculta al Ayuntamiento de Madrid para que por agentes municipales u otros funcionarios se practique una serie de pruebas para las que puede que no se encuentren facultados técnicamente, generando de este modo una prueba de cargo difícil de rebatir ya que gozará de la presunción de veracidad establecida en el artículo 137.3 de la LRJPAC.

El Tribunal Superior de Justicia establece que:

"El fundamento del motivo de impugnación es la falta de preparación o cualificación técnica de los funcionarios que procedan a realizar el control del cumplimiento de lo establecido en la ordenanza. Sin embargo, de la propia redacción de dicho artículo se deduce con meridiana claridad la falta de sustento de dicho motivo […]. Por otro lado, es necesario recordar que en atención al principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 137 de la Ley 30/1992, corresponde a la Administración la carga de la prueba de los hechos que entiendan vulnere los preceptos de la ordenanza, por lo que la falta de acreditación suficiente de los hechos denunciados por la falta de preparación de los funcionarios intervinientes en la inspección conllevará siempre el archivo del expediente sancionador incoado."

b) Se impugna el artículo 18.2 de la Ordenanza que se refiere a los planes zonales específicos de las zonas de protección acústica especial. El artículo 18.2 hace mención a medidas que podrán contener los planes zonales específicos que se hayan aprobando.

El Tribunal Superior de Justicia establece:

"Por tanto, no estableciendo, ni imponiendo dicho artículo la adopción obligatoria de determinadas medidas en el plazo de dos años, sino únicamente la aprobación de planes zonales en las que se habrán de contener las mismas, no procede anular dicho artículo sin perjuicio de la impugnación del acuerdo por el que se establezca un determinado plan zonal y una determinada serie de medidas a adoptar por los locales incluidos en el mismo."

c) Se impugna el artículo 18.2 y el artículo 22.2 de la Ordenanza por entender que en base a la disposición transitoria primera se está produciendo una aplicación retroactiva de una norma limitadora de derechos, entendiendo que dicha exigencia solamente puede ser requerida en la tramitación de las nuevas licencias que se soliciten. Igualmente se impugna el artículo 22.2 en referencia al cambio de titularidad de licencia y la exigencia de adaptar el vestíbulo del local, ya que el cambio de titularidad de la licencia no implica más que poner en conocimiento del Ayuntamiento dicha transmisión la licencia.

El Tribunal Superior de Justicia afirma que:

"No existe ninguna vulneración del ordenamiento jurídico por la aplicación retroactiva de una legislación limitadora de derechos en relación con la disposición transitoria primera en tanto que el artículo 22.2 va referido a las actividades de nueva implantación, y en relación artículo 18.2, como ya hemos dicho, hace referencia a posibles medidas a contener en los posibles planes zonales, lo que no conlleva la inmediata u obligatoria adopción de las medidas contenidas en dicho artículo."

El Tribunal Superior de Justicia valora de distinto modo la exigencia de la adopción de un vestíbulo acústico cuando se produzca un cambio en la titularidad de la licencia:

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda). Sentencia núm. 814/2007
FECHA: 5 de junio de 2007
PONENTE: Ilmo. Sr. Marcial Viñol y Palop
DEMANDANTE: La asociación de empresarios de espectáculos, salas de fiestas, discotecas y ocio de la Comunidad de Madrid
DEMANDADO: Ayuntamiento de Madrid
DOCTRINA: Corresponde a los titulares de los locales de ocio la adopción de las medidas necesarias para que el consumo de bebidas o alimentos no se realice fuera de los mismos, pero no velar por el cumplimiento de una ordenanza fuera de sus establecimientos, correspondiendo a la Administración la adopción de las medidas necesarias para que no se produzcan conductas que puedan vulnerar el bien jurídico protegido en la ordenanza.
La Administración no puede a través de la comunicación del cambio de titularidad de la licencia requerir para que se proceda a adaptar la actividad a las nuevas condiciones establecidas en la ordenanza, lo cual podrá hacer a través de los oportunos requerimientos de subsanación de deficiencias en tanto que la licencia de actividad constituye un supuesto típico de autorización de funcionamiento.

"La Administración no puede a través de la comunicación del cambio de titularidad de la licencia requerir para que se proceda a adaptar la actividad a las nuevas condiciones establecidas en la ordenanza, lo cual podrá hacer a través de los oportunos requerimientos de subsanación de deficiencias en tanto que la licencia de actividad –sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de octubre de 1999– constituye un supuesto típico de autorización de funcionamiento, en cuanto que permiten el desarrollo de una actividad a lo largo del tiempo, genera una relación permanente con la Administración, con lo que se atenúan o quiebran las reglas relativas a la intangibilidad de los actos administrativos declarativos de derechos debido a la condición antes reseñada. En igual sentido se pronuncia el mismo tribunal en sentencia de 20 de enero de 1988 (RJ 1988, 318) cuando establecía que 'la actividad a realizar posteriormente da lugar, como precisa la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 1987 (RJ 1987, 2916), a una relación permanente con la Administración –licencia de funcionamiento– que se caracteriza por la necesidad de disciplinar el futuro, debido a la influencia que dicha actividad tiene para el interés público que exige un constante intervencionismo de la Administración, de ahí que, precisamente por su naturaleza, las ordenanzas prevén su limitación a plazo determinado –sentencia de 5 de mayo de 1978 (RJ 1978, 1957)–'.

"Por tanto, sin perjuicio de que el Ayuntamiento pueda requerir a titular de la actividad para que en el plazo que estime oportuno proceda adecuar el local a los requisitos establecidos en la Ordenanza, no puede aprovechar la comunicación de cambio de titularidad para exigir la adopción de vestíbulo acústico, no siendo, por tanto, conforme a derecho el artículo 22.2 cuando exige la adopción del vestíbulo acústico cuando se produzca un cambio de titularidad."

d) Se impugna el artículo 22.9 de la Ordenanza por entender que se pretende sancionar a los titulares de un local por hechos realizados por terceros. El Ayuntamiento de lo que se penaliza es de la pasividad de los titulares de los locales cuando permitan conductas que causen contaminación acústica y los productos hayan sido adquiridos en dichos establecimientos, teniendo los titulares de local la obligación de adoptar las medidas necesarias en aras de impedir el consumo fuera del establecimiento autorizado.

El Tribunal Superior de Justicia establece:

"Sobre la posibilidad de hacer responsable al titular del local de las molestias o disturbios que se puedan producir fuera del mismo por el consumo de bebidas alcohólicas se ha pronunciado esta Sala en sentencia, entre otras, de fecha 22 de diciembre de 2000, en la que se decía que: 'Y por otra parte los argumentos que el informe utiliza se refiere mas bien a la aglomeración de personas en la vía pública y las molestias causadas por este motivo, cuestión esta que nada tiene que ver con el ejercicio de la actividad pretendida ni con las análogas pues se realizan fuera de los locales, y cuyo control e impedimento de que dicha presencia de personas en la vía pública corresponde precisamente a la corporación demandada y no a los titulares de los locales en cuestión, pues como señala la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1992, esas conductas que pueden calificarse de alteraciones del orden público en su sentido estricto no dimanan de la apertura de local análogo al enjuiciado, sino de unos actos cuya prevención y sanción corresponde a la Administración; que aún cuando tienda a evitar unos efectos indeseables, no puede acudir a la denegación de una licencia que deba otorgarse pues con esto actuación, aún estando ética y subjetivamente fundada se infringe el ordenamiento jurídico por desviación de poder'.

"En definitiva, no corresponde a los titulares de los locales velar por el cumplimiento de la Ordenanza fuera de sus establecimientos, correspondiendo a la Administración la adopción de las medidas necesarias para que no se produzcan conductas que puedan vulnerar el bien jurídico protegido en la ordenanza, pero sí la adopción de las medidas necesarias para que el consumo de bebidas o alimentos no se realice fuera de los mismos.

"Cuestión distinta es la referente a las actividades de alimentación, ya que mientras los productos adquiridos en locales de ocio se hace con la finalidad de consumirlos en el interior, no ocurre lo mismo con los productos adquiridos en tiendas de alimentación que se realizan con la finalidad de consumirlos fuera del local, ya que de lo contrario estaríamos obligando a todos los ciudadanos a consumir dentro del local los productos alimenticios adquiridos en supermercados, ultramarinos u otros locales similares. Por tanto, la obligación de los titulares de actividades de alimentación sobre la necesidad de adoptar las medidas necesarias en aras de impedir el consumo de bebidas o alimentos fuera del establecimiento no puede alcanzar a dicho tipo de establecimientos.

"En definitiva, debemos concluir que el artículo 22.9 no es conforme a derecho únicamente en lo referente a la inclusión de los locales de alimentación."

e) Se impugna el hecho tipificado como sanción administrativa en el artículo 60.i), que hay que ponerlo en relación con el artículo 22.8.b) de la Ordenanza, que establece la obligación de "desconexión de todos los elementos de reproducción/ampliación sonora 30 minutos antes de su horario autorizado de cierre".

El Tribunal Superior de Justicia afirma que:

"ni la Ley 17/1997, ni las órdenes dictadas en desarrollo de la misma, autorizan a la Administración demandada a regular o imponer el horario de funcionamiento de los elementos de reproducción/ampliación de sonido. […] teniendo la Comunidad de Madrid la competencia para establecer el cierre de los locales, y estableciendo que la ambientación musical coincidirá con la hora de cierre, no cabe entender que dicho precepto autorice a la Administración demandada, invocando la normativa especial en materia de protección ambiental que se pueda adoptar, a restringir el funcionamiento de los equipos de sonido estableciendo que la ambientación musical deberá desconectarse 30 minutos antes del cierre […]. En definitiva, no pudiendo el Ayuntamiento acordar la desconexión de los equipos de sonido 30 minutos antes del cierre, tampoco puede sancionar por la infracción de dicha conducta, por lo que procede anular el artículo 60.i) únicamente en lo referente a la consideración como infracción grave el incumplimiento del horario para el funcionamiento de equipos de reproducción/amplificación sonora que, en su caso se establezca."

f) Se impugna el artículo 66.5 de la Ordenanza por establecer la posibilidad, por razones de ejemplaridad, de publicar en los medios oportunos las sanciones impuestas una vez que hayan adquirido firmeza en vía administrativa. La razón de la impugnación es que dicha publicación puede vulnerar el principio de presunción de inocencia salvo en el caso de que no se recurra la resolución administrativa que imponga sanción y por tanto devenga firme al aquietarse a la misma el administrado.

El Tribunal Superior de Justicia establece que:

"la publicidad de la sanción recaída en vía administrativa nada tiene que ver con el principio de presunción de inocencia. El derecho a la presunción de inocencia, aplicable al procedimiento para la imposición de sanciones administrativas, garantiza, como señala el Tribunal Constitucional en la sentencia 76/1990, de 26 de abril, 'que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio'. Por tanto,

el principio de presunción de inocencia no tiene que ver, ni puede ser afectado por la publicidad que pueda darse de la resolución administrativa, sino únicamente por una falta de actividad probatoria de los hechos imputados en el expediente administrativo. En consecuencia, la pretendida vulneración del principio de presunción de inocencia no depende de si la resolución administrativa es objeto recurso ante la jurisdicción contencioso en administrativa por el ejercicio por parte del interesado de la acción judicial correspondiente.

g) Se impugna el artículo 70 por entender que la adopción como medida cautelar urgente de cualquier otra medida de corrección, seguridad y control choca frontalmente con el ordenamiento jurídico pues en todo momento el posible infractor de una norma debe tener conocimiento de cuáles pueden ser las consecuencias de su infracción.

Manifiesta el Ayuntamiento de Madrid que la ordenanza tiene amparo y soporte en el artículo 31 de la Ley 37/2003, del ruido, que posibilita la adopción de medidas provisionales tendentes a impedir la continuidad de la producción de riesgo o del daño, además de que la demandante no ha tenido en cuenta que dicho artículo parte de las premisas condicionantes de la existencia de un riesgo grave para el medio o la salud de las personas.

El Tribunal Superior de Justicia establece que:

"Confunde el recurrente entre la comisión de una sanción administrativa y la obligación legal de estar predeterminada tanto dicha conducta como la sanción a imponer de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución española, con la adopción de distintas medidas cautelares en tanto se tramita y resuelve el expediente sancionador. Por tanto, ni se vulnera el ordenamiento jurídico con la posibilidad de adoptar como medidas cautelares urgentes cualquier medida de corrección según de control dirigidas a impedir la continuidad de la acción productora del daño, ni existe una indefinición en la medida cautelar adoptar, en tanto que se establece el presupuesto para la adopción de la misma, existencia de un riesgo grave para el medio ambiente por la salud de las personas, como la finalidad a cumplir con la misma, impedir la continuidad de la acción productora del daño."

El Tribunal Superior de Justicia estima parcialmente el recurso y anula el artículo 22.2) en lo referente a la exigencia de la adopción de vestíbulo acústico cuando se produzca un cambio en la titularidad de la licencia; el artículo 22.9, únicamente en lo referente a la inclusión de los titulares de locales de alimentación; el artículo 60.i), únicamente en lo referente a la consideración como infracción grave el incumplimiento del horario para el funcionamiento de equipos de reproducción/amplificación sonora que, en su caso, se establezca.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Ordenanza municipal de las actividades y de los establecimientos de pública concurrencia. La Administración local, con fundamento en el artículo 25.f) de la LBRL, tiene competencia para la imposición de distancias entre establecimientos. Está amparado en la ley y es razonable y coherente la exigencia de que los responsables de impedir en todo caso que los usuarios y público de tales establecimientos salgan a la calle con bebidas, conducta cuya admisión supondría extender indebidamente el ejercicio de la actividad a lugar no autorizado y, además, de dominio público. Ilegalidad de aplicar la agravante de reiteración cuando no existe previamente responsabilidad administrativa declarada en firme y apreciarla por la mera incoación de uno o varios procedimientos sancionadores que no han quedado resueltos.

SUPUESTO DE HECHO

El recurso tiene por objeto la impugnación que realiza la Asociación Catalana de Locales de Ocio Nocturno (ACLON) del acuerdo del Pleno municipal del Ayuntamiento de Barcelona de 11 de abril de 2003, aprobando definitivamente la Ordenanza municipal de las actividades y de los establecimientos de pública concurrencia (BOP de 16 de julio de 2003), habiéndose ampliado el recurso al nuevo acuerdo del mismo órgano de 22 de diciembre de 2003, aprobando definitivamente la modificación de determinados artículos de la misma Ordenanza (BOP de 12 de enero de 2004).

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

a) Consideraciones generales.

El Tribunal Superior de Justicia realiza con carácter general las siguientes consideraciones:

"A tenor de las previsiones del artículo 71.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien los órganos jurisdiccionales pueden anular los preceptos de una disposición general que entiendan no ajustados a derecho, no pueden determinar o establecer una forma de redacción alternativa sustitutiva de los preceptos anulados, ni pueden tampoco determinar el contenido discrecional de los actos anulados."

"que los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formula-

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera). Sentencia núm. 545/2007
FECHA: 8 de junio de 2007
PONENTE: Ilmo. Sr. Francisco López Vázquez
DEMANDANTE: Asociación Catalana de Locales de Ocio Nocturno (ACLON)
DEMANDADO: Ayuntamiento de Barcelona
DOCTRINA: Ayuntamientos: Ordenanza municipal de las actividades y de los establecimientos de pública concurrencia. La Administración local, con fundamento en el artículo 25.f) de la LBRL, tiene competencia para la imposición de distancias entre establecimientos. Está amparado en la ley y es razonable y coherente la exigencia de que los responsables de impedir en todo caso que los usuarios y público de tales establecimientos salgan a la calle con bebidas, conducta cuya admisión supondría extender indebidamente el ejercicio de la actividad a lugar no autorizado y, además, de dominio público. Ilegalidad de aplicar la agravante de reiteración cuando no existe previamente responsabilidad administrativa declarada en firme y apreciarla por la mera incoación de uno o varios procedimientos sancionadores que no quedado han resueltos.

das por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición."

b) Se impugna el párrafo 2 del artículo 16 de la Ordenanza, que establece que la eventual obtención por silencio positivo de la licencia municipal de actividad y de establecimiento de concurrencia pública no tendrá ningún efecto sobre la licencia de obras.

El Tribunal Superior de Justicia desestima la pretensión de anulación del precepto en base a:

"que las licencias de obras y de actividades constituyen títulos habilitantes de naturaleza, contenido y alcance bien diferenciado […]. Dualidad de conceptos, con regulación en cuerpos normativos formalmente diferenciados que, como ha declarado la jurisprudencia, implica una quiebra en la aspiración de universalidad característica del urbanismo, que pretende abarcar todos los aspectos jurídicos, habiendo recibido apoyo de la Constitución española que, al regular sobre la base del principio de la competencia el nuevo reparto territorial del poder que representan las comunidades autónomas, diferencia el urbanismo y la ordenación del territorio, por un lado, y la protección del medio ambiente, por otro (artículos 148.1.3 y 9, y 149.1.23). Y esta diferenciación formal de la licencia urbanística y la de apertura de actividad ha dado lugar incluso a un determinado encadenamiento temporal de ambas, recogido en el artículo 77.4 del Decreto 179/1995, representado por el hecho de que la licencia de apertura ha de obtenerse con anterioridad, o, por lo menos, simultáneamente a la licencia urbanística, para evitar precisamente el gasto innecesario de una construcción en la que no va a resultar posible la actividad que se pretende […] sin que la eventual obtención por silencio de cualquiera de ellas pueda en ningún caso suponer la obtención sin más y en la misma forma de la otra, ante el deber en todo caso de constatarse el ajuste de ambas a su singular normativa reguladora, lo que pudiera conducir a la adquisición por silencio de una licencia contraria a ella, lo que es frontalmente opuesto a constante jurisprudencia que imposibilita que ello ocurra."

c) Se impugna el artículo 25 de la Ordenanza, que se refiere, por un lado, a la contigüidad de los establecimientos de pública concurrencia que en la ordenanza se regulan con las viviendas y, por otro, a las distancias entre tales establecimientos y entre estos y otros distintos. El apartado 2 del precepto en opinión del Tribunal Superior de Justicia persigue exclusivamente el establecer un más que objetivo, coherente y razonable sistema de medición de distancias entre los propios establecimientos de concurrencia pública y entre estos y otros establecimientos, de forma que se evite su proliferación y concentración en un mismo lugar.

El Tribunal Superior de Justicia desestima la pretensión y establece que la jurisprudencia ha señalado que:

"para la imposición de distancias entre establecimientos tiene competencia la Administración local con fundamento en el artículo 25.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, relativo a la protección del medio ambiente, pudiendo establecer limitaciones al respecto no sólo mediante medidas correctoras de los ruidos y vibraciones, aplicables a cualquier actividad que los produzca, sino también para evitar los efectos aditivos, sin perjuicio de los de otra naturaleza concurrentes."

d) Se impugna el artículo 28.2 de la Ordenanza que faculta a los agentes municipales a valorar el aforo efectivo del local en un momento determinado por los llamados "métodos aproximativos técnicamente aceptados".

El Tribunal Superior de Justicia afirma que:

"en las actuaciones sancionadoras resulta inexorable afirmar que pesa sobre la Administración la carga de probar debida e incontrovertiblemente la realización de los hechos constitutivos de la infracción administrativa que se estime, y que la parte sujeta a expediente sancionador goza tanto de la presunción de inocencia cuanto de los efectos del principio in dubio pro reo […]. Y, si bien es cierto que en materia de prueba no existen medios tasados y deben admitirse cualesquiera admisibles en derecho […], también (es cierto) que los medios de prueba utilizados deben ser suficientemente eficaces para poner de manifiesto los hechos de suyo necesarios para estimar la producción de una infracción administrativa, disipando toda duda y desvirtuando la presunción de inocencia reconocida al más alto nivel."

El Tribunal Superior de Justicia analiza el valor de los hechos acreditados mediante la denuncia de un agente de la autoridad y afirma:

"cuando la denuncia sobre los hechos sancionados es formulada por un agente de la autoridad, encargado del servicio, la presunción de veracidad y legalidad que acompaña a todo el obrar de los órganos administrativos y de sus agentes, es un principio que debe acatarse y defenderse, ya que constituye esencial garantía de una acción administrativa eficaz, sin que ello quiera decir, en coordinación con el principio constitucional de presunción de inocencia, que los hechos denunciados por un agente se consideran intangibles, ya que la realidad de los mismos puede quedar desvirtuada mediante la adecuada prueba en contrario o aun por la ausencia de toda otra prueba, según la naturaleza, circunstancias, y cualidad de los hechos denunciados."

De manera concreta respecto al precepto impugnado establece:

"En definitiva, la valoración prevista en el caso por parte de los agentes del aforo efectivo del local en un momento determinado por los llamados 'métodos aproximativos técnicamente aceptados', no supone sino la introducción en tal regulación de un concepto jurídico indeterminado, que no por ello deja de gozar de una indudable naturaleza reglada, aunque en su apreciación se introduzca con frecuencia un tanto de discrecionalidad o subjetivismo, en razón del halo de dificultad que caracteriza el espacio de incertidumbre que media entre las zonas de certeza positiva y negativa. Naturaleza reglada que, como declara constante jurisprudencia, no admite más que una solución conforme a derecho, consecuencia de la valoración conjunta de todas las circunstancias concurrentes, sin que sea dable hacer supuesto general de la cuestión, pues se trata, en definitiva, de un precepto cuya aplicación requiere de una prueba que acredite que se han producido los efectos que la norma trata de prevenir."

e) Se impugna el artículo 29 de la Ordenanza, que establece la responsabilidad por conductas incívicas en el exterior de los establecimientos.

El punto de partida para analizar la legalidad del precepto es: *a*) que la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, establece en su artículo 129.4.d) que el Ayuntamiento de Barcelona regulará, mediante ordenanza municipal, la responsabilidad de los propietarios de los establecimientos, cuando las conductas constitutivas de infracción administrativa se produzcan en el exterior de locales de concurrencia pública, y *b*) que la Ley catalana 10/1990 prevé en su artículo 14.4, respecto de determinados tipos de actividades recreativas o de espectáculos, la posibilidad de regular la necesidad de medidas o servicios de vigilancia y las características de las mismas.

El Tribunal Superior de Justicia concluye que el precepto de la ordenanza que se impugna:

"viene apoyado en amplia normativa con rango de ley, pareciendo en cualquiera de los casos más que razonable y coherente la exigencia de que los responsables de los establecimientos deban meramente 'velar' porque no se produzcan a la salida ruidos o conductas incívicas y, desde luego, la de impedir en todo caso que los usuarios y público de tales establecimientos salgan a la calle con bebidas, conducta cuya admisión supondría extender indebidamente el ejercicio de la actividad a lugar no autorizado y, además, de dominio público."

Además apoya la legalidad de la Ordenanza en la jurisprudencia dictada con ocasión de tratar sanciones administrativas impuestas por una conducta consistente en la expedición de bebidas para su consumo en la calle fuera del local. El Tribunal Superior de Justicia afirma que:

"se ha desechado que tales sanciones se impusieran sin respetar los principios de legalidad y tipicidad, al estar previsto que las ordenanzas locales tipifiquen infracciones y sanciones, siempre que exista una norma con rango de ley que establezca al menos unos principios generales reguladores de la materia, pudiendo tales ordenanzas hacerlo incluso aunque no exista ley estatal o autonómica previa, siempre que se ejerzan las potestades administrativas en materia de competencia típica de los ayuntamientos (STS de 29 de septiembre [RJ 2003, 6487] y 3 de diciembre de 2003 [RJ 2003, 601])."

f) Se impugna el apartado 3 del artículo 72, que en opinión de la actora otorga carta blanca para que cualquier sanción lleve aparejada la clausura. Su contenido es el siguiente:

"3. Sin perjuicio de aquello que dispone el artículo siguiente sobre medidas cautelares, cuando la imposición de la sanción obedezca a la carencia de licencia municipal, al incumplimiento de las condiciones de la licencia o de cualquier otro requisito normativo necesario por tal de poder poner en marcha o mantener en funcionamiento el establecimiento, local o recinto o realizar el espectáculo o la actividad recreativa de qué se trate, la imposición de la sanción vendrá acompañada del orden de clausura de la actividad dictada por la Alcaldía, la cual se llevará a cabo y se mantendrá hasta que los interesados no hayan legalizado la situación, si esto es posible. Esta medida específica no tendrá carácter sancionador y será la consecuencia necesaria del restablecimiento de la prohibición legal de ejercer actividades sin título habilitando idóneo o sin sujetarse a los requisitos determinados por la ley."

El Tribunal Superior de Justicia, después de analizar las normas de aplicación, sostiene la plena legalidad del precepto en base a:

"la última licencia de puesta en funcionamiento o control inicial a la que con carácter exclusivo se está refiriendo el precepto ahora en estudio, que no contiene ninguna disposición de contenido urbanístico, sino medioambiental, desenvolviéndose en el ámbito de la Ley autonómica 3/1998, cuya falta impide, desde luego, el inicio de la actividad, como no sea en forma clandestina e ilegal, por lo que las medidas contempladas para el caso en el indicado precepto aparecen como plenamente ajustadas, al aplicarse a una actividad carente de título habilitante para su debido funcionamiento."

g) Se impugna el párrafo 1 del artículo 73, que establece que en el caso de las actividades que se ejerzan sin las licencias municipales preceptivas o incumpliendo las condiciones de las mismas, el Ayuntamiento, si constata el riesgo de una afección grave al medio ambiente, la seguridad o la salud pública, puede ordenar, en la tramitación del procedimiento sancionador, la suspensión de la actividad hasta que se haya obtenido el título habilitando correspondiente. Si el riesgo constatado fuera grave y inminente, la suspensión cautelar del establecimiento de concurrencia pública podrá ser acordada de forma inmediata y provisional, habiéndose de confirmar o levantar la medida adoptada un golpe escuchado el titular de la actividad. A los anteriores efectos, el orden de suspensión, sin perjuicio de ser inmediatamente ejecutiva, vendrá acompañada de la apertura de un trámite de audiencia y vista.

El Tribunal Superior de Justicia desestima la pretensión al establecer que:

"Se limita la actora a una queja de inseguridad jurídica por desconocerse quién deba adoptar la medida provisional y a no concederse audiencia previa, por lo que entiende, nuevamente pretendiendo que se modifique el redactado del precepto, que debería establecerse un plazo para confirmar o levantar la medida adoptada inaudita parte inmediatamente después de oír al interesado, debiendo concedérsele nueva audiencia desde la adopción de la medida. Siendo evidente que la medida deberá ser adoptada por el órgano competente con arreglo a la normativa general de aplicación, cuestión, como la medida misma y la sujeción en su adopción a las garantías jurídicas generales y particulares establecidas en la normativa general o particular de aplicación, queda en todo caso sujeta a su eventual control jurisdiccional."

h) El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso tan sólo en relación con la impugnación del segundo inciso del artículo 79.2 de la Ordenanza, del siguiente redactado:

"Artículo 79. Graduación de las sanciones. […] 2. […] Se entiende que hay reiteración cuando el procedimiento sancionador se ha incoado por más de un acto u omisión tipificados como infracciones por esta Ordenanza, cuando se están instruyendo otros procedimientos sancionadores o cuando el responsable ya ha sido sancionado, si bien no ejecutoriamente, en aplicación de esta Ordenanza."

El Tribunal Superior de Justicia fundamenta la anulación en lo siguiente:

"El concepto de reiteración introducido en el precepto de que se trata resulta, en la forma en que se define y aplica, radicalmente nulo, por abiertamente contrario a consolidada doctrina jurisprudencial y a la misma regulación general que del mismo se configura en los artículos 127 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del procedimiento administrativo común, donde se enumeran los principios reguladores de la potestad y del procedimiento sancionador, quedando abiertamente vulnerados mediante aquel redactado, en el menor de los casos, los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia.

"El artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las administraciones públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, debiendo considerarse, entre otros criterios, especialmente el de la existencia de intencionalidad o reiteración y el de la reincidencia, que expresamente se define en su apartado c) como derivada de la comisión 'en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme'. Exigencia de ejecutoriedad y firmeza de la precedente resolución sancionadora que desaparece sorpresivamente en la regulación que de la reiteración se contiene en el precepto de la ordenanza impugnada de que ahora se trata, hasta el punto de entenderla apreciable por el mero hecho de haberse incoado un procedimiento sancionador por más de un acto u omisión tipificados como infracciones en la ordenanza, cuando se están instruyendo otros procedimientos sancionadores no concluidos o cuando el responsable haya sido sancionado previamente, aunque no en forma ejecutoria, en aplicación de la propia ordenanza, lo que ataca frontalmente el mismo principio de presunción de inocencia del 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del procedimiento administrativo común, al pretenderse aplicar la agravante de reiteración pasando por encima de la inexistencia de responsabilidad administrativa declarada en firme, e incluso apreciarla por la mera incoación de uno o varios procedimientos sancionadores que ni tan siquiera hayan quedado resueltos, pese a que el apartado 1 del último artículo citado disponga expresamente que los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario."

El Tribunal Superior de Justicia estima parcialmente el recurso y sólo declara la nulidad de pleno derecho del segundo inciso del párrafo 2 de su artículo 79, que regula la paliación del agravante de reiteración.

5. Derechos fundamentales y libertades públicas

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El artículo 73.3 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, en los supuestos de expulsión del concejal del grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, establece que éste pasa a actuar en la corporación como concejal no adscrito. El artículo 73.3 no reconoce derecho alguno a constituir un nuevo grupo, pues la expulsión se encuentra recogida entre los supuestos excepcionados por la Ley del derecho a constituir grupo político.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena). Sentencia núm. 719/2007
FECHA: 5 de junio de 2007
PONENTE: Illma. Sra. Margarita Pazos Pita
DEMANDANTE: Concejales
DEMANDADO: Ayuntamiento de Majadahonda
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 73.3 de la LBRL
DOCTRINA: El artículo 73.3 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, en los supuestos de expulsión del concejal del grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, establece que éste pasa a actuar en la corporación como concejal no adscrito. El artículo 73.3 no reconoce derecho alguno a constituir un nuevo grupo, pues la expulsión se encuentra recogida entre los supuestos excepcionados por la Ley del derecho a constituir grupo político.

SUPUESTO DE HECHO

Dos concejales del Ayuntamiento de Majadahonda formulan un recurso contra la convocatoria y sesión de la Comisión Informativa de Asuntos Económicos y dictámenes adoptados en la misma y, contra el punto único de la sesión del Pleno de dicho Ayuntamiento, relativo a la "Resolución de reclamaciones y aprobación definitiva del presupuesto para el 2006 del Ayuntamiento de Majadahonda, Patronato Monte del Pilar y Organismo Autónomo Local de Gestión de Ingresos Públicos".

Entienden lesionado su derecho fundamental contenido en el artículo 23.2 de la CE por no ser convocados a la Comisión Informativa como miembros del nuevo grupo municipal (Grupo Mixto) que entienden por ellos constituido y no como concejales no adscritos, que es como fueron convocados.

El recurso se resuelve por procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 25 de Madrid, lo desestima.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El derecho fundamental que consideran lesionado es su derecho, *ex* artículo 23.2 de la CE, a ser convocados a la Comisión Informativa de Asuntos Económicos de litis como miembros de un nuevo grupo municipal que entienden por ellos constituido y no como concejales no adscritos, que es como han sido convocados.

Su argumentación es la de que, siendo el derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la CE de configuración legal, les ha de ser reconocido su ejercicio en los términos establecidos por la Ley que, en este caso, es el artículo 73.3 de la LBRL, en la redacción dada al mismo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre. En su opinión este precepto no contempla la figura del concejal no adscrito para los supuestos de expulsión del grupo municipal al que se pertenece.

El Tribunal Superior de Justicia establece que hasta la reforma operada en la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre:

"tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo, establecieron, *ex* artículo 23.2 de la CE, el derecho-deber de los concejales de estar adscritos a un grupo político por ser obligatoria la adscripción de todo concejal a un grupo político municipal. Y así, cuando un concejal era expulsado del grupo político al que pertenecía o abandonaba el mismo, debía necesariamente ser integrado en otro grupo político, el grupo mixto."

El Tribunal Superior de Justicia advierte que la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, introduce en este sistema de organización del trabajo de las corporaciones locales un cambio sustancial y afirma:

"En efecto, el legislador opta en esta reforma por un sistema de organización que no se basa, como antes, exclusivamente en los grupos políticos, sino que introduce también la figura del concejal no adscrito. Así, el nuevo artículo 73.3 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003. […] La redacción del precepto es clara, como regla general, los Concejales, a efectos de su actuación corporativa, se constituirán en grupos políticos, pero esta regla general tiene una excepción y es la relativa a aquellos concejales 'que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia', supuesto en el que no podrán integrarse en un nuevo grupo político, sino que 'tendrán la consideración de miembros no adscritos'."

El Tribunal Superior de Justicia examina el eje central de la argumentación de los recurrentes, que sustentan que el nuevo artículo 73.3 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 57/2003, sólo puede interpretarse en el sentido de que la condición de concejal no adscrito sólo está prevista para aquellos concejales que, por su propia voluntad, deciden no integrarse en el grupo político que constituya la formación política por la que han sido elegidos o que, posteriormente, la abandonen, pero no para los supuestos de expulsión del grupo al que se pertenece, al tratarse de un abandono involuntario no previsto en dicho precepto como determinante de la adquisición de la condición de concejal no adscrito.

El Tribunal Superior de Justicia concluye que:

"Y esta interpretación no puede ser compartida porque, en el criterio de la Sala, no es esto lo que el precepto dice, ni en su sentido literal ni en su contexto ni en una interpretación sistemática del mismo. La nueva opción del legislador estatal es, pues, clara, en los supuestos de expulsión del concejal del grupo político constituido por la formación electoral por la que fue elegido, en la medida en que esta expulsión supone su no integración en dicho grupo, pasa a actuar en la corporación

como concejal no adscrito, siendo ésta la situación que la Ley le reconoce, sin que la Ley le reconozca derecho alguno a constituir un nuevo grupo, pues la expulsión se encuentra recogida entre los supuestos excepcionados por la Ley del derecho a constituir grupo político. Así pues, habiendo sido ambos concejales recurrentes expulsados del Grupo Popular, grupo político constituido por la formación electoral por la que ambos concejales resultaron elegidos, la Ley no les reconoce más derecho que el de adquirir la condición de concejales no adscritos, pero no el derecho a constituir un grupo político, derecho del que la Ley expresamente exceptúa a los concejales que, por cualquier causa, incluida la expulsión, ya no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos. Y por esta razón sólo podían ser convocados a la Comisión Informativa de Asuntos Económicos como tales concejales no adscritos."

En consecuencia el Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso.

6. Urbanismo, medio ambiente y vivienda

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid. Declaración de ruina y ruina inminente de los bienes de interés cultural. La competencia para imponer la obligación de demolición es de la Administración autonómica. Voto particular que establece el concepto y las diferencias entre la declaración de ruina y la situación de ruina inminente.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda). Sentencia núm. 994/2007
FECHA: 28 de mayo de 2007
PONENTE: Ilmo. Sr. Javier Oraá González
DEMANDANTE: Particular
DEMANDADO: Ayuntamiento de Valladolid
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 40.1 de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de patrimonio cultural de Castilla y León
DOCTRINA: Declaración de ruina y ruina inminente de los bienes de interés cultural. La competencia para imponer la obligación de demolición es de la Administración autonómica. Voto particular que establece el concepto y las diferencias entre la declaración de ruina y la situación de ruina inminente.

SUPUESTO DE HECHO

Un particular recurre en vía contenciosa un decreto recurrido dictado por el concejal delegado del Área de Urbanismo, Vivienda e Infraestructuras del Ayuntamiento de Valladolid, sozbre declaración de ruina inminente, que impone a la propiedad la obligación de proceder a la demolición del inmueble de autos a excepción de sus fachadas a la vía pública.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Valladolid dictó una sentencia desestimatoria del recurso.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El motivo que conlleva la estimación del recurso es la falta de competencia del Ayuntamiento para ordenar la demolición de un inmueble calificado como bien de interés cultural (aunque sea en una situación de ruina inminente). El Tribunal Superior de Justicia lo argumenta del modo siguiente:

"la normativa urbanística no excluye la posibilidad de declaración de ruina de un BIC, lo que en verdad no es controvertido, y de que si bien las consecuencias derivadas de tal declaración han de ser determinadas por la Administración autonómica, en el caso no se han visto desconocidas las competencias de ésta al supeditarse en el acto recurrido la obligación de proceder a la demolición que se impone a la propiedad a 'las condiciones y criterios que determine la autorización que sea preceptiva por parte de la consejería competente en materia de cultura' […].

"Llegados a este punto y de cara a justificar la estimación que sobre este particular va a hacerse de la apelación, debe quedar claramente sentado, uno, que la normativa urbanística, que es la que en materia de ruina confiere competencias a los ayuntamientos, dispone de modo concluyente que entre las medidas derivadas de una declaración de ruina inminente 'en ningún caso puede incluirse la demolición si se trata de bienes de interés cultural declarados o en proceso de declaración' (artículo 328.2 del RUCyL), y dos, que también de modo rotundo se establece en el artículo 40.1 de la Ley 12/2002, de 11 de julio, de patrimonio cultural de Castilla y León, que en ningún caso podrá procederse a la demolición de un inmueble declarado BIC 'sin autorización de la consejería competente en materia de cultura'.

"En estas condiciones, y dado que el Decreto recurrido impone a la propiedad la obligación de proceder a la demolición del inmueble de autos a excepción de sus fachadas a vía pública, resulta indudable que al resolver así el Ayuntamiento demandado actuó competencias que no eran suyas, lo que no deja de ser tal por el hecho de que después se remita a los criterios que pueda determinar la autorización de la consejería competente, pues la Administración que legalmente no tiene competencia para tomar una decisión no la tiene en ningún caso, ni siquiera para adoptarla con fines o efectos puramente declarativos, carentes de eficacia o ejecutividad. En consecuencia, y por ello, debe estimarse en parte la presente apelación y con estimación también parcial del recurso deducido en su día anular el Decreto objeto del mismo en cuanto impuso a la propiedad la obligación de proceder a la demolición del inmueble que en este proceso importa."

El Tribunal Superior de Justicia estima en parte el recurso de apelación y anula la resolución recurrida en aquella parte que impone a la propiedad la obligación, en los términos que se indican, de proceder a la demolición a excepción de sus fachadas a vía pública del inmueble ubicado en la calle Platerías número 14 de Valladolid.

Voto particular

Formulado por la magistrada Ana María Martínez Olalla

La magistrada está de acuerdo con la falta de competencia del Ayuntamiento, pero considera que ni concurría la ruina inminente ni ésta puede acordarse sin la previa adopción de medidas de seguridad. Afirma:

"He de adelantar que estoy de acuerdo con lo expuesto en la sentencia mayoritaria en el sentido de que la normativa urbanística (artículo 328.2 del RUCyL) impide que los ayuntamientos puedan acordar la demolición de un bien de interés cultural en un supuesto de ruina inminente, habiendo invadido el Ayuntamiento de Valladolid, en este caso, las competencias propias de la Administración autonómica, pero discrepo de la misma en cuanto estima solo en parte el recurso cuando, a mi entender, procede la estimación íntegra del mismo porque no concurrían los requisitos legales para apreciar la situación de ruina inminente y porque no cabe una mera declaración de ruina inminente sin adopción de medida de seguridad alguna o adoptando una medida ilegal, como sucede en este caso […] a mi juicio, carece de fundamento legal la declaración de ruina inminente de un inmueble sin la adopción de alguna de las medidas extraordinarias que tratan de evitar ese riesgo actual y real, que presupone la existencia de la situación de ruina inminente."

La magistrada establece las diferencias entre la declaración de ruina y la situación de ruina inminente por los distintos presupuestos que las determinan:

"a) la declaración de ruina procede cuando el coste de las obras y otras actuaciones necesarias para mantener o reponer las condiciones adecuadas de seguridad y estabilidad señaladas en el artículo 19, exceda del límite del deber legal de conservación definido en el apartado 2 del mismo artículo y cuando se requiera la realización de obras de seguridad y estabilidad que no puedan ser autorizadas por encontrarse declarado el inmueble fuera de ordenación de forma expresa en el instrumento de planeamiento urbanístico que establezca la ordenación detallada (artículo 107 de la LUCyL y 323 del RUCyL) y b)la situación de ruina inminente del inmueble cuando el deterioro físico del mismo sea tal que suponga un riesgo actual y real para las personas o las cosas, o que ponga en peligro la integridad de un Bien de Interés Cultural declarado o en proceso de declaración (artículo 108 de la LUCyL y 328 del RUCyL)."

Por el distinto procedimiento a seguir:

"a) en la declaración de ruina es imprescindible el trámite de audiencia a los propietarios, ocupantes y titulares de derechos reales sobre el inmueble y el dictamen pericial (artículo 107 de la LUCyL y artículo 326 del RUCyL).

"b) en la ruina inminente –por obvias razones de urgencia– sólo es imprescindible el previo informe técnico (artículo 328.1 del RUCyL)."

Por las distintas consecuencias que se derivan de una y otra:

"a) la declaración de ruina debe detallar las medidas necesarias para asegurar la integridad física de los ocupantes y de terceras personas y los plazos para la rehabilitación o demolición del inmueble, salvo cuando se trate de bienes de interés cultural declarados o en proceso de declaración o de inmuebles catalogados con un nivel de protección que impida la demolición, en cuyo caso no cabe ni siquiera la demolición parcial, debiendo la resolución ordenar la ejecución de las obras de conservación o rehabilitación y demás medidas necesarias para reponer las condiciones señaladas en el artículo 19 teniendo en cuenta el régimen de protección del inmueble, y el plazo en el que debe solicitarse la licencia correspondiente [artículo 107 y artículo 326.2.b) del RUCyL].

"b) en la situación de ruina inminente el órgano competente puede: ordenar el inmediato desalojo de los ocupantes del inmueble y adoptar las demás medidas provisionales necesarias para impedir daños a las personas o las cosas, o la pérdida del bien de interés cultural, tales como el apeo y apuntalamiento del inmueble, el cerco de fachadas o el desvío del tránsito de personas y del tráfico rodado. En ningún caso se puede acordar la demolición, ni siquiera parcial, si se trata de un bien de interés cultural (artículo 328.1 y 2 del RUCyL)."

Como conclusión señala que el Ayuntamiento de Valladolid únicamente podía en el supuesto de existir ruina inminente:

"Ordenar el inmediato desalojo de los ocupantes del inmueble y a adoptar las demás medidas provisionales necesarias para impedir daños a las personas o las cosas, o la pérdida del bien de interés cultural, tales como el apeo y apuntalamiento del inmueble, el cerco de fachadas o el desvío del tránsito de personas y del tráfico rodado o en el supuesto de declaración de ruina: ordenar la ejecución de las obras de conservación o rehabilitación y demás medidas necesarias para reponer las condiciones señaladas en el artículo 19 de la LUCyL."

La magistrada cierra el razonamiento del modo siguiente:

"No cabe, a mi juicio, la mera declaración de ruina –ya sea ordinaria o inminente, como acepta la sentencia mayoritaria– sin determinar en qué situación ha de quedar el inmueble –rehabilitación o demolición en el caso de declaración de ruina– o sin adoptar alguna medida para evitar el riesgo que genera el inmueble en los supuestos de ruina inminente, porque si 'la declaración' de ruina inminente se produce porque existe un riesgo actual y real para las personas y cosas y no se adopta ninguna medida para evitarlo o la adoptada es ilegal, como es el caso, la declaración de ruina carece de justificación, resulta vacía y entra en clara contradicción con la finalidad que se persigue por la Ley –entre otras y en este caso la protección de los bienes de interés cultural–."

En el voto particular se afirma que debía haber estimado íntegramente el recurso.

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Los convenios urbanísticos han sido perfilados por los tribunales a partir de las escasas e incompletas referencias normativas. El carácter administrativo atribuido inicialmente por el Tribunal Supremo e impuesto por las distintas legislaciones autonómicas permite, además de reconocer la primacía de la potestad de planeamiento, que pueda aplicarse la legislación de los contratos de las administraciones públicas a los supuestos de incumplimiento, reconociendo una justa indemnización en caso de que las estipulaciones pactadas no se puedan materializar como consecuencia de una actuación administrativa. El convenio urbanístico no es una mera declaración de intenciones, sino un auténtico contrato. Cree o no derechos u obligaciones para terceros, los produce para las partes contratantes, que es lo lógico y esencial de los contratos, según el artículo 1257 del Código Civil.

SUPUESTO DE HECHO

El recurso formulado en vía contenciosa por Eroski, S. Coop. tiene por objetos distintas resoluciones y actos:

–El convenio firmado entre Eroski, S. Coop. y el Ayuntamiento de Castro Urdiales, respecto del que Eroski, S. Coop. Solicita que: *a*) se declare su inaplicabilidad o resolución; *b*) subsidiariamente, se anule la estipulación 5ª por resultar abusiva y antijurídica en cuanto contraria al artículo 262 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y del régimen urbanístico de Cantabria, o *c*) subsidiariamente, se declare el convenio sujeto a condición suspensiva, por lo que no sería posible reclamar pago alguno.

–La resolución de 10 de junio de 2004, por la que se desestima la petición de 19 de febrero de 2004, relativa a la valoración del 10% del aprovechamiento urbanístico y se ordena la vía ejecutiva, así como las actuaciones posteriores de que tal resolución traen causa.

–La de 12 de agosto de 2004, de providencia de apremio y requerimiento de pago.

El recurso en primera instancia se desestima mediante sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Santander.

El recurso de apelación se estima parcialmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El Tribunal Superior de Justicia plantea la resolución del recurso del siguiente modo:

"en primer término, parece conveniente analizar la validez del convenio de 27 de abril de 2001, en segundo lugar, la fuente de la obligación de cesión del 10%, en tercero la concreción de esta valoración y, finalmente, la providencia de apremio recurrida."

En cuanto a la validez del convenio recuerda que los convenios son auténticos contratos, y recopila la doctrina general del siguiente modo:

"Los convenios urbanísticos, admitidos desde el principio por la jurisprudencia, han sido perfilados precisamente por los tribunales a partir de las escasas e incompletas referencias normativas. Así, se consideran acuerdos de voluntades suscritos entre la Administración urbanística y otros sujetos interesados en la actividad urbanística para su mejor y más eficaz desarrollo. De contenido diverso, con ellos se puede buscar completar una regulación legal incompleta, establecer los criterios de planeamiento o mecanismos más ágiles para su ejecución, etc. El carácter administrativo atribuido inicialmente por el Tribunal Supremo e impuesto por las distintas legislaciones autonómicas permite, además de reconocer la primacía de la potestad de planeamiento, pueda aplicarse la legislación de los contratos de las administraciones públicas a los supuestos de incumplimiento, reconociendo una justa indemnización en caso de que las estipulaciones pactadas no se puedan materializar como consecuencia de una actuación administrativa.

ÓRGANO: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera). Sentencia núm. 444/2007
FECHA: 6 de junio de 2007
PONENTE: Ilma. Sra. Clara Penín Alegre
DEMANDANTE: Eroski, S. Coop.
DEMANDADO: Ayuntamiento de Castro Urdiales
DOCTRINA: Los convenios urbanísticos han sido perfilados precisamente por los tribunales a partir de las escasas e incompletas referencias normativas.
El carácter administrativo atribuido inicialmente por el Tribunal Supremo e impuesto por las distintas legislaciones autonómicas permite, además de reconocer la primacía de la potestad de planeamiento, que pueda aplicarse la legislación de los contratos de las administraciones públicas a los supuestos de incumplimiento, reconociendo una justa indemnización en caso de que las estipulaciones pactadas no se puedan materializar como consecuencia de una actuación administrativa.
El convenio urbanístico no es una mera declaración de intenciones, sino un auténtico contrato. Cree o no derechos u obligaciones para terceros, los produce para las partes contratantes, que es lo lógico y esencial de los contratos, según el artículo 1257 del Código Civil.

"el convenio, y siguiendo la aludida jurisprudencia, una vez firmado, nace al mundo jurídico como acuerdo de voluntades, pues se perfecciona por el mero consentimiento […] es admisible que por alteraciones posteriores a su firma el cumplimiento del convenio devenga inexigible, […] Cuando lo que se predica es el incumplimiento de obligaciones, conviene recordar que si éste es parcial (como la no iniciación de actuaciones sobre una calle asumidas por el Ayuntamiento) no conlleva la resolución del convenio pues tal decisión rompería el equilibrio patrimonial expresado en el mismo (ver STS, Sala 3ª, sec. 5ª, de 21 de febrero de 2006, rec. 7866/2002 [RJ 2006, 1933]). Esta sentencia destaca la naturaleza del convenio, que no es una mera declaración de intenciones, sino un auténtico contrato. Cree o no derechos u obligaciones para terceros, como especifica esta resolución, los produce para las partes contratantes, que es lo lógico y esencial de los contratos, según el artículo 1257 del Código Civil."

El Tribunal Superior de Justicia también examina los aspectos urbanísticos de los convenios y afirma:

"Convenio urbanístico al que debemos considerar como un instrumento de acción concertada entre la Administración y los particulares, que asegura a los entes públicos una actuación urba-

nística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general, siendo su finalidad la de complementar las determinaciones legales en materia de urbanismo, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas por el planeamiento, eliminando puntos de fricción y los obstáculos que pueda ocasionar una determinada actuación urbanística. Como tal vincula a las partes que lo han concertado en los términos que señala el Código Civil, al quedar establecida con claridad suficiente el acuerdo de voluntades alcanzado. En consecuencia, las prestaciones asumidas por las partes a través del convenio, en la medida en que coinciden con las exigidas en las leyes o por los planes en vigor, son exigibles directamente en virtud de lo dispuesto en tales normas."

En cuanto al concreto convenio establece que la normativa a aplicar es la recogida en el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, 2/2000, de 16 de junio, y de manera más precisa:

"el artículo 61 que remite, en materia de validez de contratos, a las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes. Concretamente el artículo 66 establece que la invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil se sujetará a los requisitos y plazos del ordenamiento civil, remitiendo para hacerlas valer al procedimiento administrativo. Por su parte, los artículos 111 y ss. de la misma contemplan las causas de resolución de los contratos administrativos, entre los que se encuentra el mutuo acuerdo [artículo 111.c)] y el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales [artículo 111.g)], además de las expresamente recogidas en el contrato [artículo 111.h)], regulando a continuación el procedimiento al efecto para que se acuerde la resolución (artículo 112) y la responsabilidad en caso de incumplimiento (artículo 113)."

El Tribunal Superior de Justicia señala que no puede afirmarse que el convenio "no haya entrado en vigor", y que sus "obligaciones principales respectivamente eran la instalación del centro comercial por parte de Eroski, S. Coop. y la modificación del PGOU por parte del Ayuntamiento para posibilitarlo".

La nulidad del convenio se solicita por incumplimientos que afectan a una de las obligaciones secundarias –construir un aparcamiento– porque Eroski S. Coop. entiende que el Ayuntamiento lo ha impedido.

El Tribunal Superior de Justicia afirma:

"De ahí se deduce que no fue la mala fe del Ayuntamiento sino una errónea previsión por parte de Eroski, S. Coop. la que ha impedido la adquisición de la totalidad de los terrenos contiguos para la construcción del aparcamiento, dado el alto índice de edificabilidad de los mismos y la ausencia de voluntad de vender de su propietario principal, pudiendo tan sólo hacerse con la finca menor de las dos que constituyen la unidad."

Eroski S. Coop., por otro lado, considera que el convenio nunca entró en vigor por mor de la condición suspensiva general contenida en la estipulación duodécima. Según la misma:

"El presente convenio queda afecto a la condición suspensiva general de la aprobación por parte del Gobierno de Cantabria de los instrumentos urbanísticos y de la licencia comercial, si bien, tendrá plena eficacia y, por tanto, serán ejecutables y asumibles por las partes aquellos compromisos que necesariamente hayan de preceder a la aprobación y autorización mencionadas."

En opinión del Tribunal Superior de Justicia es todo lo contrario. Establece:

"Lo que esta atípica estipulación presupone es precisamente lo contrario: la vigencia del convenio y su plena eficacia, siendo obligatorio para las partes el desarrollo de todas las actuaciones hasta llegar a la fase concebida como condición, la aprobación por el Gobierno de Cantabria de los instrumentos y licencias, a modo de cláusula de salvaguarda que no hace sino reconocer las competentes concurrentes en la materia. Pese a su denominación, esta condición no puede sino concebirse como resolutoria en el sentido previsto en el artículo 1115 y concordantes del Código Civil. En cualquier caso, lo cierto es que dicha condición por el momento no se ha cumplido."

El Tribunal Superior de Justicia niega el incumplimiento del Ayuntamiento y establece que:

"tampoco cabe apreciar incumplimiento por parte del Ayuntamiento de las obligaciones asumidas. Muy al contrario, se ha hecho eco de las propuestas de permuta ante las dificultades de Eroski, S. Coop. de adquirir terrenos de un tercero y ha permitido la extraña división en dos fases del proyecto de instalación del centro comercial, con la consiguiente demora de presentar el proyecto de urbanización y el estudio detalle a la segunda."

En cuanto a la exigencia del pago del 10% de aprovechamiento el Tribunal Superior de Justicia señala:

"Vigente el convenio de 27 de abril de 2001 y habiendo cumplido el Ayuntamiento cuando menos con su obligación principal de modificación del PGOU para permitir la instalación del centro comercial y concedido las licencias instadas para la primera fase y gasolinera, encontrándose en tramitación la licencia correspondiente a la segunda fase, habiendo asumido como de interés general la propuesta de permuta efectuada por Eroski, S. Coop. no es de extrañar que el Ayuntamiento haya requerido el cumplimiento de la estipulación 5ª, que no es sino adaptación al convenio (modalidad de pago mediante compensación económica) de lo que ya imponía la propia Ley de cesión del 10% de aprovechamiento."

El Tribunal Superior de Justicia sólo acepta la ilegalidad del cálculo del 10% de aprovechamiento y establece:

"es en la valoración de este 10% del aprovechamiento urbanístico en lo que ha de triunfar el recurso interpuesto por Eroski, S. Coop."

El Tribunal Superior de Justicia examina los distintos dictámenes emitidos:

–Descarta el aportado por Eroski "por cuanto se extralimita claramente en su cometido al pronunciarse cobre una cuestión jurídica […] y llega a una conclusión inaceptable para la Sala como es la de considerar que el valor del suelo para usos industriales mayor que el valor del suelo para usos comerciales, cuando la propia Eroski, S. Coop. al firmar el convenio aceptaba el incremento de aprovechamiento que el cambio de uso le suponía".

–Descarta la valoración del arquitecto municipal Ángel Daniel por su evidente desproporción en la valoración que lleva a cabo.

–Respecto del informe del perito judicial considera que:

"incluye una serie de gastos (financieros, comerciales, etc.) ajenos al método de valoración utilizado."

–Concluye el Tribunal Superior de Justicia que:

"las cifras manejadas por el perito judicial se acercan a las del primitivo arquitecto municipal, quien en diciembre de 2003, apenas un mes antes de la emisión del segundo informe, ofrecía una valoración del 10% del aprovechamiento urbanístico de 898.574,42 euros. Esta cifra se acerca mucho a la que resultaría de aplicar las cifras barajadas por el perito judicial sin incluir los gastos que la Sala considera ajenos. De ahí que, para evitar mayores dilaciones, la Sala asuma la inicial valoración llevada a cabo por los propios servicios municipales, a través de la primera valoración llevada a cabo en el informe de 5 de diciembre de 2003, en cuanto sustancialmente coincidente con la del informe pericial, una vez efectuadas las precisiones correspondientes."

El Tribunal Superior de Justicia mantiene la desestimación por silencio administrativo de la denuncia al convenio de 27 de abril de 2001, que se considera vigente entre el Ayuntamiento de Castro Urdiales y Eroski, S. Coop. en su integridad y estima parcialmente el recurso de apelación dejando sin efecto la valoración del 10% del aprovechamiento urbanístico fijada en la misma, que se establece en 898.574,42 euros.

E) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. Venta de un bien patrimonial de la Administración local. En un contrato privado de la Administración es válida la remisión del pliego de condiciones a una norma administrativa para el establecimiento de un plazo para el cumplimiento de obligaciones contractuales (en este caso el plazo para formalizar la escritura una vez finalizada la licitación y adjudicado el contrato de venta). El retraso se convirtió en esencial cuando el Ayuntamiento otorgó un nuevo término, cuya extensión no puede ser calificada de irrazonable, y el comprador no acudió a la formalización del contrato. No puede dudarse, a los efectos del ejercicio de la facultad de resolución que contempla el artículo 1504 del Código Civil –exista o no pacto comisorio–, de la trascendencia de la doble incomparecencia del adquirente en los días señalados en los respectivos requerimientos.

ÓRGANO: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera). Jurisdicción civil. Recurso de casación 3339/2000
RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 849/2007
FECHA: 23 de julio de 2007
PONENTE: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos
DEMANDANTE: Ayuntamiento de Vall d'Uixó
DEMANDADOS: Particulares
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1504 del Código Civil
DOCTRINA: Venta de un bien patrimonial de la Administración local. En un contrato privado de la Administración es válida la remisión del pliego de condiciones a una norma administrativa para el establecimiento de un plazo para el cumplimiento de obligaciones contractuales (en este caso el plazo para formalizar la escritura una vez finalizada la licitación y adjudicado el contrato de venta). El retraso se convirtió en esencial cuando el Ayuntamiento otorgó un nuevo término, cuya extensión no puede ser calificada de irrazonable, y el comprador no acudió a la formalización del contrato. No puede dudarse, a los efectos del ejercicio de la facultad de resolución que contempla el artículo 1504 del Código Civil –exista o no pacto comisorio–, de la trascendencia de la doble incomparecencia del adquirente en los días señalados en los respectivos requerimientos.

SUPUESTO DE HECHO

El Pleno del Ayuntamiento de Vall d'Uixó adjudicó al demandado el inmueble denominado Antiguo Mercado por el precio de 206 millones de pesetas, como resultado de una licitación pública, licitación que tiene carácter administrativo y se rige por tanto por las normas del Derecho Administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa. El referido contrato de venta del bien patrimonial sí que es un contrato de carácter privado y cuyos efectos se rigen por las normas del Derecho privado y no del Derecho público.

El demandado constituyó la fianza definitiva pactada en garantía del cumplimiento del contrato pactándose que en la formalización de la escritura pública de venta el comprador debería pagar el resto del precio de la venta, hasta completar el precio total, por lo que el dinero pagado constituía parte del precio total y se entregaba a cuenta. El demandado fue requerido notarialmente para la formalización de la escritura pública el día 2 de junio de 1997 y no compareció a otorgarla.

El Ayuntamiento procedió a la adjudicación del inmueble al siguiente licitador.

El juzgado de primera instancia desestimó la demanda interpuesta por el Ayuntamiento de Vall d'Uixó sobre incautación de fianza y daños y perjuicios contra D. Aurelio y estimó la reconvención condenando al Ayuntamiento a que restituyese a aquél el importe de la fianza constituida para participar en la subasta para la enajenación de un inmueble propiedad del expresado Ayuntamiento.

La Audiencia Provincial en apelación revocó la sentencia y declaró haber lugar a la incautación de la fianza constituida para participar en la subasta convocada por el Ayuntamiento y desestimó la reconvención.

La sentencia se fundó, en síntesis, en que:

a) La obligación de pago estaba sujeta al plazo de 30 días, que se infería de la remisión del pliego de condiciones de la subasta a las normas sobre contratación administrativa (artículo 55.1 de la Ley 13/1995 [LCAP]).

b) Se había realizado un requerimiento notarial ejercitando la resolución del contrato subordinada a la falta de pago de la cantidad adeudada en el plazo marcado.

c) Había existido una voluntad rebelde del demandado al cumplimiento del contrato desatendiendo por dos veces los requerimientos del Ayuntamiento en los plazos fijados para comparecer en la notaría, que excedían el fijado en el pliego.

d) La resolución unilateral del contrato acordada por el Ayuntamiento era adecuada a derecho, lo que permitía aceptar la incautación de la fianza definitiva a tenor del artículo 114.4 de la LCAP, en relación con el artículo 44.c) de la LCAP, de aplicación supletoria según la última cláusula del pliego de condiciones de la subasta, pues dicha fianza opera a modo de cláusula penal (artículo 152 del CC).

e) No se ha probado la existencia de perjuicios.

Contra la anterior sentencia interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

a) El motivo primero de casación se funda, en síntesis, en que, siendo privado el contrato de compraventa de inmuebles a tenor del artículo 9 de la LCAP, se rige por el Derecho privado en cuanto a sus efectos y extinción y, no estableciéndose en el pliego de condiciones administrativas plazo para cumplir la obligación, se opone al expresado precepto integrar dicho plazo mediante la remisión de la cláusula 18 al Derecho Administrativo como hace la sentencia impugnada, cuando, con arreglo al artículo 1128 del CC, en ausencia de plazo pactado, deben ser los tribunales los que lo establezcan.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo en base a:

"El motivo aparece defectuosamente planteado, pues en su formulación no se cita el precepto legal infringido. De la fundamentación del motivo se deduce que la parte recurrente considera infringido el artículo 9 de la LCAP, aplicable por razones temporales, en cuanto establece que los contratos de la Administración que no tienen carácter administrativo están sujetos en cuanto a sus efectos y extinción al Derecho privado.

"La sentencia no desconoce este precepto, puesto que, para obtener sus conclusiones en torno a la determinación del plazo para el cumplimiento de la obligación de elevar la adquisición a escritura pública y pagar el precio se atiene a una interpretación del pliego de condiciones de la subasta con arreglo a los preceptos del Código Civil sobre interpretación de los contratos, que implícitamente aplica.

"No puede afirmarse que, teniendo en cuenta la letra del contrato y la intención de los contratantes, interpretar como válida la remisión de éste a una norma administrativa que por sí no comporta privilegio, prerrogativa o régimen exorbitante alguno en favor de la Administración, sino únicamente el establecimiento de un plazo de cumplimiento relacionado con las exigencias financieras y de procedimiento a las cuales están sujetos los entes públicos, implique sustraer el contrato al régimen de Derecho privado que le es propio.

"La cuestión se plantea, pues, en torno a la correcta interpretación del pliego de condiciones de la subasta, como elemento integrante de la oferta formulada por la Administración aceptada por el demandado –sin que conste impugnación alguna– mediante su participación en la subasta. La falta de cita de los preceptos sobre interpretación de los contratos, en unión de la doctrina jurisprudencial según la cual corresponde ésta al tribunal de instancia, y no puede ser revisada en casación si no se demuestra su carácter arbitrario o ilógico o que en la operación interpretativa se ha vulnerado alguno de los preceptos que la rigen, conduce de modo derecho a la desestimación de este motivo."

b) El motivo segundo se funda, en síntesis, en que, admitida hipotéticamente la existencia de un plazo de cumplimiento, el requerimiento notarial no tenía valor para dar por resuelto el contrato, dado que se formuló con anterioridad a la reunión del Pleno del Ayuntamiento, competente para la resolución de los contratos, el posterior acuerdo resolutorio no fue notificado y el requerimiento, en definitiva, no se realizó judicial o notarialmente como exige el artículo 1504 del CC y reiterada jurisprudencia.

El Tribunal Supremo desestima el motivo con la siguiente argumentación.

"Este motivo incurre en el mismo defecto del anterior, aunque puede entenderse subsanada la falta de cita del precepto legal infringido mediante la referencia que en su motivación se hace al artículo 1504 del CC y a la exigencia de que el requerimiento para hacer efectiva la resolución del contrato por incumplimiento se verifique por conducto notarial o judicial."

El requerimiento en el que se instaba al cumplimiento del contrato o, subsidiariamente, se hacía valer su resolución, no puede considerarse inválido por el hecho de que fuera anterior a la reunión del Pleno municipal, toda vez que la normativa de régimen local admite la competencia del alcalde para adoptar medidas urgentes y, especialmente, para ejercitar acciones judiciales y administrativas en caso de urgencia, dando cuenta al Pleno en la primera sesión que celebre, y en este orden jurisdiccional no podría examinarse prejudicialmente más que un supuesto de nulidad manifiesta que no concurre.

No se advierte, en consecuencia, la infracción denunciada, puesto que, admitido por la jurisprudencia, como recoge la sentencia impugnada, el requerimiento mixto de cumplimiento y subsidiaria resolución (STS de 18 de abril de 1997 [RJ 1997, 3246], 14 de noviembre de 1997 [RJ 1997, 8121], 28 de enero de 1999 [RJ 1999, 328], 13 de diciembre de 2004 y 2 de febrero de 2005 [RJ 2005, 1552]), de los formulados por el alcalde por vía notarial cumplían los requisitos exigidos por el artículo 1504 del CC.

c) El motivo tercero se fundamenta, en síntesis, en que no existió voluntad rebelde al incumplimiento, pues el demandado no sólo depositó la garantía provisional necesaria para concurrir al procedimiento, sino que, una vez adjudicado el bien patrimonial, formalizó la garantía definitiva y realizó las debidas gestiones para la financiación bancaria de la adquisición del solar y su promoción inmobiliaria, aunque éstas no se materializaran con la prontitud exigida por el Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo desestima el motivo y establece:

"A) Esta Sala, en la jurisprudencia más reciente, viene declarando que la voluntad de incumplimiento se demuestra por la frustración del fin del contrato 'sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte' (STS de 18 de noviembre de 1983 [RJ 1983, 6488], 31 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2830], 13 de noviembre de 1985 [RJ 1985, 5607], 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7740], 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de marzo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 [RJ 2005, 4731], 20 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8401], 31 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8405], 22 de diciembre de 2006, 3 de abril de 2007 y 21 de febrero de 2007 [RJ 2007, 689], entre otras); y exige simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004 [RJ 2004, 2738]), admitiendo el 'incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato [...] según los términos convenidos' (STS de 15 de octubre de 2002 [RJ 2002, 10127]). Esto ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (artículo 7.3.1 [2.b]), cuando se 'priva sustancialmente» al contratante «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato', pues el incumplimiento tiene entonces carácter esencial si no es excusable, cosa que a su vez ocurre, según los Principios del Derecho Europeo de Contratos, cuando se debió a un impedimento fuera de control y no se podía suponer razonablemente que dicho impedimento hubiera sido previsto en el momento de la conclusión del contrato ni tampoco que se hubieran evitado o superado el impedimento o sus consecuencias (artículo 8.108).

"B) En el caso examinado se produjo una situación que afectaba de modo notable a la pretensión del Ayuntamiento de agotar financiera y jurídicamente la operación de venta con arreglo al plazo estipulado para su perfección, como tenía derecho razonablemente a esperar como consecuencia del cumplimiento del contrato, y su incumplimiento no puede justificarse por las dificultades que el comprador haya podido padecer para reunir el efectivo necesario para el pago, pues esta circunstancia no consta que obedeciese a impedimentos razonablemente no previsibles en el momento de la conclusión del contrato. El retraso se convirtió en esencial (en los términos de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, artículo 1.806.3) cuando el Ayuntamiento otorgó un nuevo término, cuya extensión no puede ser calificada de irrazonable, y el comprador no acudió a la formalización del contrato. No puede dudarse, a los efectos del ejercicio de la facultad de resolución que contempla el artículo 1504 del CC –exista o no pacto comisorio–, de la trascendencia de la doble incomparecencia del adquirente en los días señalados en los respectivos requerimientos. Para un ente administrativo, y más si tiene carácter representativo, como ocurre con los entes locales, resulta de gran importancia el cumplimiento de los plazos que imponen las normas de procedimiento administrativo y financiero en garantía de los intereses públicos ligados a la recta y eficaz utilización de los bienes y recursos disponibles para la comunidad vecinal."

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia dictada en apelación.

Tribunal Supremo. Se produce la muerte de un conductor tras la colisión de dos vehículos motivada por la irrupción de jabalíes en la calzada. La responsabilidad del titular del coto es de carácter objetivo. No exige culpa del titular del aprovechamiento pero sí la "procedencia" de los animales del coto demandado y la conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento. Es insuficiente la presencia más o menos circunstancial de los animales en el coto.

ÓRGANO: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera). Jurisdicción civil
RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 912 /2007
FECHA: 23 de julio de 2007
PONENTE: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías
DEMANDANTE: MAPFRE Mutualidad de Seguros
DEMANDADOS: Titulares de un coto de caza
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículo 1214 del CC
DOCTRINA: Se produce la muerte de un conductor tras la colisión de dos vehículos motivada por la irrupción de jabalíes en la calzada. La responsabilidad del titular del coto es de carácter objetivo. No exige culpa del titular del aprovechamiento pero sí la "procedencia" de los animales del coto demandado y la conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento. Es insuficiente la presencia más o menos circunstancial de los animales en el coto.

SUPUESTO DE HECHO

D. Blas conducía un coche por la N-525 en dirección a Benavente; en sentido contrario, circulaba D. Evaristo. Este tuvo que frenar al cruzarse en la carretera unos jabalíes que procedían de terrenos en los que estaba el coto de caza El Castro de Manzanares. El coche conducido por D. Evaristo colisionó con el conducido por D. Blas, quien a consecuencia del choque falleció, dejando esposa y cinco hijos.

D. Blas tenía contratado un seguro con la compañía MAPFRE, que pagó a la viuda e hijos del asegurado las indemnizaciones correspondientes y demandó a continuación a los titulares del coto, por los daños causados por la irrupción en la carretera de unos animales que provenían del mismo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Benavente desestimó la demanda porque consideró probado que no existía un asentamiento de jabalíes en el coto demandado, no siendo posible extender la responsabilidad del siniestro a los titulares del aprovechamiento cinegético sólo porque los animales hubieran salido de allí.

Esta sentencia fue confirmada por la de la Audiencia Provincial de Zamora, el 6 de abril de 2000, que consideró que no constaba probado que el coto demandado fuese el hábitat natural de los jabalíes, por lo que no podía admitirse la responsabilidad objetiva de los propietarios, dado que la excepcionalidad del paso del jabalí con dirección a otros puntos en busca de alimentos impide a los titulares del coto adoptar las mínimas precauciones de control sobre el paso del animal.

Contra esta sentencia interpone MAPFRE un recurso de casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

El único motivo del recurso de casación denuncia la infracción de los artículos 1214 y 1902 del Código Civil, el artículo 33 de la Ley 1/1970, de 4 de abril (RCL 1970, 579), de caza, y el artículo 35 de su Reglamento, así como de los artículos 1137, 1144, 1249 y 1253 del Código Civil.

El Tribunal Supremo lo desestima de acuerdo con el razonamiento siguiente:

"Dice la recurrente que se han vulnerado las reglas de la carga de la prueba en un supuesto de responsabilidad objetiva, como es el previsto en el artículo 33 de la Ley de caza, porque la sentencia recurrida considera que no se ha probado que el coto demandado sea el hábitat natural del jabalí y como la actividad de caza es una actividad calificada como de riesgo, en estos casos, según la jurisprudencia que la recurrente cita, se invierte la carga de la prueba.

"La responsabilidad por daños y accidentes causados por animales se rige, efectivamente, por lo dispuesto en la Ley de caza.

"En la reciente sentencia de 22 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 608), esta Sala, examinando un supuesto sustancialmente igual al que origina el presente litigio, entendió que 'el artículo 33 regula un supuesto de nacimiento de la obligación de indemnizar por la mera producción del daño, sin exigir culpabilidad alguna por parte del titular del aprovechamiento (sentencias de 27 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2815] y 30 de octubre de 2000 [RJ 2000, 8489])'. Sin embargo, debe recordarse que la imputación de responsabilidades que el mencionado artículo efectúa se realiza sobre la base de la determinación del lugar de procedencia de los animales y por ello resulta indispensable que la prueba acredite esta procedencia de manera inequívoca.

"Para determinar la procedencia de los animales causantes del accidente, no basta simplemente su presencia más o menos circunstancial en una finca concreta, ya que como afirma la sentencia citada 'se hace precisa una cierta conexión entre la presencia del animal y el aprovechamiento'. La atribución por parte del legislador de una naturaleza objetiva a la obligación de responder no invierte la carga de la prueba, sino que únicamente excluye la necesidad de que se pruebe la culpa del autor del daño y deben probarse todos los otros extremos exigidos por la norma para que pueda imputarse la responsabilidad en base a la misma y por tanto, el actor debe probar la procedencia de la caza, cosa que no ha sucedido en el caso origen de este recurso, en que las pruebas aportadas han llevado a la Audiencia a no considerar probado que los jabalíes tuviesen su hábitat en el coto demandado, lo que de acuerdo con la normativa vigente, exonera a los titulares del mismo de responsabilidad.

"La recurrente se refiere a la violación del derogado artículo 1214 del Código Civil porque entiende que se ha producido una aplicación incorrecta de las normas sobre la carga de la prueba. Esta infracción no se ha producido porque la Audiencia valoró correctamente la prueba al considerar que, de los informes unánimes que constaban en los autos, se llegaba a la conclusión que no se había probado que el lugar de donde procedían materialmente fuese allí donde tenían su hábitat habitual, de modo que no se podían tomar medidas por parte del los titulares del coto demandado al ser la aparición del animal 'insólita, fugaz y descontrolada'.

"Hay que recordar a la recurrente que las sentencias de esta Sala han considerado que el artículo 1214 del Código Civil, en cuanto regulador de las consecuencias derivadas de la falta de

prueba de un hecho, no ha sido infringido cuando tal hecho se ha considerado probado (STS de 25 de noviembre de 2002 [RJ 2002, 10275], 30 de noviembre de 2005 [RJ 2006, 79], entre muchas otras); así como debe aportarse también la doctrina que entiende que al no contener el artículo 1214 una norma de valoración de la prueba, no permite revisar la efectuada por el tribunal de instancia, jurisprudencia que por ser de general conocimiento, no es necesario reproducir."

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia.

Tribunal Supremo. La donación modal es aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, como dice el artículo 619 del Código Civil. La amplia variedad de objeto del modo comprende también la destinación, acción y efecto de destinar, es decir, el caso de que el donante impone el destino que ha de tener la cosa donada. El incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal. La jurisprudencia proclama la intransmisibilidad de la acción de revocación de la donación pero advierte que si el donante no pudo ejercitar la acción, sí pueden hacerlo sus herederos. El donante falleció antes de incumplirse el modo, por lo que no pudo ejercitar la acción y si pueden hacerlo sus herederos.

ÓRGANO: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera). Jurisdicción civil
RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 900/2007
FECHA: 20 de julio de 2007
PONENTE: Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz
DEMANDANTE: Particulares
DEMANDADOS: Ministerio de Defensa y la Cooperativa de Viviendas Hespérides
DISPOSICIONES ANALIZADAS: Artículos 619 y 614 del CC
DOCTRINA: La donación modal es aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, como dice el artículo 619 del Código Civil. La amplia variedad de objeto del modo comprende también la destinación, acción y efecto de destinar, es decir, el caso de que el donante impone el destino que ha de tener la cosa donada. El incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal. La jurisprudencia proclama la intransmisibilidad de la acción de revocación de la donación pero advierte que si el donante no pudo ejercitar la acción, sí pueden hacerlo sus herederos. El donante falleció antes de incumplirse el modo, por lo que no pudo ejercitar la acción y si pueden hacerlo sus herederos.

SUPUESTO DE HECHO

Don Manuel, causante de los demandantes en la instancia y recurrentes en casación, donó a S.E. el Jefe del Estado, Generalísimo Franco, mediante escritura de 5 de marzo de 1937, dos fincas segregadas de otra mayor, sin incluir una charca o estanque construido dentro de una de ellas.

En la escritura se consignó que la donación se hacía para ser destinadas por el donatario a los fines de los servicios del Estado con todo lo construido dentro de los mismos y los derechos y servidumbres a su favor existentes, todo libre de cargas y gravámenes, quedando a favor del resto de las fincas del particular las servidumbres de paso y de acueducto que hoy existen sobre los trozos segregados.

Las fincas donadas acceden al Registro de la Propiedad y en la inscripción que se llevó a cabo el 6 de agosto de 1971 se establece:

"al objeto de destinar los terrenos donados, cuanto en ellos se encuentran comprendidos excepto la charca o estanque, al Ramo de Guerra y al objeto de destinarlos para campamento y campo de instrucción y de tiro."

El hecho que ha provocado el conflicto es que en 1997 se vendieron las fincas por el Ministerio de Defensa a la entidad Cooperativa de Viviendas Hespérides, ambas codemandadas y partes recurridas en casación.

Las dos demandas que se han formulado por los causahabientes del donante, tras dos sucesivas transmisiones hereditarias, lo fueron en el mismo año 1997 e interesaron la revocación de aquella donación por incumplimiento del modo.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimaron que la donación fue pura, no hubo modo o carga alguna, por lo que la venta a la cooperativa es válida y, así, han desestimado la demanda.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y declara la revocación de la donación de 5 de marzo de 1937; la resolución de la transmisión de parte de la finca objeto de la donación a favor de la Cooperativa de Viviendas Hespérides; la restitución de la finca a la comunidad hereditaria demandante y recurrente; las rectificaciones que procedan en el Registro de la Propiedad de La Laguna; y como subsidiario del anterior, si no es posible jurídicamente la restitución material de la finca, el valor económico de la misma al tiempo en que se haga efectivo el pago.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

La parte actora fundamenta el recurso de casación, en dos motivos. En el primero se plantea la cuestión crucial del pleito: si la donación es con modo y éste se ha incumplido, por lo que procede la revocación *ex tunc* o si la donación es pura y simple y el Ministerio de Defensa pudo celebrar la venta a un tercero.

El Tribunal Supremo establece el concepto de donación modal y afirma:

"La donación modal, aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, como dice el artículo 619 del Código Civil, se rige por la normativa de la donación en la parte que exceda del valor de gravamen impuesto, añade el artículo 622, aunque lo hace con imprecisión terminológica al referirse a la remuneratoria, lo que ha sido superado por doctrina y jurisprudencia (sentencia de 27 de julio de 1994 y las que en ella se citan). El modo, carga o gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente (sentencia de 23 de noviembre de 2004) o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación (sentencias de 11 de diciembre de 1988 y 27 de diciembre de 1994) o, en definitiva, el

cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante (sentencia 6 de abril 1999). Y esta amplia variedad de objeto del modo, comprende también la destinación, acción y efecto de destinar, es decir, el caso de que el donante impone el destino que ha de tener la cosa donada. Éste es el supuesto que ahora se presenta en casación.

El Tribunal Supremo glosa el artículo 647 del CC y establece:

"El artículo 647 del Código Civil dispone: La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso. En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley hipotecaria.

"Es de sobras conocido que cuando emplea la expresión 'condiciones' se está refiriendo al modo, no a las condiciones en sentido jurídico preciso. Por lo cual, el incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal, aunque ciertamente es más bien una resolución, como se desprende del segundo párrafo del artículo transcrito, que atribuye a la revocación efectos *ex tunc*, con la ineficacia de los actos dispositivos realizados, a salvo la protección al tercero hipotecario derivada del principio de fe pública registral que consagra el artículo 34 de la Ley hipotecaria."

Para el Tribunal Supremo la donación es modal porque la donación se hace al Estado, y su objeto son unas tierras para destino a los fines o servicios del Estado, en concreto para el Ramo de Guerra, hoy Ministerio de Defensa, y al objeto de ser utilizados como campamento y campo de instrucción y de tiro.

Todo ello, dice el Tribunal Supremo, es:

"la determinación de la destinación, que ha establecido el donante y ha aceptado el donatario, del objeto de la donación y esto tiene la naturaleza jurídica de modo. Como tal, a su vez, ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad: 'para el expresado destino del Ramo de Guerra, con las condiciones (quiere decir, modo) transcritas'.

"Consecuencia de ello, es que la voluntad de los contratantes -donante y donatario- y la naturaleza de la donación contiene un concreto modo: el destino de las tierras a uso militar por el Ministerio de Defensa."

El Tribunal Supremo entiende que debe estimarse el primero de los motivos del recurso de casación y realiza dos matices:

"primero, no tiene sentido pretender por la parte recurrida que se inadmita por no citar el artículo 1692.4 de la Ley de enjuiciamiento civil en que se funda el motivo, por ser evidente y por no caber el exagerado formalismo que proscribe el artículo 24 de la Constitución española; segundo, tampoco tiene sentido la referencia por la parte recurrente que se hace en este motivo al artículo 3, primer párrafo, del Código Civil pues la realidad social de aquella época nada tiene que ver con el incumplimiento del modo en la época actual, ni la norma se refiere a los contratos sino a la aplicación de la ley."

Y finalmente, hace una consideración *obiter dicta*:

"Aunque el caso no es el mismo, pues no se trató de donación modal sino de incautación, la sentencia de 25 de enero de 2000 admite la acción reivindicatoria sobre el edificio que, habiendo sido incautado, no fue devuelto a sus legítimos propietarios que lo reivindicaron tras la finalización de la Guerra Civil."

Las partes demandadas en instancia y recurridas en casación plantearon tres cuestiones: la incompetencia de jurisdicción, la legitimación activa y la caducidad.

El Tribunal Supremo las resuelve del siguiente modo:

–Incompetencia de jurisdicción:

"Si bien se ha apuntado muy brevemente y con cierta –podemos decir– timidez, es preciso referirse a la misma, también con brevedad y para rechazarla. Por más que una de las partes demandadas haya sido la Administración y haya comparecido en su defensa el Abogado del Estado, el objeto del proceso es una clara acción civil, la de revocación de una donación modal, contrato civil. Que el donatario sea el Estado, Ramo de Guerra, hoy Ministerio de Defensa, sólo ha precisado la reclamación previa en vía administrativa, pero no determina la jurisdicción contencioso-administrativa."

–Legitimación activa de los demandantes:

"Se ha alegado por las partes demandadas el carácter personalísimo de la acción de revocación de la donación modal por incumplimiento del modo y su intransmisibilidad a los herederos. La jurisprudencia no ha negado el carácter transmisible *mortis causa* de esta acción, lo que no la niega tampoco el Código Civil (a diferencia de la acción de revocación por ingratitud, artículo 653). Lo que ha mantenido es que si el donante no quiso la revocación o no quiso ejercitar la acción pudiendo hacerlo, no pueden ejercitarla sus herederos. Así, la acción es transmisible: ningún precepto dispone lo contrario, pero si el donante no la quiso ejercitar, no pueden tampoco hacerlo sus herederos.

"La jurisprudencia, examinada atentamente, proclama la intransmisibilidad de la acción pero advierte que si el donante no pudo ejercitar la acción, sí pueden hacerlo sus herederos: sentencia de 3 de diciembre de 1928, en que la transmisión no se rechaza si el donante no hubiese podido ejercitar la acción; la de 6 de febrero de 1954, que dice que no es transmisible a los herederos del donante que pudo ejercitarla en vida y no lo hizo; la de 16 de mayo de 1955) que proclama explícitamente la intransmisibilidad de la acción partiendo del supuesto de que el donante haya podido ejercitarla y no la ejercitó; la de 11 de diciembre de 1975, citando las sentencias anteriores afirma, reiterando la jurisprudencia anterior, que la acción es intransmisible en el supuesto de que el donante habiendo podido ejercitarla, no la hubiere ejercitado.

"En definitiva, la transmisión mortis causa de la acción debe admitirse, cuando conste que el donante quería revocar o que no pudo hacerlo. Este último es el caso presente. El donante falleció antes de incumplirse el modo, por lo que no pudo ejercitar la acción y si pueden hacerlo sus herederos, como efectivamente han hecho."

–Caducidad:

"El plazo para el ejercicio de esta acción no está determinado por el Código Civil. La sentencia de 11 de marzo de 1988 parece mantener que es el plazo de un año, aunque no lo dice como fundamento del fallo y la de 23 de noviembre de 2004 dice que 'es más defendible el plazo de cuatro años'. Esta última afirma claramente que el *dies a quo* no es la escritura de donación, sino el conocimiento del incumplimiento del modo, lo cual es evidente, ya que en dicho momento se produce la *actio nata*. En todo caso, es un plazo de caducidad, como afirman las sentencias antes mencionadas.

"En el caso presente no hay problema. El incumplimiento del modo no ha sido una desafectación de las fincas al fin público, sino que el incumplimiento propiamente dicho ha sido la venta a tercero, es decir, la consumación de aquella desafectación que tenía efectos administrativos puramente internos.

"La venta y el ejercicio de la acción se han producido, ambos, en 1997 y, por tanto, el plazo de caducidad, tanto si se entiende que es de un año como si de cuatro, no ha transcurrido."

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

F) Jurisdicción penal

Audiencia Provincial de Barcelona. En el delito de exacciones ilegales la acción típica tiene dos modalidades. Por un lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos, y, por otro lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por arancel o minutas en cuantía mayor a la legalmente señalada, y el delito se consuma desde el momento en que la autoridad o el funcionario público, directa o indirectamente, exigieran derechos, tarifas por arancel o derechos que no sean debidos o en cuantía superior a la legalmente señalada, sin que la realización típica exija la efectiva recepción de las mismas por la autoridad o el funcionario público, ni tampoco, y siquiera, su entrega por el particular. Las resoluciones de los registradores de la propiedad no se producen en asuntos administrativos, razón por la cual su conducta, aun pudiendo concurrir los demás elementos típicos, debe reputarse de atípica con relación al delito de prevaricación definido en el artículo 404 del Código Penal.

ÓRGANO: Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Segunda). Jurisdicción penal
RESOLUCIÓN: Sentencia núm. 732/2007
FECHA: 25 de julio de 2007
PONENTE: Ilmo. Sr. Pedro Martín García
DOCTRINA: En el delito de exacciones ilegales la acción típica tiene dos modalidades. Por un lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos, y, por otro lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por arancel o minutas en cuantía mayor a la legalmente señalada, y el delito se consuma desde el momento en que la autoridad o el funcionario público, directa o indirectamente, exigieran derechos, tarifas por arancel o derechos que no sean debidos o en cuantía superior a la legalmente señalada, sin que la realización típica exija la efectiva recepción de las mismas por la autoridad o el funcionario público, ni tampoco, y siquiera, su entrega por el particular. Las resoluciones de los registradores de la propiedad no se producen en asuntos administrativos, razón por la cual su conducta, aun pudiendo concurrir los demás elementos típicos, debe reputarse de atípica con relación al delito de prevaricación definido en el artículo 404 del Código Penal.

SUPUESTO DE HECHO

a) Don Lucio –mayor de edad y sin antecedentes penales–, en el ejercicio de su cargo como registrador de la propiedad de Mataró, procedió desde 1996 y hasta el año 2000, en que su proceder fue puesto de manifiesto, a la realización de los siguientes tipos de conductas principales:

–Minutar como certificación de cargas supuestos en los que el registrador lo que tenía que hacer en casos de discrepancia de cargas entre el título presentado para inscribir y el Registro era, hasta el 13 de abril de 1998, una manifestación de despacho y, a partir de dicha fecha una nota simple informativa simultánea a la nota de inscripción.

–Minutar ante la petición de un notario de información antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre los mismos dicha información como certificación o, en su caso, certificación con información continuada.

–Minutar como informes del artículo 355 del RH supuestos en los que no consta probado que se hubieran solicitado tales informes, o hubieran sido efectivamente emitidos.

Los hechos se denunciaron por trabajadores del Registro en el año 2000 como represalia por el enfrentamiento que en aquella época se produjo entre ellos y el titular del Registro, al colocar éste en aquél a sus hijos con unos elevados sueldos que repercutían en el porcentaje a repartir entre todos los empleados en el Registro de la Propiedad.

b) Don Lucio ejerce, además de su actividad profesional como registrador, la de empresario agrícola, procediendo durante los ejercicios fiscales de 1996 a 1999 a ocultar a la Hacienda pública una parte sustancial de las operaciones e ingresos obtenidos en su actividad profesional como registrador de la propiedad y, por otra parte, procedió a deducir gastos indebidos en sus actividades empresariales agrícolas privadas, ocultando igualmente al erario una parte sustancial de las retribuciones satisfechas a sus empleados en el Registro de la Propiedad, dejando de realizar las retenciones sobre rendimientos del trabajo personal a que venía legalmente obligado.

c) Igualmente don Lucio satisfizo al menos durante 1996, 1997 y 1998 importantes emolumentos a los empleados del Registro ocultando intencionadamente tales hechos a la Hacienda pública y dejando por tanto de practicar las correspondientes retenciones a cuenta del IRPF de aquéllos que legalmente venía obligado a realizar.

Don Lucio tenía establecido un sistema de doble contabilidad, en primer lugar una contabilidad oficial denominado "listado de IVA", en la que se anotaban las minutas que eran objeto de la debida declaración al fisco y, en segundo lugar, una contabilidad denominada "Gestión de facturas" en la que se anotaban aquellas facturas que se ocultaban al erario.

d) El 27 de octubre de 1997, don Lucio procedió a segregar y vender en escritura pública a don Leonardo, sin haber solicitado la pertinente licencia urbanística, una porción de una finca de su propiedad de superficie un área y 35 centiáreas, por el precio declarado de 800.000 ptas., procediendo seguidamente a calificar la indicada escritura como título inscribible y practicar luego con su firma la inscripción de la segregación y venta realizadas con fecha 26 de noviembre de 1997, como finca independiente.

En el procedimiento sancionador instruido en relación con la segregación indicada por parcelación ilegal aportó certificaciones registrales no veraces.

FUNDAMENTOS DE DERECHO-DOCTRINA

Respecto del delito de exacciones ilegales la Audiencia formula la siguiente doctrina general:

"Conforme dispone el artículo 437 del Código Penal: 'La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años'. Del análisis del precitado tipo penal se derivan las siguientes conclusiones: a) El sujeto activo de este delito sólo lo puede ser quien ostente la condición de autoridad o funcionario público, conforme a lo dispuesto en el ap. 1 del artículo 24 del Código Penal por lo que se refiere a quien debe ser considerado autoridad y en el ap. 2 del mismo precepto por lo que se refiere a quien debe ser considerado funcionario público. b) Por lo que respecta a la acción típica dos son las modalidades que la articulan, por un lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos –es decir, cuando la autoridad o funcionario público engaña sobre la propia existencia de la deuda– y, por otro lado, el exigir, directa o indirectamente, derechos, tarifas por arancel o minutas en cuantía mayor a la legalmente señalada, es decir, cuando la Autoridad o funcionario público engaña sobre la cuantificación del importe debido. c) Por último, el delito se consuma desde el momento en que la autoridad o el funcionario público, directa o indirectamente, exigieran derechos, tarifas por arancel o derechos que no sean debidos o en cuantía superior a la legalmente señalada, sin que la realización típica exija la efectiva recepción de las mismas por la autoridad o el funcionario público, ni tampoco, y siquiera, su entrega por el particular."

Para la Sala los hechos probados son legalmente constitutivos de un delito continuado de exacciones ilegales, pues el acusado, don Lucio, funcionario público, exigió a los particulares que se relacionaron con el Registro de la Propiedad, del que aquél era titular, en el periodo comprendido entre el año 1996 al 2000, unas veces cantidades por aranceles que no eran debidas y otras veces en cuantía superior a la legalmente establecida.

Del indicado delito declara criminalmente responsable en concepto de autor el acusado y no se considera criminalmente responsables a los empleados del Registro. Al hilo de esta consideración, diferencia entre coautor y cooperador necesario al afirmar:

"en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la diferencia entre el coautor –quien tiene el dominio funcional del hecho, compartiendo la decisión conjunta de realización del hecho criminal y verificando cada uno un aporte a la misma que por su importancia se reputa de cualificada para el resultado y necesaria dentro de una razonable división del trabajo– y el cooperador necesario, viene determinada por el momento del aporte a la realización del hecho delictivo de que se trate, pues el coautor lo hace en la fase ejecutiva y el cooperador necesario en un momento anterior (por todas STS 939/2001, de 31 de octubre), en tanto que la diferencia entre éste y el cómplice se resuelve merced a la teoría de los bienes escasos, de tal manera que quien aporta al autor o autores un comportamiento de colaboración no fácil de conseguir, sería cooperador necesario y cómplice en caso contrario (por todas, STS 1159/2004, de 28 de octubre)."

La Audiencia concluye que:

"los empleados del Registro eran conocedores del ilegal proceder del titular del Registro cooperando, ello no obstante, con él, de forma necesaria, al logro de sus fines, procede, por imperativos del principio de la duda, su libre absolución con todos los pronunciamientos legalmente inherentes. Ahora bien, habiéndose lucrado de los efectos del delito de exacciones ilegales perpetrado por don Lucio será de aplicación a los mismos las previsiones del artículo 122 del Código Penal, conforme al cual: 'El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación'."

Los hechos relacionados en el apartado segundo del apartado de "hechos probados" son legalmente constitutivos de dos delitos contra la Hacienda pública, tipificados en el artículo 305 del Código Penal, pues don Lucio, con la colaboración de don Sebastián, en la forma que queda allí relacionada, defraudó al erario eludiendo el pago de tributos debidos en cuantía superior a los 120.000 euros en los ejercicios correspondientes a los años 1998 y 1999, calificación, por otra parte, aceptada por las defensas de ambos acusados.

Tiene interés la doctrina que se establece en relación con el concepto y consecuencias penales de las personas que regularicen su situación tributaria. La Audiencia señala que en el caso concreto es claro que don Lucio regularizó su situación tributaria antes de que se le notificara por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación y añade:

"Si bien el Tribunal entiende que con lo hasta aquí dicho queda clara la procedencia de la aplicación a don Lucio de la prevención contenida en el apartado 4 del artículo 305 del Código Penal, procederá dejar sentada la postura del Tribunal sobre el concepto de la regularización. El Tribunal, reconociendo lo conflictivo y discutido del tema, entiende que el concepto de regularización no puede equipararse a pago de la deuda tributaria, sino tan sólo, en principio, a poner en orden el contribuyente su situación tributaria ante la Hacienda pública, aflorando ante ésta las bases correctas y ajustando a la realidad dicha situación."

Los argumentos que utiliza la Audiencia son los siguientes:

–La propia dicción legal:

"que utiliza el verbo 'regularizar' en vez del de 'pagar', y es sabido que regularizar es tanto como arreglar, poner en orden, expresiones que si bien convienen al pago son más amplias que dicho término, comprendiendo, en buenos principios hermenéuticos, la conducta del contribuyendo exponiendo verazmente todos los datos reales de su situación tributaria a la Hacienda pública.

"En definitiva, el pago es una forma de regularización de la situación tributaria del contribuyente de que se trate, pero no toda regularización se confunde y equipara al pago.

"En este punto el Tribunal quiere recoger uno de los argumentos expuestos por la defensa en su escrito de conclusiones definitivas, el relativo a los antecedentes históricos del artículo 305, en el que se recuerda que la Propuesta de Anteproyecto de 1983 contenía en su artículo 298 una causa parcial de exclusión de pena condicionada al 'pago con sus recargos' de la deuda tributaria, siendo así que en la tramitación del Código Penal de 1995 fue rechazada la enmienda del grupo IU-IC que pretendía añadir al actual artículo 305 la siguiente mención: 'la regularización a que se refiere el párrafo anterior requerirá que el responsable ingrese de modo efectivo las deudas tributarias defraudadas', no obstante lo cual el legislador optó finalmente por la expresión 'regularización' (p. 23)."

–Porque cuando el legislador ha querido que la exención de responsabilidad criminal se conecte al pago de lo indebidamente defraudado ha utilizado categóricamente el término "pagar":

"Así, por ejemplo, en el apartado 4 del artículo 308 del Código Penal, conforme al cual: 'quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales'."

–Porque la interpretación que equipara regularización a pago dejaría en numerosos casos en manos de la Administración Tributaria la exención o no de la responsabilidad criminal del contribuyente:

"Tales situaciones se producirían cuando la regularización entendida como puesta de manifiesto veraz a la Administración Tributaria de la real situación tributaria del sujeto fuera seguida de una petición de aplazamiento de pago, pues en estos casos el posible acogimiento al beneficio contemplado en el apartado 4 del artículo 305 del Código Penal estaría en función de que, antes de producido aquél, la Hacienda pública decidiera o no la iniciación de actuaciones de comprobación."

En relación con el delito de prevaricación se afirma en primer lugar que:

"del análisis de la legislación, de la doctrina, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado se desprende claramente, a juicio del Tribunal, la naturaleza no administrativa de la función registral."

En relación a los argumentos doctrinales se afirma que:

"no es pacífica en la doctrina científica el tema de la naturaleza jurídica de la función registral, siendo numerosos los autores que se inclinan por negarle naturaleza administrativa (así, por ejemplo, Sanz, Roca Sastre, Jerónimo González y significadamente Lacruz Verdejo, en su conocido 'dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador', en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1979)."

En relación con los argumentos legales la Audiencia cita los artículos 66, párrafo primero, 324 y 328, párrafo primero, de la LH. Del análisis de los preceptos concluye:

"que no puede caber ninguna duda sobre la naturaleza no administrativa de la calificación negativa del registrador y, por traslación de la función calificadora de la que aquella calificación es el resultado y, por otro lado, que la misma conclusión deberá mantenerse con relación a las calificaciones positivas, pues contrariaría los más elementales principios hermenéuticos que las calificaciones, y, en su caso, la función calificadora, tuviera una naturaleza jurídica distinta según que fuera positiva o negativa."

En relación con los argumentos jurisprudenciales cita y transcribe la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de noviembre de 1954, y finaliza las RDGRN de 26 de junio de 1986, 6 de junio de 1991, 10 de enero de 2000 y 8 de noviembre de 2000, que afirman que la función registral, en sentido material, se aproxima a la jurisdicción, porque los registradores de la propiedad –aunque como los jueces no están sujetos en sus funciones al principio de jerarquía para enjuiciar el caso, sino que gozan de independencia en su calificación– están fuera de la organización judicial y establecen el criterio que:

"En todo caso, es una actividad distinta de la propiamente administrativa. No está sujeta tal actividad a las disposiciones administrativas, sino que viene ordenada por las normas civiles. Las cuestiones sobre que versa –las situaciones jurídicas sobre la propiedad inmueble– son cuestiones civiles. Y por la índole de las disposiciones aplicables y la de las cuestiones que constituyen su objeto, esta actividad está fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa –cf. artículos 22 de la Ley orgánica del Poder Judicial, 2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, 51 y 62 de la Ley de enjuiciamiento civil y sentencias del Tribunal Supremo de las salas de lo contencioso de 18 de febrero de 1936 y 6 de noviembre de 1954–, lo que no significa que la actividad registral esté fuera del control jurisdiccional, puesto que las decisiones registrales dejan siempre a salvo la vía judicial ordinaria y las decisiones judiciales dictadas en el correspondiente proceso tienen siempre valor prevalente (cf. artículos 22 de la Ley orgánica del Poder Judicial y 1 y 66 de la Ley hipotecaria)."

Todo ello conlleva la siguiente conclusión:

"la negación de que las resoluciones de los registradores de la propiedad no se producen en asuntos administrativos, razón por la cual su conducta, aún pudiendo concurrir los demás elementos típicos debe de reputarse de atípica con relación al delito de prevaricación definido en el artículo 404 del Código Penal. El Tribunal acepta que la conclusión precedentemente sentada pudiera resultar chocante, pero, dejando de lado la argumentación en la que se funda, basta recordar que tampoco los miembros del Ministerio Fiscal pueden cometer el delito de prevaricación, si bien por distintos motivos a los aquí expuestos, pero, en todo caso, referentes a la tipicidad de la conducta."

En el fallo se condena a don Lucio:

–Como autor de un delito continuado de exacciones ilegales, a las penas de diecinueve meses, multa y suspensión de empleo o cargo público durante tres años, un mes y quince días.

–Como autor de dos delitos contra la Hacienda pública, a las penas, por cada delito, de seis meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa, respectivamente, de 131.659,32 euros y 99.680,28 euros.

–Como autor de un delito de infidelidad en la custodia de documentas, a las penas de un año de prisión, accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de quince meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro años.

A su vez se le absuelve del delito continuado de prevaricación y del delito de falsedad en documento oficial.

5 PRESENTACIÓN

7 ESTUDIOS

7 Derecho de los vecinos a la prestación de los servicios públicos
Tomás Quintana López

14 El sistema electoral municipal
Leonardo Álvarez Álvarez
Ángel Ignacio Villaverde Menéndez

27 Silencio administrativo: delimitación jurisprudencial de su ámbito de aplicación (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007)
Carmen Chinchilla Marín

PONENCIAS DEL CURSO SOBRE MEDIO AMBIENTE, ORGANIZADO POR LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL EN COLABORACIÓN CON EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EL INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA DIPUTACIÓN DE ALICANTE, DEL 14 AL 16 DE NOVIEMBRE DE 2007

38 1. Infraestructuras públicas y medio ambiente
Jesús María Chamorro González

49 2. Observatorio de Políticas Ambientales 1978-2006. Valoración general
Fernando López Ramón

61 3. Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible
Jesús Jordano Fraga

75 4. Actividades extractivas y medio ambiente
Tomás Quintana López

83 5. La responsabilidad objetiva por daños al medio ambiente
Alicia Esther Ortuño Rodríguez

102 6. Los nuevos estatutos de autonomía
Luis Ignacio Ortega Álvarez

114 7. Posibilidades de reacción local frente a la problemática medioambiental: limitaciones competenciales y su incidencia en la autonomía local
Pedro Luis Ruiz Martín

135 8. Actividades industriales
Felipe Fresneda Plaza

154 9. Los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente
José Antonio Razquin Lizarraga

181 CRÓNICA DE JURISPRUDENCIA

182 A) Jurisdicción constitucional
192 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
198 C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
201 D) Jurisdicción contencioso-administrativa
215 E) Jurisdicción civil
220 F) Jurisdicción penal
Domènec Sibina Tomás

PVP: 18 euros

www.gobiernolocal.org