

## LA CUESTIÓN MEDIOAMBIENTAL, FACTOR PRIORITARIO EN LA REGULACIÓN DE LAS OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS (\*)

ALFONSO PÉREZ MORENO

**SUMARIO: — INTRODUCCIÓN. — PARTE I. LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA ORDENACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS. — I. LA REPERCUSIÓN DE LA INCIDENCIA MEDIOAMBIENTAL DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN LA DECISIÓN DE REALIZARLAS: 1. Las apreciaciones y determinaciones de la «escala de incertidumbre» sobre el impacto de las obras públicas; 2. La reducción de la discrecionalidad mediante el establecimiento de procedimientos necesarios, reglas de fondo, participación y pleno control judicial; 3. La primacía del Derecho Comunitario y del principio «pro natura». — II. DESCOORDINACIÓN DE LAS REGULACIONES DE LAS OBRAS PÚBLICAS Y DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE: 1. Descoordinación inicial de las regulaciones del urbanismo, del desarrollo económico, y del medio ambiente; 2. Descoordinación de las regulaciones de las obras públicas, la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente; 3. Las insuficiencias de la ordenación estatal de las obras públicas; A. La Ley de Contratos del Estado. B. La legislación básica y autonómica sobre la protección del medio ambiente. — III. LA RECONSIDERACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS COMO MATERIA DE LEY GENERAL. PARTE II. LOS INCENTIVOS EN LA REGULACIÓN MEDIOAMBIENTAL, EN EL DERECHO AMBIENTAL EUROPEO Y EN LAS PROPUESTAS DE REFORMA EN ESPAÑA. — I. LA LENTA RECEPCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL EUROPEO DE LAS ESTRATEGIAS DE MERCADO: 1. Consideraciones generales; 2. Referencia a algunas políticas comunitarias en sectores prioritarios; 3. La conveniencia de implantar el instrumento del Acuerdo normativo («Vereinbarung»). — II. PROPUESTAS DE REFORMA EN EL DERECHO ESPAÑOL. CONCLUSIÓN.**

### INTRODUCCIÓN

El núcleo de la «cuestión medioambiental» lo integra la tensión entre dos necesidades sociales: el desarrollo económico y el mantenimien-

(\*) Texto integrado por las ponencias presentadas al Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Barcelona, septiembre/1996, y al Primer Congreso Mundial sobre regulación económica, celebrado en Sevilla, septiembre/1996.

to de un medio ambiente adecuado. Los bienes ambientales, antes libres, se han convertido en un recurso escaso y de muy difícil cuantificación económica. Por su propia condición se consideraba imposible incluirlos en las reglas de *mercado* (1) quedando bajo el tratamiento de la *regulación imperativa* configurada como «*ius cogens*», en su casi totalidad compuesto por *normas de acción*, bajo fórmulas de vigilancia y control administrativo, aunque relajadas en la práctica por un extenso desuso.

Este cuadro de política normativa sobre la solución de los conflictos entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente se está transformando en los últimos tiempos a consecuencia de la aparición de *nuevos factores*, que han producido cambios de ideología y, en consecuencia, el nacimiento de nuevas técnicas jurídicas. Entre esos factores podemos destacar los siguientes:

a) La transformación del Estado, que se repliega del escenario industrial y comercial dando paso a la *privatización*, con la desmonopolización y la desregulación de sectores, y se manifiesta como «Estado subsidiario» (2).

Como consecuencia de ello se produce una reducción del *sector público*, con desaparición o mutación de las empresas públicas (3), y una penetración de los instrumentos del *mercado* también en el reducto reservado a los grandes servicios públicos esenciales: la libre competencia, los marcos *regulatorios* y las *agencias reguladoras*.

b) El avance de la *ecología de mercado* que considera fracasado el método de recurrir al poder legislativo y reglamentario del Estado creador de la «maraña de mandatos» para proteger el medio ambiente, y propone como solución dar protagonismo a la sociedad civil dentro de un marco legal estatal que le permita en relación con los bienes medioambientales «la apropiación privada individual, el intercambio y la

(1) ARIÑO ORTIZ, G. y SANZ QUINTANA, G., «Medio Ambiente: ¿Regulación o Mercado?», en el IV Congreso Nacional de Economía, Sevilla, Diciembre 1992 (Aranzadi Editorial), págs. 536 y ss.

(2) CASSAGNE, J.C., «El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción)», en Revista de Administración Pública (R.A.P.), Núm. 140, Mayo-Agosto, 1996, pág. 95.

(3) ARIÑO ORTIZ, G., «De la empresa pública a la Empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas». En R.A.P., n.º 138, Sep.-Dic., 1995, págs. 7 y ss.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Empresa Pública y servicio público: el final de una época», Revista Española de Derecho Administrativo (R.E.D.A.), n.º 39, 1996.

asignación de recursos por medio de un sistema de precios» (4). Polemizando sobre esta alternativa que, como la de reglamentación total, parten de la creencia en el crecimiento económico como solución global, en el IV Congreso Nacional de Economía (Sevilla, 1992) MARTÍNEZ ALIER hizo notar: «Es natural que la primera idea haya sido considerar que los problemas ecológicos se pueden resolver mediante el crecimiento económico, lo cual resulta tan familiar para los socialdemócratas keynesianos como la creencia que el mercado tiene soluciones para los problemas ambientales resulta para los neoliberales» (5).

c) Las *transformaciones de los conflictos ambientales*, que se vienen manifestando al menos, entre otras direcciones, en su propia realidad física, en la acción directa de intereses plurales y en la incompatibilidad objetiva con las modalidades tradicionales de normación:

1.— Los *impactos ambientales* de las actividades humanas están inmersos en la *incertidumbre*. La ignorancia de las leyes de la naturaleza puede ser absoluta o relativa. Donde hay certeza tan sólo procede la administración coherente de los bienes ambientales. Pero en las áreas de la ignorancia es necesario ordenar la gestión de «la escala de incertidumbre». En los últimos tiempos ha aumentado la «alerta ambiental» más que la «educación ambiental», y, consecuentemente, se observa un avance del principio «in dubio pro natura», del que derivan las propuestas de incrementar las normas prohibitivas.

2.— La *alerta ambiental*, unida a las insuficiencias o deficiencias de los medios de control, ha acrecentado la demanda de *participación* social directa en los conflictos ambientales. La imprevisión de cauces participativos adecuados dificultan la formulación, el tratamiento y la resolución de los conflictos, por lo que pronto se manifiestan como alteraciones del orden público. El desuso de las *normas de acción* para la protección medioambiental y la falta de *normas de relación* y fórmulas de composición de los conflictos son causas de que la opinión pública esté presionando más sobre la política legislativa —a través del «síndrome verde» de los partidos políticos—, sobre todo en el campo de las normas penales. De esta manera está aumentando la tipificación

(4) SMITH, F.L., director de «Competitive Enterprise Institute (CEI) —centro de estudios especializado en la aplicación de la economía de mercado a los problemas medioambientales—, «Introducción a la ecología de mercado», Versión española publicada por el Instituto de Ecología y Mercado, n.º 5, Madrid, 1996.

ARIÑO ORTIZ-SANZ QUINTANA, «Medio Ambiente: ¿Regulación o Mercado?», cit., pág. 543.

(5) MARTÍNEZ ALIER, J., IV Congreso Nacional de Economía, cit., pág. 23. El autor rechaza el crecimiento, idea en que sintetiza el fracaso de la Conferencia de Río, y aboga por la redistribución.

como delitos de conductas descritas, a veces, en términos equívocos, que requerirían un desplazamiento del proceso penal dando prioridad a la prejudicialidad jurídico-administrativa (6).

3.— El desarrollo de los delitos ecológicos es considerado por los mismos penalistas como el fracaso del Derecho. Y también puede afirmarse que es una manifestación de impotencia del Derecho Administrativo. Los nuevos ilícitos significan la consumación de la lesión a los bienes ambientales. Parte de la razón profunda de los desusos e incumplimientos está en la rebeldía del objeto de la regulación para ajustarse a las reglas producidas con las estructuras tradicionales de las fuentes del Derecho. En la protección del medio ambiente tendrán que concurrir normas imperativas («ius cogens») con normas de adopción voluntaria («ius dispositivum»), fórmulas paccionadas, acuerdos voluntarios normativos, relaciones mixtas de Derecho privado y Derecho público... La convergencia de instrumentos de tutela ambiental en el nutrido pentagrama de las leyes sectoriales puede servir de arsenal para afrontar los problemas sin perder de vista todas las caras del poliedro. Pero este método de aplicación del conjunto de normas presenta en sí mismo singularidades. En la doctrina jurídico-ambiental, ALONSO GARCÍA, E. afirma por ello la «naturaleza policéntrica del derecho ambiental», destacando las diversas funciones que están llamadas a cumplir las leyes sectoriales (7).

Si reflexionamos sobre los factores descritos como determinantes de cambios en el marco normativo estatal que regula la solución de los conflictos entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente, podemos llegar a la conclusión, enfocando el campo de nuestro estudio, que se extiende la tendencia a que *la repercusión de la privatización en los servicios públicos los integra en las fórmulas del mercado donde se encuentran con el conjunto normativo, para la protección del medio ambiente, que también está en evolución hacia tácticas de mercado.*

(6) Hay que subrayar el impresionante incremento de los delitos ecológicos en el nuevo Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 Noviembre), Título XVI, «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», artículos 319 a 340.

(7) ALONSO GARCÍA, E. —director del Real Colegio Complutense establecido en cooperación con la Universidad de Harvard— «Legislación Sectorial de Medio Ambiente», R.A.P., n.º 137, Mayo-Agosto, 1995, págs. 57 y ss. Entre las normas ambientales incluye los siguientes tipos: reguladoras del producto, de procesos de producción, de objetivos o estándares de calidad, de emisión, de control de procedimientos y requisitos burocráticos documentales, de coordinación de políticas ambientales, de ordenación territorial, y otras normas de incentivación.

A fin de conocer en esta nueva dimensión puntos de referencia para una *regulación incentivadora*, nos ocuparemos a continuación, en una primera parte, de profundizar en la cuestión medioambiental en los impactos de las obras públicas en Derecho español; y, en una segunda parte, trataremos de la aplicación de incentivos en el Derecho Ambiental Europeo en desarrollo, y en las propuestas de reforma del Derecho Español.

## PARTE I.— LA PRIMACÍA DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN LA ORDENACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS

### I.— LA REPERCUSIÓN DE LA INCIDENCIA MEDIOAMBIENTAL DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN LA DECISIÓN DE REALIZARLAS.

Por su propia entidad real las obras públicas inciden en el medio ambiente (8); a veces, incluso, tienen como finalidad directa transformar el medio ambiente sea para explotar recursos naturales, transformar elementos de la naturaleza, producir unas utilidades a costa de ellos o, en virtud del actual impresionante desarrollo tecnológico, llegar hasta la creación de una geografía voluntaria: se cambia el curso de los ríos o la ribera del mar y hasta se mueven montañas, o se marca la litosfera con el denso fatuaje de las vías de comunicación (autopistas, líneas férreas, bases para la navegación marítima o aérea, etc.).

No puede negarse que la consideración de la ineludible incidencia de las obras públicas en el medio ambiente haya estado siempre presen-

(8) Sobre el contenido del concepto constitucional de medio ambiente, acerca del cual venía polemizando la doctrina, es actualmente capital la singular Sentencia del T.C. de 26 Junio 1995, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad en relación con la Ley 4/1989, de 27 Marzo, de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres., y varios conflictos positivos de competencia, acumulados. La Sentencia entiende que se trata de un amplio concepto complejo, polifacético y «trasversal» que llega a describir como «conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida», y también como «el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que auna lo útil y lo grato». (F.J. 4).

Y también expresa, asimismo, un amplio concepto de protección ambiental que «consiste en una acción de amparo, ayuda, defensiva y fomento, guarda y custodia, tanto preventiva como represiva» (F.J. 7). Los elementos literarios se multiplican y transforman el lenguaje habitual de la hermenéutica en esta singular Sentencia constitucional (B.O.E. n.º 181, de 1995).

te en las decisiones de elaboración, de aprobación y de ejecución de los proyectos. La cuestión está en determinar el alcance jurídico de esa toma en consideración de la incidencia; su operatividad a los efectos de la ordenación legislativa de las obras públicas y la significación que actualmente ha adquirido ese control preventivo para la protección ambiental.

Pretendo analizar en este trabajo la evolución seguida por la legislación sobre cada uno de los núcleos de intereses concurrentes a fin de concluir en las propuestas que sean más convenientes en la actual situación de la cuestión, que ya anticipo es muy carencial.

Previamente, considero preciso analizar las dificultades de fondo que presentan los conflictos que en esta materia demandan una más suficiente y auténtica ordenación jurídica.

### 1.- Las apreciaciones y determinaciones de la «escala de incertidumbre» sobre el impacto de las obras públicas

La doctrina viene subrayando la singular influencia de la incertidumbre científica en la solución de los conflictos medioambientales. Como expuse en el I Congreso Nacional de Derecho Ambiental (9), puede admitirse la existencia de una «escala de incertidumbre» junto a otra de fijeza en las posibilidades de utilización de los recursos naturales. La tensión entre lo conocido y lo desconocido sobre el impacto de las obras en la naturaleza se venía resolviendo casi como una cuestión metajurídica, confiada al amplio margen de discrecionalidad técnica inherente al núcleo de la posición jurídica configurada por el haz de potestades atribuidas, o presumidas, a las Administraciones Públicas. En realidad, también aquí como en el urbanismo, los estándares magistrales expuestos en los proyectos adquirirían ese valor prenormativo generalmente favorecido por una implícita presunción de acuerdo mediambiental en la determinación del «dónde», «cómo» y «para qué» de las obras públicas promovidas por las Administraciones, si bien se manifestara mayor cautela para las obras promovidas por particulares. Además de la exigencia general de proyecto en el art. 14, el art. 56 de la vetusta Ley General de Obras Públicas de 13 Abril 1877 (Reglamento de 6 Julio

(9) I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Ponencias, Sevilla, 1995.— En mi ponencia sobre «Instrumentos de tutela ambiental», págs. 98 y ss., destacué las aportaciones de SALVIA, F. en «Gli strumenti giuridici dalle tutela ambientale», *Rivista Giuridica dell'ambiente*, n.º 2, 1993 y HOFFMANN-RIEM, W., «La reforma del Derecho Administrativo. Primeras Experiencias: el ejemplo del Derecho Ambiental», *Documentación Administrativa*, núm. 234, 1993.

1877) (10), ya exigió para otorgar la concesión de una obra pública a los particulares «un proyecto con todos los datos que, con sujeción a lo que se disponga en los reglamentos, sean necesarios para formar cabal juicio de la obra, de su objeto y de las ventajas que de su construcción han de reportar a los intereses generales». Aunque en esta fórmula no se realiza la perspectiva global ambiental —la ley se promulgó un siglo antes de la recepción en nuestro Derecho de los primeros efectos de la que se ha llamado «Era ambiental», hay que entender que no sólo debía tenerse en cuenta el impacto positivo («ventajas») sino, lógicamente también, el negativo (daños y perjuicios, costos). En todo caso, destaca en las etapas anteriores la ausencia de cauces de participación ciudadana en la elaboración de la decisión sobre emplazamientos, alcance y modos técnicos, muy supraordenada, por cierto, en el alto nivel político de la apreciación de la «oportunidad» como un reducto prácticamente exento de control jurisdiccional (11). Es muy ilustrativo el efecto expansivo en la prohibición legal a los expropiados de bienes de interponer recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de necesidad de ocupación que debe referirse a los que sean «estrictamente indispensables para el fin de la expropiación» (arts. 15 y 22 de la Ley de Expropiación Forzosa). Pese a la reiterada denuncia de la doctrina esa prohibición no se ha derogado específicamente, sino mediante la Disposición derogatoria 3 de la Constitución vigente.

### 2.- La reducción de la discrecionalidad mediante el establecimiento de procedimientos necesarios, reglas de fondo, participación y pleno control judicial

Como en otros campos de la acción administrativa, un incremento de la normatividad concreta ha ido reduciendo los difusos huecos abiertos a la discrecionalidad. La decisión de realizar una obra pública puede seguir manteniéndose en parte en la esfera de la oportunidad en cuanto a las circunstancias políticas, económicas o sociales que la condicionen; pero, una vez afirmada su procedencia, no pueden ya continuar operando las Administraciones Públicas con la discrecionalidad técnica. Las determinaciones de la «escala de incertidumbre» sobre el

(10) Sobre la significación de la Ley G. de Obras Públicas de 1877 en la evolución de nuestro ordenamiento incluido el reparto de competencias de la Constitución de 1978, Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Las obras públicas», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, Vol. III, págs. 2427 y ss., 1983.

(11) Sobre la importancia de la participación ciudadana en la protección del medio ambiente, Vid. JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995.

impacto de la obra pública hay que realizarlas siguiendo el correspondiente procedimiento necesario («due process of law») en el que adquieren una especial significación los datos objetivos científicos y técnicos y la participación de los ciudadanos. A propósito de la exigencia de la previa evaluación de impacto destaca KRÄMER, L. cómo numerosas Administraciones públicas «se ven por primera vez obligadas a consultar al público sobre un proyecto y ven, pues, su *discrecionalidad limitada* a la hora de tomar una decisión» (12).

Notoria es, en consecuencia, la estimulación que el nuevo conjunto normativo reductor de la discrecionalidad técnica sobre las obras públicas está produciendo en el control jurisdiccional (13). Puede decirse que existe un nuevo sector del ordenamiento jurídico integrado por normas administrativas y también por normas penales en el que queda inmerso todo el conjunto normativo tradicional sobre las obras públicas y que, presidido por el Derecho de la Unión Europea, cada vez está más imbuido del principio de primacía de la naturaleza.

### 3.- La primacía del Derecho Comunitario y del principio «pro natura»

La primacía y el efecto directo, dispositivos técnico-jurídicos con los que actúa la efectividad del Derecho Comunitario, no parten ya en la materia de la protección del medio ambiente de meros principios o de audaces Programas creativos, sino que cuenta con un nutrido grupo de normas en todo el vigente Tratado de la U.E., y específicamente en el Título XVI, (arts. 130R a 130T) que sienta las bases del Derecho Ambiental europeo (14).

(12) KRÄMER, L., «Protección de la naturaleza», en la Obra colectiva *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pág. 263.

(13) No es oportuno extenderse aquí en una valoración de la polémica producida en la doctrina española sobre la discrecionalidad y el control jurisdiccional —por cierto, polémica más de «espíritu» que de «letra»—, pero sí creo interesante afirmar que en los conflictos medioambientales no es posible ni siquiera aludir a duda sobre la plenitud de la jurisdicción. Al impresionante aumento de las normas jurídico-administrativas vinculantes para todos los *poderes públicos* (incluso el judicial, por cierto art. 45.2 de la Constitución), hay que añadir ahora la avalancha tipificadora del nuevo Código Penal, Ley Orgánica de 23 Noviembre 1995, en materia de ordenación del territorio, patrimonio histórico, recursos naturales, medio ambiente, protección de la flora y fauna, y delitos de riesgo catastrófico (arts. 319 y ss.).

(14) Me remito a mi ponencia citada en nota 2 y especialmente a la bibliografía allí clasificada. Vid. también el volumen de las Comunicaciones del I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Valencia, 1996.

El fomento de la investigación (art. 130F.1 T. U.E.) y el mandato de elaboración de la política en el área del medio ambiente teniendo en cuenta «los datos científicos y técnicos disponibles» (art. 130 R.3) advierten ya de la importancia de la valoración de la realidad concreta a la luz de los avances del conocimiento humano sobre la naturaleza. Como norma general vinculante destaca la primacía de la protección del medio ambiente en el art. 130 R.2, que establece que las exigencias de esa protección «deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad». El amplio conjunto de normas comunitarias específicas ha penetrado en los Derechos internos a través de las distintas modalidades de transposición y en los mismos se «encuentra» —o simplemente se yuxtapone— con las viejas y nuevas leyes generales y sectoriales cuya aplicación, frecuentemente, sufre una refracción con la entrada en la densa realidad de los conflictos socioeconómicos y/o ecológicos. En todo caso la apreciación de la evolución de los mismos presenta una tendencia creciente a la afirmación de principio «pro natura». Frente a la tradicional aceptación de que sólo lo que esté demostrado como nocivo y, por consiguiente, esté expresamente prohibido limitará o impedirá cada concreta actuación transformadora del medio ambiente, se viene alzando ahora la primacía del principio «in dubio pro natura». La evolución de la jurisprudencia demuestra que esa primacía viene desequilibrando —a impulsos de las diversas formas de contestación social y política tan creciente en los conflictos ambientales— el juego de la aplicación del balance costo-ventaja, el del control de los hechos determinantes y el del principio de proporcionalidad, técnicas de alto rendimiento en el control de la discrecionalidad.

La conclusión ante las nuevas circunstancias es que la ejecución de las obras públicas está muy determinada por su incidencia en el medio ambiente; que, por ello mismo, las decisiones no pueden ser expresión de la oportunidad o discrecionalidad administrativa, y que es necesaria la reflexión científica y la participación ciudadana en el procedimiento de apreciación o determinación de la «escala de incertidumbre» sobre el impacto de las obras.

Siendo este el estado de la cuestión importa ahora indagar la evolución seguida en la legislación sobre cada uno de los núcleos de intereses concurrentes en la cuestión ambiental.

## II.- DESCOORDINACIÓN DE LAS REGULACIONES DE LAS OBRAS PÚBLICAS Y DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

La historia legislativa no suele avanzar en oleadas de innovación total. Los nuevos conflictos engendran algunas adiciones legislativas a

las normas ya existentes, y generalmente sin cuidar no ya las tablas de vigencias sino ni tan siquiera la armonización del conjunto.

Esta apreciación general es referible a la confluencia de la legislación de obras públicas y la de la protección del medio ambiente, agravada en nuestro caso por el hecho de la pervivencia de una vetusta Ley General de Obras Públicas de 1877 que se ha mantenido desatendida por haber desplazado la regulación de la materia en dos direcciones legislativas distintas: de una parte, la promulgación de leyes sectoriales o específicas sobre cada tipo de obra; de otra, la incorporación a las modernas Leyes de Contratos de las Administraciones Públicas de una detallada regulación del contrato administrativo típico por excelencia, el contrato de obra. De aquella nota de sectorialidad participó también —aunque con el más auténtico carácter de progreso del marco normativo del Derecho Administrativo— la importante reglamentación relativa a la «esfera local». Para describir este fenómeno de descoordinación legislativa es conveniente ampliar la observación a áreas conexas del ordenamiento en las que también se ha manifestado.

#### 1.- Descoordinación inicial de las regulaciones del urbanismo, del desarrollo económico, y del medio ambiente

La premisa de la que había que partir al proyectar un desarrollo de la Constitución en materia de medio ambiente (15) era, cabalmente, la descoordinación que veníamos sufriendo entre las normativas sobre urbanismo, desarrollo económico y medio ambiente, que, por ese mismo orden, se habían ido desarrollando separadamente. Es proverbial la denuncia del extraño silencio sobre la entonces reciente Ley del Suelo de 1956 que mantuvo el Reglamento de Actividades insalubres, molestas, nocivas y peligrosas de 1961; utilizaba conceptos jurídicos indeterminados (p.e., «último núcleo de población agrupada») como si no existieran otros referentes en la flamante legislación urbanística. Y también se ha puesto de relieve repetidamente la irrupción de la normativa de los Planes de Desarrollo Económico, a partir de 1963, en todas las regulaciones sobre el territorio y las actividades clasificadas.

En la etiología de estas disfunciones, además de una endémica lucha por las competencias municipales, se revelaba una fuerte centralización poco respetuosa con las autonomías de los Entes territoriales. Como

(15) PÉREZ MORENO, A., ESCRIBANO COLLADO, P., LÓPEZ GONZÁLEZ, J.L., *Constitución y Medio Ambiente. Bases para un programa legislativo*, Sevilla, 1982. Para una síntesis en la evolución del Acta Unica al Tratado de Manstricht, Vid. ALONSO GARCÍA, E., *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, Madrid, 1993.

ejemplo relevante de esta crisis podemos recordar el art. 3 de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico, de 22 de Diciembre de 1972, (promulgada bajo la influencia del Año Mundial de la Naturaleza) que estableció el carácter vinculante para las Corporaciones y Organismos con potestades autorizantes de los acuerdos del Gobierno sobre localización de una industria o actividad potencialmente contaminadora. Asimismo, los únicos planes territoriales con alguna implantación entonces en los Municipios, los Planes Generales de Ordenación Urbana, estuvieron siempre expuestos a las alteraciones producidas por el ejercicio de las competencias de los Departamentos ministeriales.

Con la reforma de la Ley del Suelo en 1975, Texto Refundido de 1976, se introdujeron dos importantes determinaciones con alcance de convergencia y coordinación: la primera fue la exigencia de una atención a la protección del medio ambiente en los Planes urbanísticos, sobre todo en la ambiciosa figura de los Planes Directores Territoriales de Coordinación, que han quedado prácticamente en desuso; y la segunda medida, a mi juicio de más calado, fue la instauración de la hegemonía del plan como vinculante coordinador de las competencias administrativas sobre el territorio, y, en consecuencia, la exigencia de previa licencia urbanística también para las obras estatales. El art. 57.2 del Texto Refundido de 1976 en una frase subordinada daba un nuevo rumbo a una planificación única y vinculante para el territorio. «La aprobación de los Planes no limitará las facultades que correspondan a los distintos Departamentos ministeriales para su ejercicio, de acuerdo con las previsiones del Plan, de sus competencias, según la legislación aplicable por razón de la materia». En cuanto a la licencia para obras del Estado, el art. 180 de aquel Texto R. (actualmente integrado en el art. 244 del Texto R. de 1992 aunque ya referido a «Actos promovidos por Administraciones públicas») abrió una nueva dimensión a las relaciones interadministrativas bajo la vinculación de los Planes, si bien dejando a salvo la suprema decisión del Consejo de Ministros en caso de disconformidad.

Mientras tanto ha continuado la vigencia de la Ley General de Obras Públicas de 1877 basada en el esquema de obligada inclusión de las obras en un Plan general aprobado por ley, pero con posibilidad de que el Gobierno sea autorizado por una ley especial. Este ha sido el portillo por el que se vació la operatividad del sistema de Plan general. El Plan General de Obras Públicas de 1939 fue modificado «sin piedad ni respeto», en expresión de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (16), de forma progresiva y constante.

(16) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Las obras públicas», ob. cit., pág. 2454.

## 2.- Descoordinación de las regulaciones de las obras públicas, la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente

La intensa evolución posterior marcada por el desarrollo del Estado de las Autonomías ha acentuado la insuficiencia de la Ley de Obras Públicas de 1877, y la descoordinación entre las leyes especiales y sectoriales sobre la construcción de bienes concretos, la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente.

Carente el Derecho estatal de una actualizada legislación general sobre estas dos últimas materias, se han utilizado por las Comunidades Autónomas como potentes títulos de absorción de competencias, reconocidos por la Constitución y por sus Estatutos (C.E. Art. 148.1.3.ª— Ordenación del Territorio, urbanismo y vivienda; 4.ª.— Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio; 9.ª.— Gestión en materia de protección del Medio Ambiente).

El Estado, además de las concretas atribuciones de competencias en función del ámbito territorial de concretas obras, según se ubiquen o no exclusivamente en el territorio de una Comunidad Autónoma, tiene reconocido con carácter general las «Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», la «Legislación básica sobre protección del medio ambiente» y «Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma» (art. 149.1.13.ª, 23.ª y 24.ª C.E.). A estos títulos de competencia hay que sumar la legislación básica sobre contratos (art. 149.1.18.ª C.E.) y la transposición de las normas de la U.E.

Los legisladores están actuando en todas esas dimensiones con el resultado de ir ampliando los grupos normativos autonómicos sobre ordenación del territorio y protección del medio ambiente. El Estado ha avanzado también sus campos legislativos pero con calendario retrasado e insuficiencia sobre todo en las normas generales, entre las que hay que resaltar aquí las relativas a Obras públicas.

## 3.- Las insuficiencias de la ordenación estatal de las obras públicas

Las actuales normas generales sobre obras públicas no son suficientes para una ordenación útil en las circunstancias descritas de concurrencia de legisladores activando sus títulos competenciales. No bastan, tampoco, las leyes especiales porque existen cuestiones comunes que reclaman una regulación general no sólo por economía normativa evitando repetir en cada ley especial reglas, principios y técnicas resolutivas; sino porque esas cuestiones comunes presentan una sustantividad propia que exige la respuesta directa del legislador.

Vamos a hacer seguidamente un breve balance de situación con las más significativas leyes estatales que inciden en la materia.

### A) *La Ley de Contratos del Estado*

Ni la Ley de Contratos del Estado ni la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, 18 Mayo) han venido a suplir las carencias de la vetusta Ley G. de Obras Públicas, que lógicamente no derogan. Ante todo hay que notar que esta legislación está fraguada desde su perspectiva de regulación de contratos de las Administraciones, uno de los cuales tiene por objeto ejecutar una obra pública. La perspectiva, pues, se concreta en una visión singularizada de la relación contractual. Por consiguiente, la Ley de Contratos no define las obras públicas, aunque las mencione como objetos posibles de contrato administrativo (art. 128), ni regula los proyectos de obras con todas sus implicaciones, tan sólo en sus elementos técnicos precisos (art. 124). Y cuando el art. 53 se refiere a las prescripciones técnicas y prohibiciones tan sólo se remite a «las instrucciones o reglamentos técnicos nacionales obligatorios siempre y cuando sean compatibles con el Derecho Comunitario».

La realidad exterior al proyecto sólo se contempla en la Ley como posible causa genérica de modificación del contrato realizado o como determinante de casos de fuerza mayor que puedan obligar a indemnizar al contratista prudente. Entre los que se relacionan no figura ninguno que haga referencia a un conflicto de protección ambiental inicial o sobrevenido; son los incendios causados por la electricidad atmosférica, los fenómenos naturales de efectos catastróficos como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones y otros semejantes y los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público (arts 144 L. Contratos). Difícil, por no decir imposible, será integrar en esos supuestos los casos de contestación sociopolítica contra la ejecución de las obras o los conflictos derivados del rechazo social a las mismas.

Tampoco puede otorgarse alcance de normación sustantiva directa a la clasificación descriptiva de las obras a los efectos de los proyectos previos a la contratación (art. 123).

En resumen, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no puede suplir en ninguna medida una regulación general de las obras públicas.

B) *La legislación básica y autonómica sobre la protección del medio ambiente*

Antes de la entrada de España en la C.E.E. llegó a adquirir alguna consistencia la idea de elaborar una Ley general sobre la protección del medio ambiente. Considero un hecho negativo el abandono de esa idea a impulsos de las decisiones políticas coyunturales. Con el ingreso en la C.E.E. el proceso de transposición de las Directivas se precipitó impulsado por la urgencia con el esquema Ley de bases y Decretos legislativos, uno de los cuales fue el R.D. legislativo 1302/1986, 28 Junio, de Evaluación de Impacto Ambiental (E.I.A.), seguido por un Reglamento de ejecución de 30 Septiembre 1988.

Estas disposiciones implantan la técnica de lista de proyectos, por lo que la sujeción a E.I.A. es la excepción a la regla general de no sometimiento de los proyectos, criticada con razón por la doctrina. Como ha destacado ROSA MORENO si la E.I.A. es un instrumento para añadir cualificada información antes de la toma de decisión administrativa autorizante de los proyectos, parece más razonable situarla con anticipación para cumplir su función preventiva y, preferentemente, deben extenderse esos estudios a los planes, programas e incluso, como propusiera PRIEUR, a los proyectos de leyes con riesgo de impacto ambiental (17).

En la lista del Anexo al R.D. legislativo se incluyen todas las actividades obligadas a E.I.A. con carácter exhaustivo sólo ampliable —salvo algún desliz ya producido— mediante ley. Entre esas actividades de titularidad pública o privada no se incluyen ni las obras públicas en general ni los planes territoriales; sólo se relacionan actuaciones concretas no definidas, algunas de las cuales son inequívocamente obras públicas (p.e., grandes presas, autopistas, autovías, líneas de ferrocarril de largo recorrido, aeropuertos en las condiciones que señala el Anexo, etc.). Posteriormente, se amplió la lista por la Ley 4/1989, 27 Marzo, de Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, cuya Disposición adicional segunda añade «las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas».

Estos criterios genéricos de sujeción a E.I.A. se apartan del método casuístico del Anexo inicial, y están suscitando situaciones de resisten-

(17) ROSA MORENO, J., *Régimen jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental*, Madrid, 1993, pág. 178. Por esa vía se trataba de avanzar al nuevo instrumento de Evaluación Estratégica Ambiental.

cia al cumplimiento cuando la Administración invoca que en la norma específica que regula la actividad no se exigía el sometimiento a evaluación. Algunos casos significativos se vienen produciendo en relación con las líneas de Alta tensión (18). El Reglamento de E.I.A. avanzó con atirantamiento de sus fuerzas por la vía de Anexos interpretativos.

A nivel de legislación autonómica las deficiencias del Anexo del R.D. legislativo se vienen cubriendo con gran desigualdad de trato. Concretamente en Andalucía la Ley de Protección Ambiental 7/1994, 18 Mayo, somete a E.I.A. además de las establecidas en la legislación básica un amplio listado de actividades, entre ellas las obras marítimo-terrestres, el planeamiento urbanístico general, los trasvases de cuencas, los planes y programas de Infraestructuras Físicas, etc.

En la legislación básica y autonómica también se articula la potestad de los Gobiernos para excluir proyectos del trámite de E.I.A. con las cautelas de motivación y prevención alternativa (19).

Además del instrumento de E.I.A. la legislación básica de Espacios Naturales —cuyo objeto desborda la materia con la pretensión de hacer un desarrollo del art. 45 de la Constitución— introdujo una gran innovación en nuestro Derecho: los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN), con carácter de límites vinculantes y supraordenados a todos los instrumentos de ordenación territorial y física (20). Entre las determinaciones de los PORN, se incluye la concreción de actividades, obras o instalaciones públicas o privadas que deban someterse a E.I.A. (Arts. 4 y 5 Ley 4/89).

Pero la legislación autonómica ha avanzado sobre la base del título competencial propio «ordenación del territorio» llegando a crear un nuevo Derecho de una nueva planificación. Por seguir con el ejemplo de Andalucía, la Ley 1/1994, 11 Enero, de Ordenación del Territorio, ha establecido los nuevos Planes de Ordenación del Territorio, que se

(18) Vid. LÓPEZ RAMÓN, E., Dictamen incluido en *Informes jurídicos sobre protección de la naturaleza en Aragón*, Zaragoza, 1993. Asimismo en Andalucía se ha suscitado conflicto análogo, queriendo la Administración justificar la exclusión invocando normas de 1966 (!) Y olvidando la D. Adicional transcrita en el texto y leyes recientes de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

(19) Vid. una exposición reciente de AA.VV. sobre *El funcionamiento del Estado autonómico*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1996.

(20) Algunas Comunidades Autónomas, como Andalucía, han alterado el sistema de la Ley 4/89 aprobando por Ley todo un conjunto de Espacios Protegidos sin elaborar previamente los PORN. El T.C. ha considerado, sin embargo, constitucional esa alteración —aunque dos votos particulares han salvado el honor jurídico—, en la Sentencia de 8 Noviembre 1995, que resuelve negativamente la cuestión de inconstitucionalidad 2346/93 planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada.



vienen elaborando en su modalidad de subregionales. Entre las innovaciones más relevantes se encuentran las siguientes:

a) Las determinaciones de estos Planes (POT) pueden tener el carácter de Normas, Directrices o Recomendaciones Territoriales (art. 21). Curiosa influencia de la estructura de las fuentes del Derecho Comunitario.

b) El carácter vinculante de los POT —que establecerán el esquema de las infraestructuras básicas— para todos los Planes con Incidencia en el territorio (arts. 22 y 23), por lo cual, serán sometidos a informe preceptivo del órgano autonómico competente.

«Se propiciará —ordena el art. 29.4— que la resolución de las discrepancias que pudieran plantearse entre ambas administraciones —nótese la relegación de las Administraciones Locales— se realice de común acuerdo, para lo cual se constituirán comisiones mixtas de concertación que propondrán convenios o fórmulas de resolución de las mismas». Esta angustiosa previsión legislativa en busca de la coordinación, que se repite en otras leyes sectoriales (p.e., la Ley de Costas de 1988), pone de relieve la tensión de competencias que late en ese bosque de tipología de Planes (urbanísticos, ambientales, globales sobre el territorio) donde el último que llega de la mano del legislador actuante se declara el primero y vinculante.

En ese bosque normativo se encuentran, como realidades genéricas o específicas, las obras públicas sin protagonismo como materia objeto de una regulación propia.

### III.- LA RECONSIDERACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS COMO MATERIA DE LEY GENERAL

En las varias fases de su desarrollo las obras públicas evidencian su vocación a recibir una ordenación integral (21). A nivel de fijación y determinación de conceptos para clarificar las competencias y la congruencia legislativa es de suma necesidad definir, clasificar y calificar las obras públicas; el concepto de «interés general» está abierto en la Constitución a la interpretación del legislador central.

En las instancias planificadoras, los planes y programas de obras públicas y su inserción en las planificaciones generales, es toda una di-

(21) En los estudios generales sobre protección del medio ambiente destaca la falta de referencia a las obras públicas en general. Por todos, Vid. MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid, 1991-92.

mensión necesitada de una ordenación armonizadora. Las técnicas de colaboración y coordinación son esenciales para garantizar no sólo el principio de unidad y continuidad de la organización administrativa, confiado al buen funcionamiento del *Sistema de Administraciones Públicas*, sino también para hacer posible el Estado de las Autonomías o cualquier modalidad de Estado compuesto. Influyen mucho las buenas normas generales en la realización de un Estado donde impere la lealtad a la concurrencia de los Entes autonómicos. La Ley General de Obras Públicas de 1877 se estructuró desde la clásica separación de las «esferas» estatal, municipal y provincial. En el nuevo Estado compuesto esas actividades generalmente «sin fronteras», supraterritoriales, hay que regularlas desde los principios de colaboración obligada, cooperación y coordinación correctora de los desequilibrios. Y en su conexión profunda con la protección del medio ambiente, introduciendo en la legislación general las bases de los instrumentos de la protección «apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva», como ordena el art. 45.2 de la Constitución. Las grandes infraestructuras (sean vías o bases de comunicación, trasvases de cuencas, pantanos, presas, etc.) están en directa relación con los cauces y energías de esa solidaridad colectiva.

En la fase de Proyectos es necesaria una reelaboración integradora de los aspectos técnicos y de protección ambiental extendiendo a ellos también la Evaluación Estratégica Ambiental, convirtiendo en prioridad la armonización ecológica.

Los períodos de ejecución y de puesta en funcionamiento de las obras son, en fin, igualmente decisivos para configurar la posibilidad de modificaciones, incluso con aplicación del «ius variandi» si fuera necesario. La participación ciudadana racionalizada puede no evitar la contestación ecologista de pancarta; pero ésta pudiera también llegar a racionalizarse con la previsión de fórmulas de composición de conflictos que eviten los supuestos de abandono de la Administración con fracaso del Estado de Derecho.

A estos factores sustantivos que reclaman la reconquista de las «obras públicas» como materia de ley general, habría que añadir las *cuestiones financieras* y las *nuevas técnicas económicas al servicio de las privatizaciones* o, en su caso, de la potenciación de la colaboración social en la gestión administrativa.

En esa ley general, donde la primacía de la protección del medio ambiente quedaría «armonizada» —en expresión de la S.T.C. 64/1982, 4 Noviembre— con el desarrollo económico, en la síntesis del «desarrollo sostenible» —idea fuerza de laboriosa concreción—, también se podría dar un impulso a la realización «real y efectiva» del Estado compuesto de las Autonomías (sistema de autonomías integradas) en una

materia tan decisiva para el progreso de los pueblos como son las obras públicas.

## PARTE II.— LOS INCENTIVOS EN LA REGULACIÓN MEDIOAMBIENTAL, EN EL DERECHO AMBIENTAL EUROPEO Y EN LAS PROPUESTAS DE REFORMA EN ESPAÑA

### I.— LA LENTA RECEPCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL EUROPEO DE LAS ESTRATEGIAS DE MERCADO

La ausencia de normas sobre la protección del medio ambiente en el inicial Tratado constitutivo de la CEE se venía compensando con la aprobación de Programas de Acción comunitaria. Hasta la fecha se han adoptado cinco. El Quinto Programa contempla el horizonte del año 2000 y se apoya ya en todo un cuerpo normativo en el Título XVI del Tratado de la CE, introducido por el Acta Unica y retocado por el Tratado de Maastricht. Quizás la regla capital sea la que ordena la integración de las exigencias de la protección del medio ambiente en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad (Art. 130.R.2 del Tratado de la CE).

#### 1.— Consideraciones generales

El desarrollo de un Derecho Ambiental Europeo avanza en el sentido de facilitar una utilización estratégica de los instrumentos, llamando a la acción conjunta y solidaria tanto a la población como a las Administraciones públicas y a las empresas. Dentro del conjunto de disposiciones no es muy amplio el margen para inducir la búsqueda de los instrumentos que aseguren las mejores prestaciones con el menor costo medioambiental y económico (22). Pesa la herencia reglamentadora y aún pervive la fuerza del concepto de servicio público cuya continuidad defiende parte de la doctrina, haciéndolo compatible con el modelo neoliberal de la Comunidad basado en la libre competencia y contrario a la

(22) CASSAGNE, J.C., en el trabajo citado en la nota 2 de la introducción, se apoya en Sir Bryan CARSBURG *Incentive Regulation*, Centre for the Study of Regulated Industries, Londres, 1992 para explicar la «regulación incentiva» como «la idea de que la mejor forma de regulación es aquella que alienta naturalmente a la empresa regulada a comportarse en el interés de sus clientes, suministrando calidad por dinero, sin que los reguladores se involucren en decisiones puntuales de la compañía».

existencia de monopolios. Se plantea incluso la «reactualización de la categoría del servicio público dentro del marco comunitario» y la consideración de algunos servicios esenciales (p.e., en el sector eléctrico) como servicio público comunitario (23).

El Quinto Programa ahora vigente proyectó la aplicación de sus principios a cinco sectores prioritarios: industria, energía, transporte, agricultura y turismo; pero aparte de las posibles ayudas para compensar costes desproporcionados para algún Estado miembro con cargo al Fondo de Cohesión, y la aplicación del instrumento financiero específico para el medio ambiente (LIFE), más el reconocimiento de los hechos diferenciales en las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad (Arts. 130 R.3, 130 S.4 y 5), no avanza en la aplicación de otras fórmulas de incentivos económicos. Como afirma REHBINDER, desde principios de los setenta «los incentivos económicos jugaban un papel muy reducido, constituyendo una relevante excepción las tasas de emisiones impuestas sobre los que realizan vertidos en Francia, Alemania y Países Bajos. Otra excepción son las subvenciones» (24). En los años noventa se ha tratado de utilizar instrumentos económicos y fiscales (tasas e impuestos) como incentivos negativos. «Sin embargo —añade REHBINDER— deberían incluirse los derechos de contaminación transferibles basados en el concepto de limitaciones totales de la carga ambiental cuya distribución entre los agentes económicos esté sujeta al sistema de mercado».

Los propósitos de reducir las emisiones de CO<sub>2</sub> (defensa del clima total), aminorar la contaminación del transporte y prevenir residuos se presentaron como fines atractivos de la aplicación de los instrumentos fiscales y económicos, pero las propuestas no prosperaron y la Comisión ni siquiera mantuvo la de establecer las líneas directrices para un impuesto voluntario nacional de CO<sub>2</sub>/energía.

REHBINDER concluye previniendo a la Comunidad sobre la utilización de tasas e impuestos, verificando su escasa aplicación y apuntando la tendencia actual más prometedora de «ecologización» de impuestos internos incluidos sin tanta violencia en el marco de la política de armonización fiscal (25).

(23) Resumió el estado de la doctrina en defensa de esa categoría, GIMENO FELIEU, J.M. en *El servicio público eléctrico en el Mercado interior Europeo*, Madrid, 1994.

(24) REHBINDER, E., «Regulación medioambiental mediante incentivos económicos y fiscales en un sistema federalista», en *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, 1996, págs. 325 y ss.

(25) REHBINDER, E., cit., pág. 346.

Una propuesta de introducción en España de la alternativa de mercado mediante las licencias transferibles fue planteada por ARIÑO ORTIZ en el IV Congreso Nacional de Economía (26).

Sin que concluyamos en una actitud pesimista sobre las posibilidades de los actuales dispositivos económicos y técnico-jurídicos para el progreso de la protección ambiental en Europa, es importante advertir sobre la lentitud de la implantación de los necesarios (27).

## 2.- Referencia a algunas políticas comunitarias en sectores prioritarios

Es difícil la implantación de reglas jurídicas uniformes en el conjunto esencialmente diverso de los Estados comunitarios. La alta meta de una elevada protección del medio ambiente (Art. 130 R.2) hay que articularla «teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las diversas regiones de la Comunidad» (Art. 130 R.2 del Tratado CE). Las apreciaciones sobre los sectores prioritarios son negativas en general no tanto en consideración al acierto o desacierto de las medidas aplicadas, sino en muchos casos, por entender que debe producirse un cambio cultural, una reorientación de la filosofía del sistema, cuya primera fase sea, cabalmente, subrayar la conjunción solidaria del sistema de agentes e instrumentos frente a su actuación separada o yuxtapuesta.

En una síntesis valorativa, L. KRÄMER (28) ha expuesto las siguientes observaciones:

— En la *política de transportes*, denuncia que la filosofía del crecimiento de vehículos y construcción de nuevas carreteras avanza, sin que se haya establecido «una estrategia coherente para todo el sector» (29).

(26) ARIÑO ORTIZ, G., «Medio Ambiente: ¿Regulación o Mercado?», cit., pág. 543.

(27) Para una visión de síntesis, Vid. MORENO MOLINA; A.M., «La Empresa y el Derecho de la Unión Europea en el Medio Ambiente. Autorización. Evaluación de Impacto Ecológico. Prevención de Accidentes. Control Integrado de la Contaminación. Eco-Auditoría. Eco-Etiqueta», y RUIZ-TOMAS Y PARAJON, F.J., «Ayudas financieras. UE y Estados Miembros. Fondos Estructurales. Fondo de Cohesión. LIFE. Ayudas del Estado», *Derecho Medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, 1996.

(28) KRÄMER, L., «Integración de los requisitos medioambientales en las demás políticas de la Comunidad europea» y «La protección del medio ambiente, libre circulación de mercancías y mercado interior», en *Derecho Medioambiental de la Unión Europea*, cit., Capítulos II y IV *in totum*.

(29) Sobre la experiencia de la evaluación del impacto de las nuevas líneas férreas, Vid. el Seminario *Nuevas líneas de alta velocidad y medio ambiente: una visión integrada*. Ave, Fundación de los Ferrocarriles Españoles y Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, Madrid, 1991.

— En la *política agrícola*, los esfuerzos iniciados en los últimos diez años —matiza KRÄMER— parecen dictados no tanto para la protección del medio ambiente como por la necesidad de reformar la política agrícola y de encontrar nuevos medios para transformar progresivamente a los agricultores en conservadores del medio ambiente».

— En la *política del turismo*, la acción de la Comunidad es embrionaria por corresponder el protagonismo a las autoridades nacionales y locales. Se aprecia una diferencia entre la publicidad de los centros alrededor del Mediterráneo, más indiferente a los reclamos de carácter «verde», y la de los países escandinavos y lugares alpinos, más centrada en ese carácter.

— En el *sector de la energía* no existe aun una política comunitaria, ni esfuerzos para producir cambios importantes. Aunque se ponga en duda el uso de combustibles fósiles en general, el bajo precio del petróleo reduce el afán de buscar alternativas. Concretamente, considera KRÄMER, que la promoción de las energías renovables no ha llegado realmente a iniciarse.

Sin embargo, en algunos equipos de investigación y en foros de prospectiva sobre Europa, se apuesta por el perfeccionamiento de los instrumentos técnicos y el aumento de la cuota de sustitución de energía primaria convencional en los comienzos del próximo milenio (30).

— En una evaluación global de la *libre circulación* de mercancías en un mercado comunitario interno, KRÄMER, concluye, atendiendo a las disfunciones producidas, que se han creado mayores problemas (como el aumento del transporte, de la producción de energía, del consumo, de la urbanización) pero que no se ha reaccionado en proporción para «proteger, preservar y mejorar el medio ambiente».

## 3.- La conveniencia de implantar el instrumento del Acuerdo normativo («Vereinbarung»)

El panorama que hemos observado permite formular la propuesta de avanzar con la utilización de Acuerdos normativos como fuente posible y eficaz del Derecho Ambiental. Se trata de prolongar la doctrina

(30) En este sentido, la Declaración de Madrid sobre «Un plan de acción para las fuentes de Energía Renovables en Europa», Madrid, Marzo 1994, proyecta «alcanzar una sustitución del 15 por 100 del consumo de energía primaria convencional por energías renovables para el año 2010. En caso de conseguirse se podría dar lugar a la creación de entre 300.000 y 400.000 nuevos puestos de trabajo y a un incremento en la facturación de la industria de energía renovable de hasta 6.000 millones de ECUS, con una reducción de 350 millones de toneladas de emisiones de CO<sub>2</sub>».

de los convenios normativos de Derecho público al campo de la protección del medio ambiente, mediante la regulación participada e incentivadora. La «Vereinbarung», como convenio generador de normas objetivas ha sido desarrollada en su origen por el Derecho Constitucional (pactos, tratados, concordatos, etc.), y muy utilizada por el Derecho Internacional, siendo incluso aplicada por algunos autores (TRIEPEL) como fundamentación de ese Derecho. Pero también se ha defendido su aplicación en el Derecho interno, matizando sus diferencias con el contrato («Vertrag») (31), y puede considerarse de posible eficacia en la dimensión del Derecho supranacional, como el Derecho comunitario. Lo decisivo de la institución es que crea Derecho que vincula a los sectores destinatarios.

Dentro de los instrumentos reguladores podría contemplarse la habilitación y las bases para convenir Acuerdos normativos para la implantación de políticas e instrumentos de tutela ambiental.

## II.- PROPUESTAS DE REFORMA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La reserva estatal de competencia sobre la legislación básica de protección del medio ambiente en el art. 149.1.23.<sup>a</sup> de la Constitución, ha planteado la interrogante de si el Estado promulgaría una Ley General de Medio Ambiente, como algunos estudiosos habíamos propuesto.

Pese a que hubo algunos intentos de formular un proyecto de ley, circunstancias políticas diversas lo aplazaron. No tendría ahora especial interés recordar esas tentativas de legislación. Sin embargo, puede ser oportuno comentar que en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 18 de Julio de 1995 —hace apenas algo más de un año— se publicó una Proposición de Ley General de Medio Ambiente que había sido presentada por el Grupo Popular en el Congreso, que entonces estaba en la oposición. Tan sólo destacaremos algunos de los artículos que estén más relacionados con nuestro objeto.

— Establecía el art. 5 que la Ley sería de aplicación «a cualquier actuación, pública o privada, susceptible de producir un efecto en el medio ambiente».

— Especial interés tenía el art. 14, que, bajo el epígrafe «Acuerdos Voluntarios y Autorregulación» contenía estos preceptos:

(31) Hice una aplicación de esta doctrina para definir la naturaleza de los Planes de Desarrollo, en «Consideraciones sobre el rango normativo de la Ley del Plan de Desarrollo», R.A.P., n.º 73.

«1.— Los distintos agentes económicos podrán suscribir acuerdos de protección entre ellos, con la Administración y con organizaciones que tengan entre sus fines la protección del medio ambiente.

2.— La Administración fomentará la concertación de acuerdos voluntarios, así como la elaboración de códigos de conducta y de buenas prácticas ambientales, por parte de los diferentes sectores económicos, para conseguir elevados niveles de protección».

— Se regulaba los Sistemas de Ecogestión, Auditorías y Contabilidad Ambiental.

— El alcance de la habilitación de Instrumentos Económicos y Fiscales, lo trataba el art. 17 en estos términos:

«1. Podrán fijarse por ley tasas ambientales correspondientes a la prestación de servicios reservados al sector público, así como otro tipo de tributos y precios públicos que tengan por finalidad la protección del medio ambiente.

2. Los poderes públicos establecerán incentivos para la inversión y el mecenazgo asociados, en su caso, a medidas reglamentarias o basados en acuerdos voluntarios y otorgarán ayudas e incentivos para medidas horizontales de apoyo para la conservación y restauración de la naturaleza y para el fomento del consumo de productos no contaminantes».

— Y, el art. 43, además de la «evaluación previa al impacto ambiental», establecía:

«Los planes y programas que determine la ley deberán someterse a una evaluación ambiental estratégica» (32).

Hay que esperar que el nuevo Gobierno formado por el mismo partido que cuando estaba en la oposición, hace unos meses, presentó esa proposición de ley, decida ahora si va a presentar un proyecto de Ley general de medio ambiente, que, a nuestro juicio, sigue siendo necesaria.

## CONCLUSIÓN

Las reformas impuestas por la privatización en los servicios públicos integran su gestión en las fórmulas de mercado y también en el

(32) Sobre la Evaluación Ambiental Estratégica, Vid. ROSA MORENO, J., *Régimen Jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental*, Madrid, 1993.

En especial sobre el servicio de abastecimiento de agua, Vid., VI Simposio Iberoamericano sobre Medio Ambiente y Municipio, Sevilla, Marzo, 1995; y «La Gestión del Agua en Andalucía ante las experiencias de la sequía», Sevilla, Junio, 1996.

conjunto normativo para la protección del medio ambiente que evoluciona hacia estrategias de mercado.

Para conseguir la efectividad de la ordenación necesaria es conveniente que se impulsen en actualizados marcos normativos internacionales, supranacionales y estatales, así como en los instrumentos regulatorios participativos e incentivadores, fórmulas paccionadas que consoliden la producción de Acuerdos normativos como fuente del Derecho Ambiental.

## MEMORIA DEL PROCESO AUTONÓMICO. LA REFORMA DEL ESTATUTO ARAGONÉS EN EL CONTEXTO POLÍTICO Y PARLAMENTARIO DEL DESARROLLO DE LA AUTONOMÍA

MANUEL CONTRERAS CASADO

**SUMARIO:** — I. INTRODUCCIÓN: 1. Potestad estatuyente y reforma de los Estatutos de Autonomía; 2. La reforma en el EAAr. — II. LOS INTENTOS DE REFORMA EN LA II LEGISLATURA DE LAS CORTES DE ARAGÓN: 1. La primera Comisión parlamentaria especial para la reforma del EAAr; 2. El «Borrador conteniendo los criterios de la DGA sobre la reforma del EAAr»; 3. El proyecto de Ley de reforma estatutaria de 1990: la iniciativa del Consejo de Gobierno de la DGA. — III. LA REFORMA ESTATUTARIA A TRAVÉS DE LA III LEGISLATURA DE LAS CORTES DE ARAGÓN: 1. Los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992; 2. La nueva Comisión especial parlamentaria para la reforma del EAAr; 3. La Ley Orgánica 9/92 de transferencia de competencias a las CCAA del 143 CE y el nuevo proceso de reforma. — VI. LA ETAPA FINAL DE LA REFORMA ESTATUTARIA: IV LEGISLATURA DE LAS CORTES DE ARAGÓN.

El último número del BOE aparecido en 1996 publicó un texto normativo de gran trascendencia para la Comunidad Autónoma de Aragón (CAAr): la *Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de reforma de dicho Estatuto*. O sea, la reforma estatutaria que con cierta amplitud y profundidad habían defendido —en diferentes momentos y con diferentes grados de convicción— la mayoría de las fuerzas políticas aragonesas. Es verdad que ya era la segunda vez que el Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAr) conocía cambios en su articulado; pero llegar hasta este momento había supuesto recorrer un largo camino político —al compás señalado por un accidentado juego de mayorías y minorías que alternaba frecuentemente el consenso y el conflicto— y parlamentario —a través de un complicado *iter legis* que recorría las Cortes de Aragón, el Congreso de los Diputados y el Senado— que, por fin, parecía tener un punto de arribo.

Estas líneas intentan ser una crónica jurídico-política que muestre a grandes trazos el proceso político y parlamentario seguido por nuestro