

CAPÍTULO 2

LA TUTELA
COMUNITARIA DE
LOS ESPACIOS
NATURALES
PROTEGIDOS

En cualquier ordenamiento jurídico que consideremos, la historia del Derecho Ambiental comienza precisamente por la protección de determinados espacios de la naturaleza y de las criaturas que los habitan.

Lo dicho sirve plenamente para el ordenamiento de la Unión Europea donde además la protección de estos valores sirvió como preludio de la incorporación al acervo comunitario de la protección del medio ambiente con carácter general.

Mencionemos en tal sentido la Recomendación de la Comisión 20 diciembre 1974 a los Estados miembros relativa a la protección de las aves y de sus espacios vitales.

Nos referiremos brevemente a este proceso para centrarnos después en lo que sin duda constituye su faceta fundamental: la tutela de los espacios naturales protegidos a través de la conformación de una red europea.

I. HACIA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DEL MEDIO AMBIENTE: LA FORMACIÓN DE UN CORPUS DE PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL COMUNITARIO

El proceso que algunos autores han llamado de constitucionalización del Derecho Ambiental comunitario mediante su incorporación al Derecho originario de la Unión, ha debido seguir un largo camino desde que en 1957 se firmó el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Tratado de Roma.

Dicho proceso resulta ser un trasunto de la evolución del propio modelo de integración europea perseguido. Refleja fundamentalmente tres circunstancias:

- a. Despertar progresivo de la conciencia ecológica, consenso social y de opinión pública sobre el deterioro global del medio ambiente como realidad.
- b. Replanteamiento profundo de la propia razón de ser de la Comunidad Europea. Su objetivo último es la integración pero ni el alcance ni la naturaleza de ésta estaban perfectamente claros. El punto de partida era pragmático: la integración económica había de ser la base de cualquier pretensión más ambiciosa de construcción política.

En un primer momento el Tratado de Roma no contenía ninguna habilitación directa para el desarrollo de una política ambiental. A pesar de ello se llevó a cabo en el ámbito de la UE una política de este tipo por lo siguiente:

- a. Naturaleza del tratado como marco susceptible de una interpretación progresista. Así, se concluyó que para asegurar el crecimiento equilibrado y armonioso de la UE resultaba implícitamente necesaria una política ambiental comunitaria.
- b. Consenso político sobre la necesidad de esa reinterpretación. Las políticas medioambientales suponían una oportunidad de ganar el respaldo de la opinión pública al ideal europeo en su conjunto. El Tratado de Roma incluía competencias que podían utilizarse con una óptica medioambiental: Política Agraria Común, ayudas de Estado y sobre todo posibilidades derivadas de los artículos 100 y 235. El artículo 100 permitía a la Comisión adoptar Directivas para aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que incidan directamente en el funcionamiento del mercado común. El artículo 235 contiene una cláusula abierta: cuando una acción de la UE resulte necesaria para lograr uno de los objetivos de ésta, sin que el Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.

Un momento importante fue de la introducción del Título VII (artículos 130-R a 130-T) a raíz del Acta Única Europea. Según HAN SOMSEN dicho Título constituía más una codificación de la praxis comunitaria anterior a 1987 que una reorientación radical respecto a la relación entre el funcionamiento de la UE y los objetivos medioambientales.

Aparecen formulados los objetivos y los principios de la política ambiental comunitaria. Los objetivos son tres: a) conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente; b) contribución a la protección de la salud de las personas; c) garantía de una utilización racional y prudente de los recursos naturales.

En lo que se refiere a los principios tenemos los siguientes: acción preventiva, corrección preferentemente en la fuente misma de las lesiones del medio ambiente, quien contamina paga y la exigencia de la protección medioambiental como componente integrante de las restantes políticas.

El siguiente paso se da con el Tratado de Maastricht, que incluye la protección ambiental como uno de los objetivos de la Comunidad. Ésta pasa a integrar el Título XVI añadiendo dos nuevos principios: la política de la Comisión en el ámbito del medio ambiente pretende alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones existentes y el principio de cautela.

Se reafirman además otras dos ideas apuntadas con anterioridad: el principio de subsidiariedad, según el cual allá donde no tenga competencias exclusivas, la UE actuará en la medida en que sus fines puedan alcanzarse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros aisladamente considerados.

En segundo lugar, que la política ambiental comunitaria tiene un carácter de mínimos, de modo que los Estados podrían establecer mayores cotas de protección.

El Tratado de Amsterdam menciona expresamente el principio de desarrollo sostenible y sobre todo se remite al artículo 189 B para las acciones que la Comunidad deba emprender en orden a la realización de los objetivos del artículo 130R. Se trata de un procedimiento ad hoc complejo donde se pretende la intervención y colaboración del Consejo, la Comisión y el Parlamento europeo.

Para el Tratado de Lisboa la consecución de un nivel de protección elevado y en general la mejora de la calidad del medio ambiente sigue constituyendo un objetivo de la Unión Europea así como un principio que ha de presidir su acción exterior. Queda definida como una competencia compartida de la Unión con los Estados y se habla expresamente de la necesidad de luchar contra el cambio climático (174).

En cuanto al Derecho derivado del medio ambiente, sin duda son las Directivas la categoría estrella en el Derecho ambiental por la cantidad e importancia de los temas tratados. Suelen ser Directivas un tanto sui generis en la medida en que, a menudo, el margen de conformación que le queda a los Estados es bien escaso pues se parte de una regulación detallada y precisa. Su propia utilización deriva del principio de subsidiariedad que parece que no sólo se aplica sobre los contenidos sino sobre la elección de los instrumentos.

Nos plantea dos problemas fundamentalmente: en primer lugar la necesidad de su incorporación o transposición al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro. La misma se hará de modo diferente según el concreto sistema de distribución territorial del poder que exista.

La STC 236/91 de 12 de diciembre señala que “la traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas... la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario”.

También ha de considerarse la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la CE (últimamente STJCE 28 mayo 1998, en el C-298/97, Comisión c. España) en el sentido de que la existencia de competencias compartidas a nivel estatal no justificaría el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva.

En general, no exime de la obligación de trasposición causa alguna de fuerza mayor, ni en particular, los factores de orden político, de política legislativa o de dificultades de orden económico (SSTJCE 2 febrero 1982, 11 junio 1991).

Junto a esa incorporación normativa, la necesidad de su implementación práctica. Los Estados miembros tienen la obligación de adoptar todas las medidas administrativas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las directivas medioambientales: por ejemplo, conferir un régimen especial de protección a las zonas ZEPA, presentar programas que minimicen el riesgo de las pilas y acumuladores que contengan determinadas materias peligrosas (Directiva 91/57/ CEE del Consejo de 18 de marzo de 1991).

En segundo lugar, la cuestión del efecto directo de las Directivas, en aquellos casos en que no se produzca la transposición cumplido el plazo de la Directiva, o bien ésta se retrase injustificadamente o sea defectuosa. En su virtud, el Tribunal de Luxemburgo considera que además de poder presentar quejas (infra) los nacionales pueden invocar el Derecho medioambiental de la UE ante sus respectivos tribunales emprendiendo acciones por responsabilidad extracontractual por infracción del Derecho comunitario. Una vez invocadas darían lugar normalmente a cuestión prejudicial y, en su caso, a la aplicación del principio de primacía e interpretación conforme con la Directiva a cargo del Juez nacional.

En cualquier caso, las disposiciones de la Directiva han de ser claras y precisas, incondicionales y no dejar márgenes de apreciación en su ejecución. Generarían derechos pero no podrían por sí solas crear obligaciones a cargo de un particular (en este sentido, STJCE 19 noviembre 1991, Francovich y Bonifaci) al ser sus destinatarios naturales los Estados y por consiguiente no podría invocarse frente a un particular.

En nuestro Derecho interno, con todo, aunque el TJCE indicara que existe infracción del Derecho comunitario, el tribunal nacional tendría que apreciar la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración para poder condenar a la Administración: funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que le sea imputable, ausencia de fuerza mayor, daño antijurídico, daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Si el procedimiento se sustancia ante el propio TJCE, se establecen requisitos para poder apreciar responsabilidad del Estado por infracción del Derecho comunitario. El resultado establecido por la Directiva ha de conferir ciertos derechos a los particulares, el contenido de estos derechos ha de ser identificable en la Directiva y ha de existir un nexo causal entre la violación de las obligaciones por parte del Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Lo que nos demuestra la práctica (SOMSEN) es que es infrecuente esta invocación por los particulares por varias razones: ausencia de interés económico directo y propio en la ejecución del Derecho ambiental comunitario, carácter de mínimos de la normativa de la Unión Europea, necesidad de exámenes científicos y técnicos detallados y costosos para determinar la infracción, problemas de legitimación de las asociaciones ecologistas.

En nuestro Derecho habría que considerar las posibilidades del recurso contra la inactividad de la Administración que introduce la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, L 29/98 de 13 de julio. En cuanto a la legitimación de las asociaciones ecologistas, se progresa hacia una mayor apertura del proceso a los intereses colectivos o difusos, cifrados en un interés objetivo en la defensa de la legalidad.

Antes de centrarnos en el Derecho derivado relativo a los espacios naturales protegidos, valdría la pena referirse, bien que brevemente, a la virtualidad de los principios comunitarios en la materia. Como vimos anteriormente los principios del Derecho comunitario ambiental son fundamentalmente el de acción preventiva, quien contamina paga, corrección en la fuente, integración en otras políticas a los que hay que añadir el principio de cautela y el de perseguir un nivel de protección elevado, aunque tenga el carácter de mínimo mejorable. Tales principios informan la normativa y la política comunitaria en materia ambiental.

El principio quien contamina paga lleva a que se acuñe el concepto de agente responsable de una contaminación, el cual sea persona física o jurídica, de Derecho público o de Derecho privado, debe pagar los gastos de las medidas necesarias para evitar la contaminación o para reducirla. Los instrumentos básicos para poner en práctica el principio son los estándares o normas y las exacciones económicas a quienes contaminan (tributos, cánones).

Los primeros son mandatos limitativos de la actividad contaminante de las empresas. Pueden ser normas de calidad ambiental, que establecen los niveles de contaminación que no deben superarse; normas de producto, sobre la composición o diseño de un producto; normas aplicables a instalaciones fijas que pueden a su vez ser de emisión (niveles límite de contaminantes que pueden emitir), de concepción (sobre la construcción de las instalaciones) y de explotación.

Por lo que hace a los cánones o exacciones económicas fiscales o parafiscales sobre la contaminación, pretenden incrementar el interés de quien lo paga para reducir la carga contaminante, subvenir a la corrección de ésta y corregir la tendencia a externalizar este tipo de costes.

El principio de acción preventiva parte de la consideración de que conviene prevenir el daño ecológico antes de su producción efectiva, pues a menudo la reparación posterior es imposible o muy costosa. Se parte de la técnica autorizatoria, cuyo otorgamiento es requisito previo para el lícito despegue de una actividad. Ejemplo claro sería también la técnica de la Evaluación de Impacto Ambiental.

El principio de cautela responde al hecho constatable de que a veces las consecuencias finales sobre el medio ambiente y la salud sólo se manifiestan a largo plazo por lo que las políticas de la comunidad han de atajar lo que razonablemente pueda presumirse que constituye un riesgo o incluso suscita dudas, hasta tanto sean despejadas.

Queda plantearse su virtualidad. Lo cierto es que no sólo informan la política y normativa de la UE en la materia, sino que son parte integrante del Derecho comunitario y se integran como otros principios (confianza legítima, proporcionalidad) en el acervo jurídico de los Estados miembros.

Si existe según el Tribunal de Luxemburgo una obligación de los tribunales nacionales de interpretar el Derecho interno conforme a las Directivas comunitarias, también dicha interpretación ha de adecuarse a los principios de aplicación. Correlativamente, el Tribunal de Justicia en alguna sentencia reciente admite que las propias Directivas sean enjuiciadas e interpretadas a la luz de los principios.

Pero incluso estimo que podría irse más allá. En un ordenamiento que a ratos parece inabarcable la utilización de los principios proporciona instrumentos útiles para afrontar los problemas.

II. LA CONFORMACIÓN DE LA RED EUROPEA NATURA 2000

Como señalamos, antes de incorporar la protección del medio ambiente al acervo jurídico comunitario, ya en 1974 la Comisión hacía recomendaciones a sus Estados miembros sobre la protección de las aves y sus hábitats. Algún tiempo después, se dictó la Directiva 79/409/CEE del Consejo de 2 de abril de 1979 relativa a la conservación de las aves silvestres.

En ésta se pretende que los Estados conserven, mantengan o restablezcan una diversidad y una superficie suficiente de hábitats para las aves incluidas en los anexos, a través de la creación de auténticos santuarios denominados zonas especiales de protección (ZEPAS). Al mismo tiempo obliga a los Estados a introducir un régimen general de protección de estas especies.

La STJCE de 18 de mayo de 2001 precisamente condena a Italia por permitir como excepción general y permanente la captura de tres especies de las protegidas por la Directiva, sin que baste una simple Circular administrativa recomendando una lectura de la norma acorde con dicha Directiva.

Surge la cuestión del modo en que se vinculan estas zonas especiales de protección con las distintas figuras de protección de espacios naturales de los Estados miembros. En principio coexisten, de manera que un mismo espacio puede ser al tiempo ZEPA y la figura correspondiente de Derecho interno. No solamente ésto, sino que los Estados suelen cumplir sus obligaciones respecto a las zonas especiales de protección precisamente a través de la figura interna que coincide espacialmente con aquella.

Ninguna objeción tiene la Comisión, con tal de que se respete el estándar exigible de protección que las ZEPAS demandan conforme a la normativa comunitaria. En este sentido, la STJCE de 18 de marzo de 1999 considera que Francia debió haber protegido como ZEPA una zona amplia del estuario del Sena, no siendo suficiente que se aplique a ese lugar una figura interna del Derecho francés, la zona importante para la conservación de las aves, que no implica el mismo régimen de protección de la Directiva ni la misma garantía de la supervivencia y reproducción de las aves.

Más ambiciosa en sus planteamientos resulta la Directiva 92/43/CEE del Consejo de 21 de mayo de 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestre, modificada por Directiva 97/62/CE del Consejo de 27 de octubre y por Directiva 2006/105/CE del Consejo de 20 de noviembre de 2006, transpuesta inicialmente por RD 1997/95 de 7 de diciembre, modificado a su vez por RD 1193/98 de 12 de junio.

Pretende establecer una red ecológica europea coherente de zonas especiales de conservación, denominada Natura 2000, que incluirá además a las ZEPAS, en un procedimiento que comprende cuatro etapas.

En palabras de la STJCE 11 septiembre de 2001, asunto C-71/99, Comisión c. Alemania, “En primer lugar, cada Estado miembro propone una lista de lugares con indicación de los tipos de hábitats naturales de los enumerados en el Anexo I y de las especies autóctonas de las enumeradas en el Anexo II de la Directiva que albergan tales hábitats (artículo 4, apartado 1). En segundo lugar,

tomando como base las listas de los Estados miembros y de común acuerdo con cada uno de ellos, la Comisión redactará un proyecto de las listas de lugares de importancia comunitaria (artículo 4, apartado 2, párrafos primero y segundo). En tercer lugar, la Comisión aprobará la lista de los lugares designados como de importancia comunitaria, según el procedimiento previsto en el artículo 21 de la Directiva (artículo 4, apartados 2, párrafo tercero y 3). En cuarto lugar, los Estados miembros designarán los lugares de importancia comunitaria como zonas especiales de conservación (ZEC)”.

Se aprecia frente al protagonismo de los Estados al decidir las ZEPAS, que aquí la Comisión se reserva un papel protagonista y posiblemente por dos razones. En primer lugar, porque la Red Natura 2000 ha de formar un todo coherente, de manera que es deseable que se conforme desde una perspectiva supraestatal. En segundo y menos confesable lugar, porque se teme que dejar la responsabilidad a los Estados conlleve que se caigan de la lista por razones no ambientales lugares que merecerían estar por sus valores naturales.

La STJCE 7 de noviembre de 2000 resuelve una cuestión prejudicial sobre la interpretación de un precepto de la Directiva hábitats. Se planteaba si al proponer la lista de lugares, el Estado debía ya evaluar las consideraciones económicas, sociales y culturales que pudieran modular o evitar la propuesta. El Tribunal rechaza esta autorestricción e indica que tales consideraciones las debe ponderar la autoridad comunitaria al elaborar la lista de lugares de interés comunitario, teniendo a la vista la panorámica global de la situación europea.

Entendemos que es perfectamente compatible con ese criterio del Tribunal el que por parte de las autoridades nacionales se haga acopio de información que se pueda elevar a la Comisión como elemento de juicio en la decisión final.

La sentencia antes citada de 11 de septiembre de 2001, frente a las alegaciones alemanas de que los Estados gozan de margen de discrecionalidad para elaborar su propuesta, les atribuye más modestamente cierta facultad de apreciación.

La sentencia de 20 de junio de 2007 recaída en el asunto C-235/04 condena al Reino de España por considerar que no ha clasificado como ZEPA territorio suficiente para ofrecer protección a todas las especies de aves del anexo I de la Directiva así como al resto de aves migratorias no incluidas en el mismo. Es revelador que niegue que pueda entenderse cumplida esta exigencia por hallarse protegidos estos espacios al amparo de la Directiva 92/43. Dice el Tribunal que no se puede eludir el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva 79/409 invocando el cumplimiento de medidas diferentes de las en ella previstas.

Con lo cual cabe concluir que las ZEPAS deben revestir un carácter autónomo y que aún podría darse el caso de que tuvieran que coincidir tres figuras de protección sobre un mismo territorio: Zona Especial de Conservación, ZEPA y la figura declarativa del Derecho estatal o del autonómico correspondiente.

Otra cuestión interesante en un primer momento fue la relativa al régimen aplicable a los lugares de importancia comunitaria que habiendo sido propuestos por una Comunidad Autónoma aún no hubieran sido aprobados por la Comisión. El régimen cautelar previsto comenzaba cuando figuraba en la Lista de Lugares de Importancia Comunitaria.

Ha de considerarse la sentencia de 13 de enero de 2005 del Tribunal de Luxemburgo que en la misma línea añade que, respecto a terrenos incluidos en las listas propuestas, antes de su aprobación por la Comisión, los Estados miembros están obligados a adoptar medidas de protección adecuadas para proteger el interés ecológico de dichos lugares.

De la sentencia resulta claro que no existiría una expresa previsión al respecto ni en la Directiva citada ni en el RD 1997/1995. Estaríamos por tanto ante una laguna que habría que colmar atendiendo a la regulación genérica de espacios naturales protegidos en nuestro ordenamiento y a la solución que de la misma se deriva para tutelar los valores naturales de un terreno antes de que se materialice la declaración de espacio natural protegido y la aplicación del correspondiente régimen de protección.

Pues bien, la cuestión la resuelven los artículos 7 y 24 de la L 4/89 de 27 de marzo de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres. El artículo 7 prohíbe que durante la tramitación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (como regla general, recordemos, anterior a la declaración del espacio natural protegido) la realización de actos que supongan transformación sensible de la realidad física y biológica y puedan llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la consecución de los objetivos de aquel.

Entendemos que dicho precepto sería aplicable por analogía al supuesto que nos ocupa por existir identidad de razón. La inclusión de un terreno en una propuesta de LIC, como la propia tramitación de un PORN, supone un paso en el proceso que culminará con la declaración de espacio natural protegido y la aplicación del correspondiente régimen de protección.

En cuanto al 24, también podría incardinarse en su supuesto de hecho el problema que nos ocupa. Las consecuencias previstas en el precepto se darían cuando de las informaciones obtenidas por la Administración competente resultara la existencia de una zona bien conservada, amenazada por un factor de perturbación que potencialmente pudiera alterar tal estado o cuando se dedujera la misma circunstancia con ocasión de la tramitación de un PORN.

En tales supuestos, se establecería un régimen de protección preventiva que puede incluso culminar en la aplicación de alguno de los regímenes de protección previstos previo cumplimiento de los trámites de audiencia, información pública y consulta a las Administraciones afectadas.

Se solventa esta laguna que, caso de no recibir respuesta, podía incluso poner en peligro la buena marcha del proceso y, ya en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y Biodiversidad, se dice con toda claridad en el último párrafo del artículo 42.2 que *desde el momento que se envíe al Ministerio de Medio Ambiente la lista de los espacios propuestos como Lugares de Importancia Comunitaria, para su traslado a la Comisión Europea, éstos pasarán a tener un régimen de protección preventiva que garantice que no exista una merma del estado de conservación de sus hábitat y especies hasta el momento de su declaración formal.*

Una vez aprobada la Lista comunitaria, cabe plantearse qué posibilidades tiene el Estado de cuestionar o discutir los lugares incluidos y cómo incidiría en los proyectos y obras en marcha. A estas cuestiones da respuesta la sentencia del Tribunal de 14 de enero de 2010 recaída en el asunto C-226/08, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por un tribunal alemán.

En cuanto a la primera cuestión se insiste en que un Estado miembro no puede denegar su conformidad para la inclusión de uno o más lugares en el proyecto de lista por motivos distintos de los relativos a la protección del medio ambiente.

En cuanto a obras en marcha, si continúan después de la inclusión del lugar en la lista de LIC, deben someterse a evaluación de sus repercusiones. Se refiere en particular a la realización de dragados periódicos y necesarios para mantener una determinada profundidad necesaria para que un canal siguiera siendo navegable. Sí admite que se trate como un único proyecto.

Resulta también interesante la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de marzo de 2010 recaída en el asunto C-241/08 que enfrenta a la Comisión y a la República Francesa. Concluye la sentencia que no caben dispensas generales de determinadas actividades de la necesidad de una adecuada evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente y que, por tanto, resultaba contrario a la Directiva establecer, como hacía la legislación francesa, que con carácter general la pesca y la caza que se practicara *en las condiciones y en los territorios autorizados por las leyes y los reglamentos en vigor no constituyen actividades perturbadoras ni tienen tales efectos.*

En definitiva, el Tribunal de Justicia se decanta con claridad por una interpretación exigente de las obligaciones derivadas de las Directivas para los Estados miembros, reaccionando frente a los intentos de éstos de menoscabar o relativizar dicha protección.

En cualquier caso, la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2006 por la que se adopta de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo la lista de lugares de importancia de la región biogeográfica mediterránea constituye el cierre de otra etapa y abre paso a la necesaria declaración por parte de las autoridades nacionales competentes, en nuestro caso las Comunidades Autónomas.