

### **3. Un desafío para los ordenamientos en el siglo XXI: el desarrollo sostenible<sup>1</sup>**

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.”<sup>2</sup>

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”.<sup>3</sup>

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”.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

## 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.

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

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.”<sup>6</sup>

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

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 tras-pasa 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.”<sup>7</sup>

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).<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup>

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).<sup>10</sup>

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 apar-

tado 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 integristas 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 desarro-

llo 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”.<sup>11</sup> 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*”<sup>12</sup> –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*.<sup>13</sup>

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,<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

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 párrafo 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 a 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/spacific\\_articles/art6/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/nature/nature_conservation/eu_nature_legislation/spacific_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),<sup>16</sup> *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 párrafos 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 párrafo 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 párrafo 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 párrafo 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 (párrafo 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 (párrafo 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 Landschaftspflege*) 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 exige 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.

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

### 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.<sup>17</sup> Creemos que el Estado ambiental de derecho reclama una reforma del recurso de incumplimiento de forma

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.<sup>18</sup> 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.

---

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 habi-

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 Recommendations*, 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.

litación 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. ■