

# INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE\*

TOMÀS FONT I LLOVET

*SUMARIO: I.- Introducción. II.- La publicación de recursos y servicios ambientales. III.- La planificación. IV.- La autorización y actos similares. V.- La evaluación de impacto ambiental. VI.- La potestad sancionadora. VII.- Daño ambiental y responsabilidad patrimonial. VIII.- Medidas de fomento. IX.- Instrumentos procesales*

## I. INTRODUCCIÓN

La reflexión acerca de los instrumentos y de las técnicas que aparecen en la articulación actual del derecho al medio ambiente requiere una primera alusión a su configuración constitucional, porque presenta alguna singularidad.

En efecto, la Constitución acostumbra a regular fines y objetivos en relación a los derechos sociales, pero no es habitual que establezca los medios o técnicas a seguir para su obtención. La imposición de obligaciones activas o prestacionales a los poderes públicos, que caracteriza la formulación de los derechos económicos y sociales, se remite normalmente a unos fines, a unos objetivos hacia cuya satisfacción debe tender la acción de dichos poderes. No obstante, la consagración del derecho al medio ambiente que lleva a cabo el art. 45 de la Constitución resulta mucho más compleja en cuanto a su formulación y a los elementos en ella contenidos.

Naturalmente, el texto constitucional delimita el marco dentro del cual se encaja el ejercicio de los derechos y de los deberes medioambientales, derechos que pertenecen a los ciudadanos y deberes y obligaciones que corresponden tanto a los poderes públicos como también a los pro-

---

\* Texto de la conferencia pronunciada en el Curso de post-grado de Derecho ambiental, celebrado en Barcelona en febrero de 1994.

pios ciudadanos. Ese marco comprende la atención por el uso racional de los recursos naturales como medio para proteger la calidad de vida, que es lo que en definitiva viene a cristalizar en la teoría del *desarrollo sostenible* y en la compaginación entre crecimiento económico y preservación del medio ambiente en que ésta se cifra.

En esta misma dirección hay que situar la redacción del art. 130 R del Tratado CEE dada por el Tratado de la Unión Europea, en la medida en que después de establecer los objetivos de la política medioambiental de la Comunidad y sus principios de acción, establece que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.

Fijados los objetivos constitucionales, la misma Constitución concreta ya algunos de los instrumentos jurídicos que el ordenamiento debe establecer para hacer efectiva la consecución de los mismos. Así, el art. 45.3 CE alude expresamente a los medios represivos y reparadores como son la sanción penal, la sanción administrativa y la obligación de reparar el daño causado. Esta última previsión constitucional está también parcialmente recogida en el citado art. 130 R del Tratado CEE, que contiene los principios en los que debe basarse la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, y entre los cuales constan los principios de cautela y de acción preventiva, así como el principio de la corrección de atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente y el principio de quien contamina paga. Como se verá más adelante, la obligación constitucionalmente prevista de reparar el daño ambiental está muy ligada a estos principios.

Hay, pues, una perspectiva expresada en la Constitución acerca de los medios jurídicos que deben emplearse en la protección medioambiental. Pero esta perspectiva específica que deriva del art. 45.3 CE responde solamente a una de las múltiples vertientes que ofrece la problemática de la preservación de los recursos naturales, la vertiente que se puede llamar reaccional, que opera ante la violación de los mínimos deberes que impone "la indispensable solidaridad colectiva" a que alude el apartado anterior del citado precepto. Sin embargo, resulta evidente que los medios jurídicos de intervención ambiental ofrecen una diversidad mucho mayor.

Sin ánimo de agotar la exposición de todos ellos, vamos a presentar una rápida visión panorámica que nos sirva de aproximación a las principales técnicas jurídicas que están presentes en el derecho del medio ambiente, exposición que tampoco pretende encuadrarse a la perfección en tipologías y sistematizaciones de las formas de la actividad administrativa. Hay que relativizar, en efecto, las clasificaciones clásicas, tales como

la trilogía policía-fomento-servicio público, aunque sigan teniendo su utilidad.

Podemos, también, encuadrar la tipología de los instrumentos jurídicos según la *función* que los mismos desarrollan. En este sentido cabría distinguir:

a) instrumentos de carácter *preventivo*, dirigidos a evitar o minimizar los efectos negativos sobre el medio ambiente de las conductas decisiones humanas, y a maximizar los efectos positivos de las mismas. En general, pueden incluirse aquí instrumentos tales como la *planificación* y las técnicas de *control previo*, entre las que se cuentan la *autorización*, la *evaluación de impacto ambiental*, etc.

b) instrumentos de carácter *represivo*, como reacción punitiva ante conductas lesivas para el medio ambiente: así, el *delito ecológico*, o las *sanciones administrativas* aplicadas al campo del medio ambiente.

c) instrumentos de carácter *reparador* de los daños o efectos lesivos para el medio ambiente: así, la figura de la *responsabilidad patrimonial*, ya sea civil o administrativa -por mantener esa distinción-, la obligación de *restitución* - la *restitutio in integrum*-, incluso, en cierto sentido, las técnicas de *cánones* por vertidos, según sea su régimen específico, aunque éstos nos conducen hacia situaciones más complejas.

La relatividad de las clasificaciones también afecta a la que se acaba de apuntar. Nos encontramos, por ejemplo, con figuras más generales: *actos declarativos de situaciones objetivas*, que constituyen habilitaciones para la adopción de ulteriores medidas. Así, la declaración de "zona de atención especial" realizada según la Ley de Protección del Ambiente atmosférico, o la "declaración de zona atmosférica contaminada", a la que se refiere la STC 329/1993, etc.

## II. LA PUBLIFICACIÓN DE RECURSOS Y SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES

El instrumento de intervención que representa una mayor inmisión en la esfera de los ciudadanos consiste en la publicación de bienes, recursos, actividades o servicios de contenido o de relevancia medioambiental. Esa es la forma clásica de presentar esta situación. Pero también cabe referirse a la misma subrayando que tales supuestos son aquellos en los que los poderes públicos asumen la máxima responsabilidad directa sobre los fines de protección medioambiental.

Así, el art. 128.2 CE, al prever la posibilidad de efectuar la *reserva de recursos o servicios esenciales* en favor de los poderes públicos, contiene la habilitación genérica para que tal publicación se lleve a cabo en relación con bienes o recursos medioambientales o de relevancia medioambiental, así como en relación con actividades o servicios de tales características. Ahora bien, descendiendo a las técnicas o instrumentos jurídicos específicos que entran en juego en este contexto, cabe destacar la función que desempeñan todavía con plenitud dos instituciones capitales del derecho público: el servicio público y el dominio público.

1. *Declaración de servicio público.* Se trata de uno de los instrumentos o instituciones de mayor tradición desde la perspectiva prestacional, que ahora debe recobrar nuevos desarrollos en todas sus facetas, según se ha dicho. Y no sólo por la vertiente de su significado de reserva pública y exclusión de la libre iniciativa privada en el sector, sino también por la nueva dinámica de la responsabilidad de la Administración en el aseguramiento de la satisfacción de la necesidad socialmente sentida y cuya plenitud y garantía se encomienda a las autoridades públicas.

En no pocas ocasiones, el aseguramiento de un determinado nivel de calidad de vida, incluso individual, excede de la posibilidad de actuación, conjunta o aislada, de los ciudadanos afectados o interesados. El significado primero de la asunción pública de responsabilidades en este sentido es precisamente subsanar aquellos déficits de incapacidad o de imposibilidad de actuación privada relevante que derivan o bien de una determinada forma de organización social, articulada en torno a intereses y potencialidades individuales, o bien de las características específicas, no aislables en muchas ocasiones, de los recursos y prestaciones medioambientales.

Como toda la institución del servicio público, también su concreción al ámbito medioambiental resulta de especial aplicación en el nivel municipal. En efecto, aparece históricamente como uno de los servicios municipales clásicos el servicio mínimo obligatorio de recogida de residuos, que hoy resulta exigible en todos los municipios, con independencia de su tamaño poblacional y de su capacidad económica. Además, el servicio de tratamiento de los residuos figura en la actualidad como una obligación prestacional de responsabilidad municipal en aquellos municipios con una población de más de 5.000 habitantes.

Precisamente, la exigencia de asegurar la prestación de estos servicios de recogida y tratamiento de residuos ha sido uno de los campos que más han estimulado las formas de cooperación en la actuación municipal y en la organización de los servicios públicos locales. En efecto, entre las finalidades y objetivos con que se constituyen las mancomunidades inter-

municipales voluntarias figura en primer lugar por su difusión la prestación conjunta de dichos servicios de relevancia medioambiental tan directa y elemental.

También es en este campo donde más se ha experimentado, siguiendo en el nivel local, la práctica de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos, ya sea mediante formas arrendaticias, ya sea, más frecuentemente, mediante concesión.

Asimismo, desde el punto de vista del ciudadano o usuario de los servicios públicos, el ordenamiento local permite en la actualidad exigir el establecimiento y prestación de tales servicios cuando el ayuntamiento no los tenga implantados, siempre que se trate precisamente de esos servicios mínimos obligatorios, entre los que se cuentan, como se ha dicho, los de recogida y tratamiento de residuos. En lógica consecuencia, por otra parte, cuando la falta de prestación de los mismos, o su deficiente o incompleta ejecución, provoque daños materiales, personales o morales que sean evaluables económicamente, nacerá la responsabilidad patrimonial de la Administración correspondiente.

La publicación de las actividades económicas o de gestión relacionadas con el medio ambiente sigue siendo en el momento actual una de las técnicas útiles para asegurar el control y la responsabilidad públicas respecto de parcelas o sectores de especial compromiso por su relación con valores específicos que deben ser protegidos junto al genérico objetivo medioambiental, como puede ser, por ejemplo, la protección de la salud. Así, por ejemplo, puede tomarse el ejemplo de la Ley catalana 6/1993, de Residuos, mediante la cual se lleva a cabo la declaración de servicio público de titularidad de la Generalitat de Cataluña las actividades de tratamiento de los residuos especiales y la disposición de los desechos correspondientes.

También debe aludirse, en esta rápida visión de conjunto, al denominado *servicio público impropio*. En este supuesto, cuya misma categorización es muy discutida, la intervención pública no se basa tanto en la asunción directa por parte de la Administración de la responsabilidad en la prestación o realización de los servicios o actividades medioambientales, cuanto de llevar a cabo una actividad de ordenación e intervención especialmente cualificada en el sector de que se trate. A pesar de la relatividad con que hay que enfrentarse con las categorías tradicionales, aquí aparecería la distinción entre las figuras clásicas de la autorización administrativa y la concesión, siendo la primera la que jugaría en el caso de los servicios públicos impropios.

Lo cierto es que dicha forma de publicación, que se puede denominar relativa, resulta muy habitual en el campo del medio ambiente, puesto que permite a la Administración ejercer un fuerte control sobre las actividades privadas que conllevan una mayor incidencia o un mayor riesgo medioambiental, o bien que guardan conexión directa con otras actividades que sí están formalmente reservadas al sector público. Así, por ejemplo, la Administración llega a hacerse cargo indirectamente de la actividad en cuestión mediante la limitación del número de agentes o de unidades económicas que pueden válidamente intervenir en un determinado ámbito o nivel de actuación, con lo que se logra el mayor efecto posible, consistente en delimitar y acotar el campo de libre actuación privada a través de una decisión pública: así, los planes de residuos pueden limitar el número de plantas de tratamiento y de autorizaciones.

2. *Declaración de dominio público.* La segunda gran institución jurídica a que se ha aludido antes que permite ejercer una publicación de bienes y recursos medioambientales es la de la demanialidad, esto es, la declaración de tales bienes o recursos como bienes de dominio público.

En esta ocasión, el fundamento constitucional de la aplicación de esta figura a la problemática de la intervención en materia de medio ambiente aparece con toda claridad. Efectivamente, el art. 132 CE, después de establecer los principios básicos del régimen jurídico en que debe consistir el dominio público, procede a realizar directamente la demanialización o declaración de dominio público de enteras categorías o conjuntos de bienes y recursos naturales de evidente relevancia ambiental. Así, en efecto, es la propia Constitución quien decide, sin apelación posible, que queda fuera de toda posibilidad la apropiación privada de la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

Como se comprenderá, esta opción constitucional, jamás llevada a cabo anteriormente a tan alto nivel político y normativo, es de una gran trascendencia. En primer lugar, porque establece un estándar mínimo de garantía ante la explotación libre de los citados recursos naturales, asegurando en todo caso, incluso frente a las decisiones del legislador, el control directo e indisponible de dichos bienes y recursos por parte de los poderes públicos. En segundo lugar, porque al señalar la propia Constitución que las citadas categorías de bienes son en todo caso de dominio público, está en realidad estableciendo una dinámica institucional en la que se hace visible la preferencia del sistema constitucional por la propiedad pública frente a la forma privada de apropiación de los bienes, puesto

que la Constitución no contiene, por contra, una relación de bienes que en todo caso deban ser de propiedad privada (1).

Si ello es así, no es menos cierto que, además, el legislador puede ampliar el alcance del dominio público, extendiendo aquella declaración constitucional a otras categorías de bienes, como así se ha hecho, sin ir más lejos, con las aguas continentales. Quede bien claro que la mera publicación del recurso natural o del bien de relevancia ambiental no significa por sí sola una garantía absoluta del valor y de la función medioambiental que cumplen dichos bienes o recursos. Sin llegar a la exclusión de los bienes en cuestión del tráfico jurídico-privado es perfectamente posible en teoría, según los casos, preservar aquel valor medioambiental mediante técnicas jurídicas de limitación, intervención y ordenación menos incisivas. Pero también debe quedar fuera de toda duda que el instrumento de la declaración demanial y la publicación de los bienes y recursos naturales y medioambientales es perfectamente legítima desde la perspectiva constitucional.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es sugestiva respecto a estas cuestiones. La STC 227/1988, de 29 de noviembre, relativa a la Ley de Aguas, señala, así, "que la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el artículo 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la "riqueza del país", en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución)".

Se reconoce, pues, la conexión instrumental que existe entre la técnica de la declaración demanial y la protección de los valores constitucionales vinculados al medio ambiente. Otra cuestión distinta, sobre la que no podemos detenernos ahora, es que la citada sentencia constitucional haga derivar de la anterior consideración la fundamentación para la atribución al Estado de la competencia exclusiva para llevar a cabo esas operaciones de declaración por ley de la naturaleza demanial de categorías enteras de bienes o recursos.

También la STC 149/1991, de 4 de julio, relativa a la Ley de Costas, contiene algunas consideraciones de interés respecto de la relación entre

(1) Vid. T. FONT I LLOVET, *La ordenación constitucional del dominio público*, en "Homenaje García de Enterría", vol. V.

las finalidades sobre el medio ambiente que ampara el art. 45 CE y el régimen del dominio público, y recuerda que aquellos objetivos constitucionales no pueden alcanzarse sin limitar o condicionar las utilidades del demanio y el uso que de los terrenos colindantes pueden hacer sus propietarios. Asimismo declara el Tribunal Constitucional que debe asegurarse una igualdad básica en el ejercicio del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona, en relación con el dominio público marítimo-terrestre (2).

### III. LA PLANIFICACIÓN

1. En general, no es preciso insistir a estas alturas en la enorme variedad y heterogeneidad de significados que presenta hoy en día la planificación como técnica o instrumento de actuación de los poderes públicos y de fijación del marco dentro del cual se desarrollan sus relaciones con los particulares.

En este momento debe destacarse que la inserción de la planificación en el campo medioambiental presenta algunas cuestiones específicas. Así, hay que tener en cuenta que se plantean numerosos problemas de *coordinación* entre los diversos ámbitos de la planificación que inciden en el medio físico. En efecto, cada uno de los instrumentos planificadores que se proyecta sobre el territorio o sobre los recursos físicos debe elaborarse teniendo en cuenta la existencia de otros instrumentos de planificación que reúnen idéntica característica en cuanto a la naturaleza del objeto sobre el que recaen (3).

Ligado con lo anterior, se presentan problemas de *compatibilidad* no sólo entre el contenido de los diversos instrumentos de planificación, sino sobre su misma formulación y existencia. Ello afecta especialmente al ámbito y extensión de los planes correspondientes, en la medida que cada tipo de planificación no puede invadir o afectar el ámbito de otra planificación, según ha recordado el Tribunal Constitucional en varias ocasiones, como, por ejemplo, en la ya citada STC 227/1988, sobre la Ley de Aguas.

Por otro lado, la planificación como forma de actuación administrativa, no únicamente como potestad pública, presenta un conjunto de aspec-

(2) Vid. A. DE ASIS ROIG, *Policía demanial externa y medio ambiente*, "RDU" 125 (1991).

(3) Sobre la concurrencia de planificaciones sectoriales, vid. F. LÓPEZ RAMÓN, *Fundamentos de una ordenación del territorio sectorial*, "Autonomías" 14 (1992).

tos muy interesantes desde la perspectiva del procedimiento administrativo. Basta con pensar en todo el tema de la participación ciudadana, la incorporación de los denominados intereses difusos, la colaboración entre instituciones públicas, etc.

2. La adopción de la técnica de planificación se ha extendido a la práctica totalidad de los sectores medioambientales. Así, por ejemplo, en relación a la materia de los *espacios naturales* aparece el Plan de Espacios de Interés Natural (PEIN) como uno de los elementos básicos de la política sectorial. A su vez, con carácter ya más localizado, se encuentran los Planes especiales, los Planes de ordenación de los recursos naturales, los planes rectores de uso y gestión de cada uno de los espacios naturales, etc.

A nadie se le escapa la importancia que asume en este ámbito concreto la problemática ya anunciada de la coordinación y compatibilidad entre distintas planificaciones. En efecto, nos topamos aquí con un tema especialmente complejo: se trata de la necesidad de articular convenientemente la *vinculación* y *prevalencia* de la planificación sectorial de espacios naturales sobre los instrumentos del planeamiento urbanístico. Tanto la legislación estatal como las diversas normativas autonómicas tienden hacia la sujeción del planeamiento urbanístico a las directrices o determinaciones contenidas en los planes de espacios naturales, estableciendo la necesidad de adecuación y adaptación de aquéllos a éstos. Aún así, los mecanismos para garantizar la prevalencia de la planificación ambiental encuentran serias dificultades de implantación, como puede verse en la anulación por la STC 148/1991, de 4 de julio, de algunos preceptos de la Ley de Canarias de Urbanismo y Protección de la Naturaleza que pretendían asegurar enérgicamente la efectividad superior de la planificación ambiental.

Desde otro punto de vista, no debe dejar de llamarse la atención sobre el hecho de que la planificación de los espacios naturales se está convirtiendo en el paradigma de la "nueva planificación", o recuperación actualizada de esta técnica, en la medida que reúne las características de incidir seriamente en la delimitación del derecho de propiedad y, a la vez, afectar de manera muy relevante al ámbito competencial de los municipios. Esto es, la esfera de libre determinación de los particulares, ya sea individualmente como propietarios, ya sea colectivamente como ciudadanos, a través de la institución política del municipio, resulta decisivamente delimitada y acotada por la intervención planificadora derivada de la necesaria protección y ordenación de unos recursos ambientales básicos como son los espacios naturales.

Similares consideraciones cabe efectuar en relación con la legislación en materia de *costas*, que sin duda ha de plantear no pocos conflictos,

algunos de los cuales ya fueron abordados en la STC 149/1991, de 4 de julio, que resolvió varios recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley de Costas de 1988. La función o relevancia medioambiental de los bienes integrantes del demanio marítimo-terrestre incide notablemente en la planificación urbanística y en las competencias municipales y autonómicas en esta materia y en la de ordenación del territorio, y el Tribunal Constitucional salva algunas de las lesiones competenciales producidas aunque no acaba de despejar las dudas sobre la relación entre planeamientos.

3. Los instrumentos de planificación están especialmente presentes en la más moderna regulación de las *aguas*. Baste recordar aquí que la ordenación de los recursos hidráulicos se basa, en la vigente Ley de Aguas, en los planes hidrológicos de cuenca y en el Plan Hidrológico Nacional. Ya la STC 227/1988, de 29 de noviembre, referida a dicha Ley, señaló que la aprobación estatal de los planes hidrológicos cumple una función de *coordinación* de todas las actuaciones que afectan a un mismo recurso, con lo que se ponía de manifiesto una de las funciones primordiales que desarrolla la técnica planificadora.

No obstante, la práctica está demostrando las enormes dificultades con que topa la formulación de estos instrumentos, empezando por la determinación de prioridades entre los planes de cuenca y el plan nacional. Respecto de este último, la conflictiva elaboración de su Anteproyecto ha permitido, no obstante, destacar la idea fundamental de que cantidad y calidad del recurso son factores interdependientes. A partir de ahí, el plan hidrológico nacional contiene medidas sobre caudales mínimos en condiciones normales, medidas sobre la calidad de las aguas, incluyendo un nuevo régimen fiscal de los vertidos, determinaciones a cumplir por los planes de cuenca, acciones selectivas sobre las áreas de especial atención, etc. (4).

4. En fin, por no alargarse en aludir a todos los posibles ámbitos medioambientales, indiquemos que también el sector de los *residuos* se introduce recientemente la técnica de la planificación. En efecto, la Directiva CEE 91/156 indica que todos los Estados miembros deberán establecer planes de gestión de residuos -para los residuos tóxicos ya lo

(4) Vid. por todos, A. EMBID, *La planificación hidrológica: régimen jurídico*. Madrid 1991, y A. EMBID (dir.), *El Plan hidrológico nacional*, Madrid 1993, así como la obra clásica de S. MARTÍN-RETORTILLO, *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Madrid 1966.

preveía el R. Decreto Legislativo de 14 de mayo de 1986, de adaptación al Derecho comunitario- pero dentro del ámbito competencial del Estado.

En el ámbito de la legislación autonómica, cabe destacar que en la Ley catalana 6/1993, de Residuos, se recoge la idea del plan como "programa de coordinación del conjunto de las acciones, con los objetivos de: a) promover la minimización de residuos y su peligrosidad; b) promover la recogida selectiva y la valorización de los residuos; c) utilizar los residuos como fuente de energía; d) disponer los desechos; y e) regenerar los espacios degradados por descargas incontroladas". Como puede verse, se trata de una previsión de actuación integral nada desdeñable en cuanto a las finalidades previstas.

#### IV. LA AUTORIZACIÓN Y ACTOS SIMILARES

1. Como es bien conocido, la figura de la autorización se encuentra entre las más extendidas en la ordenación e intervención medioambientales. Es la clásica medida de control preventivo que, no obstante, hoy ha asumido una enorme variedad de tipos y diversidad de funciones. El ejemplo más típico de autorización medioambiental lo encontramos en la tradicional licencia *de actividades clasificadas* (5).

En la actualidad la autorización administrativa no se concibe sólo como técnica de control, sino también como un instrumento que desarrolla una función de programación, de orientación e incluso, yendo más lejos, se le asigna el efecto de articular la integración de los particulares en el ejercicio de funciones públicas, al estilo de unas cuasi-concesiones administrativas. La variedad de funciones permite también un amplio abanico de construcciones jurídicas que incluyen desde las autorizaciones más regladas hasta las que incorporan un alto grado de discrecionalidad.

En relación, precisamente, con el dilema entre el carácter *reglado* y *la discrecionalidad* administrativa en las licencias o autorizaciones, cabe destacar, como ha señalado Bullinger (6), que la moderna protección medioambiental es un campo donde la discrecionalidad administrativa es especialmente necesaria. Y, en efecto, nuestro ordenamiento contempla

(5) Vid. J. DOMPER, *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, 2 vols., Madrid 1992.

(6) M. BULLINGER, *La discrecionalidad de la Administración pública*, "La Ley", 30 octubre 1987.

una amplia posibilidad de condicionamiento de las autorizaciones y licencias medioambientales: p. ej., en la Ley de Aguas, la autorización de vertidos; o bien en la legislación de residuos, etc.

2. La aplicación de la institución del *silencio administrativo*, según su nueva formulación como actividad presunta establecida en el art. 43 LRJ-PAC, ha puesto al descubierto no sólo las dificultades de su acoplamiento a un buen número de autorizaciones administrativas, sino también la necesidad de replantear la virtualidad misma de esta institución como instrumento de la acción administrativa.

Entra aquí en juego, lógicamente, toda la problemática que gira alrededor de la gradación de situaciones que se encuentran entre la preexistencia del derecho que se pretende ejercer por el particular y la configuración misma del derecho mediante la propia autorización. Ello está conduciendo en estos momentos a plantear la posible sustitución de la exigencia de la previa autorización para el inicio de una determinada actividad privada por el más amplio reconocimiento del principio de libre ejercicio con un eventual *control posterior* de la misma. Ahora bien, la plasmación de la evolución a que ello puede conducir depende mucho del sector de intervención de que se trate, y de cual sea la naturaleza del interés público que justifica el control administrativo.

En el caso del medio ambiente, a la vista de los intereses generales implicados, de su relevancia constitucional y del carácter irreversible de algunos de los efectos que puede producir la actividad privada libre, no es de extrañar que se mantenga en muchos de los sectores la técnica de la autorización previa como el instrumento más adecuado y más seguro para verificar la compatibilidad de dicha actividad privada con la preservación de los bienes y valores que configuran el interés público medioambiental.

En cualquier caso, como decía, la aplicación del silencio positivo según su regulación en la Ley 30/1992 ofrece notables incertidumbres respecto de muchos supuestos de autorizaciones medioambientales, con independencia de los aspectos ligados al complejo proceso de adecuación de los procedimientos administrativos. Sin ir más lejos, por referirse a instituciones antes mencionadas, pensemos en su aplicación en relación con el dominio público y con el servicio público, cuya relevancia medioambiental ha sido ya comentada. Si en un principio parece que la propia Ley excluye estos ámbitos de la posibilidad de que opere el silencio positivo, surge el problema de determinar si cualquier tipo de utilización del dominio público encaja en el supuesto previsto por la norma, o bien se suscita la duda de si la Ley se refiere al concepto amplio de servicio público, o bien a una acepción restringida del mismo que no incluiría a los servicios

públicos impropios, en los que, como se ha dicho, interviene habitualmente la técnica autorizatoria.

3. Uno de los aspectos que tradicionalmente han constituido un tema conflictivo en materia de autorizaciones ambientales es el relativo a la cada vez más frecuente situación de *conurrencia* de varias autorizaciones, es decir, la exigencia por parte del ordenamiento del sometimiento de la actividad que se pretende realizar al control preventivo por parte de varias autoridades distintas con el fin de efectuar el examen de su conformidad con las distintas vertientes del interés público afectado.

El tema apuntado encuentra una clásica concreción, en una de sus manifestaciones, en la relación entre la licencia urbanística y la licencia de actividades clasificadas, relación sobre la que se ha sentado ya una doctrina conocida. Pero la problemática general subyacente se extiende a otros supuestos. Por poner un ejemplo significativo, recordemos, como lo ha hecho Lorenzo Martín-Retortillo (7), la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1989, por la que se resuelve el conflicto entre el titular de una autorización para la extracción de turba en el Parque Nacional de las Tablas de Daimiel y el interés público concernido en la protección ambiental. El tribunal indica claramente cual es la clave del problema:

“Ciertamente la regulación procesal aplicable al ejercicio de las competencias concurrentes en el caso podría y debería ser mejorada, evitando esa compartimentación de facultades administrativas cuyo ejercicio separado permite llevar al ánimo del administrado la errónea convicción de que la obtención de una autorización, licencia o concesión para una actividad no puede verse luego coartada por otra licencia también exigible y que es necesario obtener de otro órgano administrativo diferente”.

El Tribunal Supremo resuelve en función de considerar el conjunto del sistema ambiental como de carácter horizontal y que trasciende los sectores competenciales y al cual deben ajustarse los subsistemas específicos. Ello engarza, así, con los remedios organizativos y procedimentales ya existentes para minimizar esos efectos. Entre otros aspectos, resurge el tema de la unificación de los expedientes administrativos, regulado por el art. 39 LPA, al que alude el Tribunal Supremo en la sentencia citada, artículo que por cierto no ha sido derogado por LRJPAC.

Asimismo sigue siendo de aplicación la regulación de los conflictos de atribuciones entre diversos órganos de una misma Administración y

(7) En el prólogo a la obra de J. DOMPER, *El medio ambiente...*, citada

que tradicionalmente ha afectado a los sectores ambientales, como ha sido notorio, por ejemplo, en materia de aguas y de pesca fluvial ya desde el siglo pasado. También en el ámbito autonómico se han suscitado algunas dudas al respecto. Así, por poner un ejemplo, según el art. 29.4 de la Ley catalana de Espacios Naturales, los conflictos de atribuciones los debe resolver el Consell Executiu de la Generalitat; pero la Ley 13/1989, de organización, procedimiento y régimen jurídico atribuye esa competencia, en su art. 52, al Presidente de la Generalitat.

## V. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

1. Dentro de las técnicas autorizatorias y similares destaca por su especificidad la evaluación de impacto ambiental, que cabe incluir dentro de los instrumentos o técnicas de carácter preventivo. La evaluación de impacto ambiental ha sido poco estudiada en nuestro país desde la óptica jurídico-administrativa, siendo excepción la monografía de Juan Rosa Moreno (8).

El origen próximo de esta figura lo encontramos en el derecho comunitario, y se regula inicialmente por el citado R. Decreto legislativo 1302/1986 y por el R. D. 1131/1988. Ahora bien, en este campo ha tenido desde el primer momento notable incidencia la normativa autonómica, como el Decreto de la Generalitat de Catalunya 114/1988, de 7 de abril, que traspone la Directiva comunitaria 85/337, de 28 de junio, en materia de impacto ambiental, o la Ley de Canarias 11/1990, de 13 de julio, de prevención del impacto ecológico, entre otras.

La evaluación de impacto ambiental es una técnica de intervención, una potestad administrativa, si se quiere, que, en realidad, se inserta en el ejercicio de otras potestades administrativas, incluso de aquellas destinadas de forma directa a tutelar o a proteger determinados valores o intereses medioambientales, como puede suceder en determinados procedimientos autorizatorios, lo que plantea de nuevo el problema de la *concurrentia* entre la propia evaluación de impacto ambiental y otras autorizaciones expresamente medioambientales. Ello sucede, entre otros casos, en relación con la obtención de la licencia de actividades clasificadas, para lo cual se han arbitrado soluciones a la duplicidad de procedi-

(8) J. ROSA MORENO, *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Madrid 1993.

mientos. Así, por ejemplo, en Cataluña, el Decreto Legislativo 2/1991, de 26 de septiembre, de residuos industriales, establece en su art. 15 la unificación de la declaración de impacto ambiental y el trámite de informe preceptivo de actividades clasificadas, que luego conduce a una única licencia de obras y de actividades.

2. Desde la perspectiva de la *naturaleza* de la Declaración de Impacto Ambiental, cabe aludir rápidamente a algunas cuestiones polémicas. Por una parte, se discute la calificación de la declaración como un acto trámite o bien como un acto definitivo o resolutorio. En atención a su carácter vinculante y sustantivamente autorizatorio, se ha sostenido que en cualquier caso puede calificarse como un acto trámite cualificado que decide el fondo del asunto. También se le ha otorgado el calificativo de acto complejo, en la medida que se trate del acto definitivo de un sub-procedimiento, el específico de devaluación ambiental, que luego se incorpora a la resolución definitiva del procedimiento principal.

Pero lo importante, por otro lado, es resaltar el fuerte componente de *discrecionalidad técnica* que caracteriza a la declaración de impacto ambiental, con las consecuencias que ello proyecta sobre el control judicial de la declaración. En efecto, por la propia naturaleza de la función que se ejerce, ha de reconocerse a la Administración una capacidad para valorar, esto es, para emitir un juicio, puesto que el ordenamiento ha detectado la necesidad de que se lleva a cabo una "evaluación". Existe, en efecto, un margen de discrecionalidad en la actuación administrativa que cabe calificar, en razón del objeto y de los criterios a emplear, de discrecionalidad "técnica", lo que hace inmune el núcleo último de la decisión al control judicial.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, el acento debe ponerse entonces en la fijación de los *límites* dentro de los cuales será legítimo el ejercicio de la potestad discrecional. En este sentido, ha sido ya contrastada la función del *principio de proporcionalidad*, a través de la teoría de la ponderación de los intereses públicos y privados implicados en la declaración de impacto ambiental. Igualmente, la *motivación* o fundamentación objetiva suficiente de la decisión ha sido exigida como requisito ineludible para confirmar la legalidad de una declaración de impacto. El Consejo de Estado francés, por ejemplo, ha basado algunas de sus resoluciones anulatorias de actos administrativos en la insuficiencia o excesiva sumariada de los estudios de impacto ambiental en que se sustentan.

Es enteramente razonable que en la medida que se reconoce un mayor margen de opción a la Administración, se admita correlativamente una mayor exigencia de que la fundamentación de la decisión quede

explícita en el expediente. En definitiva, nos topamos con el tema de los límites de la potestad jurisdiccional de control sobre la Administración, dilema clásico, nudo del Derecho administrativo, que desemboca en el reconocimiento o no del poder de sustitución por el juez de la decisión administrativa (9).

En el ámbito que nos ocupa, entiendo que el juez contencioso no puede ni debe efectuar por sí mismo la valoración o "evaluación" del impacto ambiental que corresponde realizar a la Administración; pero sí debe verificar que la Administración haya llevado a cabo efectivamente una verdadera valoración, sobre la base de verificar que aquella ha examinado todos los intereses en juego, ha manejado todos los instrumentos exigibles y que, en fin, ha adoptado la decisión fundadamente, habiendo explicado las razones por las que adopta una opción y rechaza las otras en liza.

## VI. LA POTESTAD SANCIONADORA

1. *Protección penal y sanción administrativa.* Las técnicas o instrumentos represivos resultan, obvio es decirlo, imprescindibles para establecer y mantener la disciplina requerida por la preservación de los bienes y valores medioambientales, como necesaria es en tantos otros sectores de las relaciones sociales, por lo que no vamos aquí a detenernos en los planteamientos generales del tema.

Lo que sí hay que destacar en relación a otros valores protegidos por el ordenamiento es que en el caso del medio ambiente, tal y como se ha indicado al principio, es la propia Constitución la que realiza la apelación a las sanciones penales y administrativas como mecanismos hábiles y legítimos para proteger la utilización racional de los recursos naturales y defender la integridad del medio ambiente. Puede decirse que existe un verdadero mandato constitucional al legislador para que no deje impunes las conductas que violen aquellas exigencias derivadas de la "imprescindible solidaridad colectiva".

En este sentido debe señalarse la novedad que supuso en su momento la tipificación de las conductas atentatorias al medio ambiente en el art. 347 bis del Código Penal. No puede, sin embargo, descenderse aquí a la reseña de todas las cuestiones implicadas en el régimen del denominado delito ecológico, empezando por la eficacia social de la acción penal en la

(9) Entre la abundante literatura reciente, vid. por todos M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid 1994.

materia que nos ocupa, las soluciones orgánicas adoptadas, como la predisposición de fiscalías especializadas, etc.

2. *Potestad sancionadora de la Administración.* Sí que aludiré muy brevemente, a título de enunciado ejemplificador, a algunas características que presenta la proyección de la potestad sancionadora de la Administración en el campo del medio ambiente.

Así, en relación a la *tipicidad* de las sanciones medioambientales, surgen a menudo problemas cuando la determinación de la infracción se realiza, por ejemplo, por relación a la entidad del daño causado, tal y como ocurre, entre otras muchas ocasiones, en la Ley Aguas y en el Reglamento del dominio público hidráulico. Entre otras consecuencias, la modificación de la calificación de las infracciones por relación a la cuantía del daño causado implica una alteración de la distribución competencial entre los órganos sancionadores.

También el principio de *proporcionalidad* debe jugar un papel de primer orden. En concreto, en el ámbito del medio ambiente es donde se han producido tradicionalmente las situaciones en las cuales resulta más beneficioso para el particular seguir cometiendo las conductas tipificadas como infracción, incluso satisfacer religiosamente las multas que se impongan, antes que proceder a ajustar su comportamiento a la legalidad, debido a los costes económicos que ello le puede significar al infractor. Pues bien, a este tipo de situaciones viene a hacer frente, recogiendo antecedentes dispersos, el art. 131.2 LRJPAC, que dispone que "el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas".

Por otra parte, en el ámbito del ordenamiento sancionador en materia de medio ambiente se suscita alguna cuestión conflictiva en la aplicación del principio de "*non bis in idem*". En efecto, el art. 133 LRJPAC ha formulado este principio y ha delimitado su alcance al regular la concurrencia de sanciones del siguiente modo: "No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento". Pues bien, se plantea la existencia de una posible igualdad de fundamentos entre la sanción penal por delito ecológico y las sanciones administrativas previstas en la legislación sectorial.

¿Cabría distinguir, por ejemplo, el bien jurídico "medio ambiente", protegido por el delito ecológico, o la "salud de las personas" y la integri-

dad de las condiciones de la vida natural, a las que éste se remite en definitiva, frente al fundamento más preciso que puede detectarse en algunas sanciones administrativas como sería la integridad física del recurso material en que aquellas condiciones se sustentan? Si se admitiera esta interpretación, en muchos casos en que la conducta infractora reporta daños inmateriales al medio ambiente y a la vez daños materiales a bienes o recursos naturales, incluso de dominio público -aguas, costas, etc-, podría no apreciarse tal vez igualdad de fundamento sancionador.

3. Una mención específica merece, en fin, la *función inspectora*. La misma reviste una enorme relevancia en los diversos sectores medioambientales, y no sólo en el marco de las actuaciones encaminadas al ejercicio de la potestad sancionadora, sino también para otras intervenciones administrativas, como la revocación de autorizaciones condicionadas, adopción de medidas cautelares, etc. Ello plantea no pocas cuestiones desde el punto de las garantías del ciudadano, como también de la eficacia de la actuación administrativa. Sirva de muestra la generalizada presunción de certeza que caracteriza a las actas e inspecciones administrativas, a la que se refiere el art. 137.3 LRJPAC, y que ha sido estudiada en la monografía de Vicenç Aguado (10).

En estas circunstancias debe exigirse un exquisito cuidado en la regulación de las condiciones en que deben realizarse estas actuaciones y los requisitos para el ejercicio de la función inspectora. Así, la Ley de Cataluña 6/1993, de Residuos, establece en sus arts. 121 a 124 las amplísimas facultades de la inspección ambiental, pero nada dispone acerca de los requisitos, condiciones y garantías que deben reunir quien ejerza tales funciones; y estas carencias son especialmente graves cuando cada vez más se tiende a confiar a entidades privadas, colaboradoras de la Administración, el ejercicio de las funciones inspectoras.

## VII. DAÑO AMBIENTAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. Ya desde hace tiempo se viene insistiendo en la necesidad de atribuir toda la relevancia a la vertiente reparadora o resarcitoria en el campo del derecho ambiental. Ciertamente, una de las finalidades esenciales de la ordenación jurídica del medio ambiente consiste en lograr el mantenimiento de la integridad de la cosa, del bien o del recurso medioambien-

(10) V. AGUADO i CUDOLA, *La presunción de certeza en el derecho administrativo sancionador*, Madrid 1994.

tal que haya resultado eventualmente dañado por una actuación pública o privada. No hay novedad alguna, pues, en la apelación a la aplicación de la institución de la responsabilidad patrimonial, contractual o extracontractual, al ámbito del medio ambiente.

Lo que sí resulta novedoso en nuestro ordenamiento, y así debe destacarse, es que sea la misma Constitución quien establezca ya de forma imperativa el mandato al legislador para que establezca la obligación de reparar el daño causado ante los supuestos de atentados a los recursos naturales o de uso no racional de los mismos (art. 45.3 CE). Y ello deriva de una previa configuración constitucional de los objetivos a los que debe dirigirse toda la acción pública en el ámbito del medio ambiente: "proteger y mejorar la calidad de vida y defender y *restaurar* el medio ambiente" (art. 45.2 CE).

2. Son múltiples los aspectos de la ordenación jurídica del daño ambiental que requerirían un comentario detallado, lo que no es factible abordar aquí. Pero sí indicaremos algunas cuestiones que permitan situar el tema, en el bien entendido que ésta es una de las facetas del derecho ambiental que mayor desarrollo requieren todavía.

Así, por una parte, puede distinguirse, en principio, entre los supuestos de daños causados por los particulares y aquellos en que los daños han sido causados por la Administración. En nuestro ordenamiento, como es sabido, existe una completa regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que hoy se encuentra recogida en la LRJPAC, que permite ofrecer, por su carácter objetivo, una amplia cobertura de aquellos daños ambientales que se concreten en lesiones individualizadas en bienes o recursos ambientales, ya sean de titularidad privada ya sean de titularidad de otra entidad pública (11).

A su vez, también cabe distinguir, por otra parte, el tema de los daños producidos en *relaciones interprivatos*, que han dado lugar a una abundante producción normativa y jurisprudencial en el ámbito de diversos ordenamientos y que cabe articular a partir de los principios que rigen las relaciones de vecindad y las inmisiones en este nivel.

Ahora bien, habida cuenta de la amplia configuración de la protección a ambiental por medio de mecanismos represivos o sancionadores, según se ha recordado hace un momento, cobra interés el planteamiento

(11) J. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad de la Administración con ocasión de los daños al medio ambiente*, "RDU" 119 (1991).

de la responsabilidad patrimonial o de la obligación reparadora a partir de su conexión con la calificación punitiva que merezca la conducta causante del daño ambiental. Así, desde esta óptica, podremos hablar de una responsabilidad patrimonial o "civil" *ex delicto*, de una obligación reparadora o indemnizatoria derivada de la comisión de una infracción administrativa en materia ambiental y, en fin, de una responsabilidad civil "simple", extracontractual.

De todas las cuestiones que se suscitan dentro del marco más estrictamente jurídico-administrativo, apuntamos aquí algunas ideas.

3. En primer lugar, hay que llamar la atención sobre el establecimiento generalizado por parte del legislador de la obligación de reparar los daños ambientales, siguiendo así la clara indicación constitucional, así como sobre el hecho de que la legislación sectorial prevé de forma unánime que tal obligación sea declarada y exigida al responsable por la propia Administración, a través de sus potestades ejecutivas. Es lo que podemos denominar la fijación de una *vía administrativa de resarcimiento de daños*. Esta posibilidad tiene una larga tradición en nuestro ordenamiento a través de la legislación demanial y forestal, según he estudiado en otro lugar (12), y su aplicación al ámbito del daño ambiental es de toda lógica, habida cuenta de la relevancia medioambiental, precisamente, de los recursos naturales protegidos por dicho mecanismo demanial. Entre otras consecuencias, ello conduce a una exclusión de los órdenes jurisdiccionales civil y penal, y al conocimiento de estas exigencias por la jurisdicción contencioso-administrativa, como colofón a un supuesto de autotutela administrativa.

En la actualidad, esta vía resarcitoria administrativa está ampliamente reconocida, como digo, en nuestro ordenamiento. Por citar sólo la legislación ambiental específica, señalemos el art. 10.2 del R. Decreto legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental, que dispone claramente que, en cualquier caso, el titular de un proyecto ejecutado sin evaluación de impacto ambiental, cuando ésta sea preceptiva, deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, y que la valoración de los mismos se hará por la Administración, previa tasación contradictoria.

En desarrollo de esta regulación, más específicamente, el Reglamento de ejecución -R.D. 1131/1988, de 30 de setiembre-, contiene una deta-

(12) T. FONT I LLOVET: *La protección del dominio público en la formación del derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños*, "RAP" 123 (1990).

llada normativa al respecto, singularmente en su art. 29, que se refiere íntegramente a la "restitución e indemnización sustitutoria": la obligación de restituir la realidad física o biológica alterada a su ser y estado anterior puede ser exigida mediante fuertes multas coercitivas y acompañada de la exigencia de indemnización de daños y perjuicios y de indemnización sustitutoria en caso de ejecución subsidiaria por la Administración. Todos estos conceptos son evaluados y determinados por la Administración, que los podrá exigir por vía de apremio.

También la legislación sectorial no estrictamente demanial ha incorporado este tipo de previsiones de resarcimiento administrativo de los daños ambientales. Es suficiente citar, entre otras, la Ley 4/1989, sobre conservación de los espacios protegidos y de la flora y la fauna silvestre (art. 37.2), la Ley de Cataluña de Espacios Naturales (arts. 37.4 i 5), etc.

Hoy, más en general, y excediendo del ámbito del derecho ambiental, el art. 130.2 LRJPAC ha establecido con toda determinación que 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. No obstante, esta regulación concluye con la advertencia de que en caso de impago por el infractor, quedará expedita "la vía judicial correspondiente".

Parece, a primera vista, que no sería generalizable, por tanto, la exigencia administrativa de las responsabilidades resarcitorias, y que cabría la posibilidad de articular la vía civil para estos casos. Sin embargo, creo que para llegar a una conclusión definitiva sobre el significado del precepto no puede dejarse de considerar que tal como está formulado su enunciado permite incluir la fijación de obligaciones reparadoras e indemnizatorias entre particulares y no sólo frente a las Administraciones públicas. Para este último supuesto, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de 4 de agosto de 1993 confirma la competencia administrativa para la declaración de la responsabilidad patrimonial de los particulares.

4. Ante las magnitudes que pueden alcanzar los daños ambientales y la dificultad, como se ve, de articular vías indemnizatorias claras e indiscutibles, una cuestión que deberá requerir una atención preferente en el futuro inmediato es la alternativa hacia el *afianzamiento previo* de los eventuales daños que puedan generar actividades potencialmente lesivas del medio ambiente. Siguiendo la dinámica iniciada por el derecho comunitario, nuestro ordenamiento contiene ya múltiples supuestos en los que

se prevé la obligación de asegurar los daños ambientales. Así sucede, por ejemplo, en materia de actividades extractivas que requieren una posterior restauración del espacio físico, o bien en la legislación de residuos, según la cual, los gestores de residuos están obligados a suscribir una póliza de seguros, como ocurre en la Ley catalana 6/1993, de Residuos.

Ligado a lo anterior, hay que aludir, en fin, al tema de la *objetivación de la responsabilidad*. En efecto, en el derecho ambiental se está tendiendo a establecer la responsabilidad reparadora con independencia de la idea de culpa del causante o de concurrencia de infracción administrativa. Ya se ha citado antes la aplicación al sector del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración. Ahora se añade todo el tema de la responsabilidad por riesgo ambiental que está presente en la legislación comunitaria y en sus proyectos de desarrollo futuro.

Así, por ejemplo, debe tenerse en cuenta toda la faceta resarcitoria que deriva del principio "quien contamina paga" y de los instrumentos a ello dirigidos, entre los que destacan los diversos tipos de cánones y otras figuras fiscales y económicas, de las que se ha ocupado Teresa Vadrí (13). O bien la propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de residuos (DOCE 4 de octubre de 1989), en la que se propone la responsabilidad objetiva del productor de los residuos, no siendo causa de justificación la posesión de licencias o autorizaciones. La preocupación por articular adecuadamente todos los aspectos ligados a la responsabilidad por el daño ambiental han llevado a la Comisión de la Comunidad a elaborar el denominado "Libro Verde sobre reparación del daño ambiental" (Comunicación de la Comisión CE al Consejo y al Parlamento Europeo, y al Comité Económico y Social, Bruselas, 14 de mayo de 1993).

## VIII. MEDIDAS DE FOMENTO

1. En el campo del medio ambiente se plantea con toda plenitud el tema general de la oportunidad de incrementar el recurso por parte de los poderes públicos a la utilización, cada vez más frecuente, por lo demás, de las medidas no imperativas, lo que permite hablar del diseño de una Administración no autoritaria. Precisamente, el conflicto entre el desarro-

(13) T. VADRÍ i FORTUNY, *La naturalesa jurídica dels instruments econòmics en la gestió dels residus*, "RJC" 2 (1994).

llo económico y la protección ambiental favorece que se extremen todo tipo de medidas a través de las cuales se proyecte la orientación pública de la actividad económica privada. Las técnicas de estímulo y fomento encuentran aquí el campo abonado.

Existe, como es sabido, una gran variedad de técnicas y de medidas jurídicas y económicas que en su conjunto pueden calificarse de fomento. Martín Mateo distingue, por ejemplo, las medidas *disuasorias*, las medidas *compensatorias* y las medidas *estimuladoras* (14). Aquí podemos enumerar, muy rápidamente, los siguientes supuestos: medidas *fiscales*, entre las que pueden señalarse los cánones, impuestos ecológicos, etc., que persiguen desincentivar conductas o hacer minimizar los efectos perjudiciales de las mismas; medidas *acreditativas* de calidad ecológica, como la ecoetiqueta para productos (Reglamento 880/92, de 23 de marzo de 1992), o la ecoauditoria para empresas (Reglamento CEE 1836/93 del Consejo, de 29 de junio de 1993), que permiten atribuir beneficios de tipo publicitario; así como todo tipo de ayudas y *subvenciones* dirigidas a ajustar determinadas conductas a los objetivos medioambientales previstos.

2. Uno de los problemas que se plantea en esta materia es el de la *programación* de las acciones de fomento, a fin de que las medidas predispuestas por el ordenamiento permitan obtener su máximo rendimiento y no se neutralicen por falta de coordinación. En este sentido cabe señalar la institución del Fondo de Gestión de Residuos, regulado en los arts. 48 y siguientes de la Ley Cat. 6/1993, de Residuos, ya citada, y en cuyo art. 51 se dispone que el Fondo debe atenerse a las directrices y principios del Plan Director de Inversiones Locales de Cataluña y de los programas de gestión de residuos, ya que en el mismo se pueden incluir ayudas y subvenciones a entidades locales.

3. En fin, hay que llamar la atención sobre la singularidad que representa la exigencia de la preservación ambiental en el marco de los principios de la Unión Europea. En efecto, el art. 130S.5 del Tratado CEE, según redacción dada por el Tratado de la Unión Europea, permite que el mismo principio capital "quien contamina paga" pueda ser excepcionado en el caso de que las medidas impuestas impliquen unos costes que se consideren desproporcionados. En tales supuestos, el mismo Tratado posibilita que se adopten excepciones temporales -medida de fomento, pues- y, sobre todo, permite la posible *financiación comunitaria* de la polí-

(14) R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, Madrid 1992.

tica ambiental, a través, concretamente, del Fondo de Cohesión, lo que constituye una novedad de gran trascendencia en este ámbito (15).

#### IX. INSTRUMENTOS PROCESALES

No puede concluirse este rápido repaso a las diversas técnicas o instrumentos jurídicos que componen el Derecho del medio ambiente sin antes realizar una alusión final a algunas de las medidas de naturaleza procesal que asumen una especificidad en este sector.

1. En primer lugar, recordemos la figura de la *acción pública* o acción popular, ya reconocida en el ámbito urbanístico, y que tiene cada vez mayores cauces de extensión a los sectores medioambientales. Cabe citar, así, entre otros supuestos, la Ley Cat. 12/1985, de Espacios naturales, cuyo art. 38 señala que “es pública la acción para exigir el cumplimiento de esta ley y de las normas y planes que la desarrollan”. En el mismo sentido, el art. 109 de la Ley de Costas, el art. 8.2 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, o la Ley de Canarias 11/1990, de 13 de julio, de prevención del impacto ecológico.

Por su parte, el anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional, en su art. 38, reconoce legitimación a los ciudadanos y a las entidades públicas y privadas para reclamar ante los organismos públicos competentes y los juzgados y tribunales, el cumplimiento de las distintas medidas de protección ambiental del dominio público hidráulico.

En relación con la previsión de estos supuestos de acción popular por parte de leyes de las Comunidades Autónomas, se plantea si la misma es efectiva sólo en vía administrativa o también tiene eficacia en la vía jurisdiccional. Al respecto, la STC 71/1982, 30 noviembre, referente al “Estatuto vasco del Consumidor”, estableció que se requiere Ley estatal para regular la legitimación jurisdiccional, puesto que implica una modificación del art. 32 LJ, y ello corresponde a la materia de legislación procesal, de competencia estatal.

En definitiva, también aparece en esta materia medioambiental la virtualidad de las recientes previsiones normativas generales acerca del tema de la *legitimación colectiva por intereses difusos*. Así, el art. 7.3 LOPJ, o el art. 31.2 de la Ley 30/1992, que se refiere a los “intereses legítimos colectivos”.

(15) Vid. E. ALONSO GARCÍA, *El derecho ambiental de la Comunidad Europea*, Madrid 1993.

2. En segundo lugar, hay que reseñar, por su novedad, la anunciada *acción comunitaria de responsabilidad por daño ambiental*. En efecto, la ya citada propuesta de Directiva sobre responsabilidad civil en materia de *residuos* (DOCE 4 de octubre de 1989) ofrece un nuevo ejemplo de regulación comunitaria de una acción procesal propia, a ejercer por los Estados miembros ante sus propios órganos jurisdiccionales.

La línea de creación de acciones procesales comunitarias ha sido abierta por la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, donde se prevé una “acción de restitución” ejercitable por los Estados miembros (sobre ello, puede verse el proyecto de ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, BOCG, Congreso, 17 de mayo de 1994) (16).

La acción comunitaria de responsabilidad, según la propuesta aludida, prevé distintas acciones: la prohibición o cese del hecho generador del daño ambiental, el reembolso de los gastos de prevención y de los de reparación, la rehabilitación de los bienes, etc. En todo caso, los sujetos legitimados son los poderes públicos, y es discutible que las organizaciones portadoras de intereses colectivos pudieran ejercer en su caso esta acción comunitaria.

3. Por último, queda hacer una mención al tema de las *medidas cautelares*, medidas que se configuran cada vez más como el instrumento imprescindible para remediar los inconvenientes de la lenta marcha de los procesos de decisión administrativos y jurisdiccionales. La perentoriedad en muchos casos de los bienes o valores medioambientales amenazados, y la irreversibilidad de muchos de los efectos lesivos que se producen al medio ambiente hacen especialmente útil la adopción de medidas cautelares en este ámbito.

Respecto de actuaciones materiales, la legislación sectorial ha desarrollado una amplia gama de medidas, que pueden resumirse en la previsión del art. 9 del R. Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de julio, de evaluación de impacto ambiental, que autoriza la suspensión de los “proyectos” que no hayan obtenido todavía la declaración de impacto,

(16) Vid. L. MARTÍN REBOLLO, *El comercio del arte y la Unión europea*, Madrid 1994.

expresión que el Reglamento de ejecución, en art. 28, especifica más al permitir la “suspensión de actividades”.

Medidas suspensivas se encuentran, así, en toda la legislación sectorial, como la Ley de Costas, la legislación autonómica de espacios naturales, etc. etc. Aunque en alguna de estas leyes la regulación sea algo imprecisa. Por ejemplo, la ya citada Ley Cat. 6/1993, de Residuos, dedica todo el Capítulo V a las medidas cautelares, pero a pesar de ello no queda claro qué es lo que puede hacer la Administración si la actividad contra la que se requiere reaccionar está amparada en una licencia.

Con carácter más general, debe recordarse que existe ahora una regulación del tema de las medidas provisionales en los procedimientos administrativos, y no sólo en los sancionadores, en el art. 72 LRJPAC. Y todo apunta, debido a su misma necesidad, a que en futuras reformas de la legislación reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa puede introducirse algún tipo de mecanismo para que los órganos jurisdiccionales puedan adoptar medidas provisionales antes incluso de la interposición del recurso.

En cualquier caso, respecto de actuaciones jurídicas de la Administración que puedan significar algún tipo de lesión al medio ambiente, sigue siendo útil la suspensión en vía de recurso de la ejecutividad del acto impugnado, regulada en el art. 111 de la Ley 30/1992, donde se recoge la exigencia de la ponderación de intereses. Y en cuanto a las medidas cautelares en vía contencioso-administrativa, a parte de la mención ya hecha, subsiste todo el mecanismo suspensivo del art. 122 LJ, al tiempo que se apuran las posibilidades interpretativas, a partir de la aplicación supletoria del art. 1428 LEC, para adoptar ya hoy medidas cautelares positivas.