

DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por **Eduardo Caruz Arcos**

Becario de Investigación. Departamento Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN -II. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: la permanente búsqueda de un concepto. -III. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: 1. La determinación del ámbito del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental: conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad instrumental técnico-jurídica. 2.El contenido del Estudio de Impacto Ambiental: la universalidad de las nociones de "impacto" y "medio ambiente" en la legislación sobre Evaluación de Impacto. 3. El condicionado ambiental de la Declaración de Impacto. 4. La resolución de divergencias entre la Autoridad sustantiva y ambiental: el acto definitivo de resolución de discrepancias. -IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El ejercicio de potestades discrecionales por la Administración se ha consolidado como un tema recurrente en la bibliografía administrativa (1). Numerosas publicaciones se han dedicado a su estudio, que abarca un amplio abanico de cuestiones, de las cuáles la más atractiva, sin género de dudas, ha sido, es y será la posibilidad y alcance de su control jurisdiccional; controversia en la que se manifiestan concepciones bien distintas de la propia Administración y la organización del Estado.

La discrecionalidad administrativa es un tema clásico, o mejor, "neoclásico, visto el resurgimiento que ofrece en la actualidad" (2), acaso, en buena parte, porque es un tema de siempre, un problema "sobre el que la polémica parece no agotarse" (3) presente estudio pretende realizar una modesta contribución a este debate, a través de un análisis sectorial de la virtualidad del control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa en el ámbito del Derecho ambiental, y en concreto, de una de sus principales (4), y ya consolidada, técnica jurídica: la evaluación de impacto ambiental (5).

Proponemos un análisis individualizado del control judicial del ejercicio de las potestades administrativas discrecionales, en el contorno delimitado de esta institución de protección ambiental, caracterizada por MARTÍN MATEO, "como un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales de una prevista decisión de Derecho público"(6)

La consecución de nuestros objetivos se enfrenta con dos graves obstáculos. En primer lugar, la necesidad de resumir o sintetizar, en la medida de lo posible, el status quaestionis solito en torno al control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa. A tal efecto, tomaremos como referente y guía las conclusiones de una excelente monografía de la profesora DESDENTADO DAROCA (7) que complementaremos con otras tesis y posicionamientos no necesariamente coincidentes. En segundo lugar, resulta imprescindible un examen detenido de la técnica evaluadora, a partir del cuál, y desde la consideración de sus principios inspiradores, sujetos intervinientes y ámbito de aplicación, determinar la existencia y diferentes grados de intensidad de la discrecionalidad administrativa en las diversas fases del procedimiento de evaluación de impacto ambiental (en adelante EIA). Identificadas, a estos exclusivos efectos, hasta cuatro fases o momentos distintos en el procedimiento de EIA, un análisis jurisprudencial ilustrará las posibilidades efectivas (8) de las diversas teorías erigidas por la doctrina para reducir la discrecionalidad administrativa, a la hora de introducir la racionalidad ambiental en el proceso de toma de decisiones con repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

II. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y DISCRECIONALIDAD TÉCNICA: la permanente búsqueda de un concepto.

Ya en la introducción dimos cuenta de la importancia que tiene la noción de discrecionalidad para la definición de la Administración pública y el Derecho administrativo. No obstante, la discrecionalidad es una de esas instituciones o supraconceptos jurídicos que, pese a su trascendencia y habitual operatividad, carece de un concepto pacífico en la doctrina (9); circunstancia especialmente señalada en el ámbito de la discrecionalidad administrativa o ejercicio de

potestades discrecionales por la Administración, uno de los especímenes más característicos. Es frecuente identificar, desde una perspectiva material que atiende a la función o tipo de actividad, el ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, en oposición a la discrecionalidad propia del legislador y del poder judicial. En realidad como ha denunciado la profesora DESDENTADO DAROCA (10), "entre la discrecionalidad política del legislador y la discrecionalidad jurídica de los tribunales, la discrecionalidad característica de la Administración se sitúa en una posición intermedia, ..., y por ello según la ocasión estará más cerca de la una o de la otra". No en vano, en la discrecionalidad administrativa existe una mezcla de juicio y voluntad, en una proporción variable, dependiendo, en cada caso, del ámbito de actividad en que opere la Administración.

Avanzando en el discurso, lo esencial es analizar las características de la potestad que la norma habilitante reconoce a la Administración en cada supuesto. De forma tal, que la habilitación discrecional oscilará desde una discrecionalidad de tipo político o fuerte, propia del legislador, que confiere a la Administración un poder de decisión consistente en la elección entre diferentes alternativas válidas; y aquellos otros supuestos en los que el margen de apreciación surge como consecuencia de indeterminaciones, vaguedades u otro tipo de imperfecciones de la regulación jurídica. En el primer supuesto, el poder de elección es atribuido intencionalmente por el ordenamiento jurídico; en el segundo no, constituyendo la discrecionalidad una consecuencia no querida, y derivada de la propia estructura de la norma habilitante.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto, la discrecionalidad administrativa puede presentarse de dos formas diversas, que DESDENTADO DAROCA (11), denomina como "discrecionalidad instrumental" y "discrecionalidad fuerte". La primera se aproxima a la discrecionalidad judicial o jurídica, y se caracteriza porque el ordenamiento no atribuye a su titular un ámbito de decisión propio y característico, siendo éste consecuencia de la correcta aplicación e interpretación de las normas. Una discrecionalidad instrumental, no final, que podrá ser revisada por la jurisdicción, competente en última instancia, respecto de la interpretación y aplicación de las normas al caso concreto. Por el contrario, en el ámbito de la discrecionalidad fuerte, la Administración sí ejerce un ámbito de decisión propio y final, atribuido deliberadamente por el ordenamiento jurídico.

Desde esta apoyatura conceptual, daremos un paso más en nuestra investigación, acercándonos a otra noción igualmente polémica y característica del obrar de las Administraciones públicas: la noción de discrecionalidad técnica. Uno de los rasgos característicos de la actual legislación reguladora de la actividad administrativa es su creciente tecnificación, y concretamente la remisión a conceptos, reglas y acciones que han de desarrollarse conforme a conocimientos especializados, ajenos tanto al saber jurídico como a la experiencia común del hombre medio. La explicación de este fenómeno, característico del Derecho administrativo finisecular, deriva de las funciones que hoy día se arroga el Estado en ordenamientos constitucionales como el español. Como afirma PELAGATTI(12), "aparece evidente el nexo entre el intervencionismo de los poderes públicos sobre las estructuras socio-económicas y la tecnificación de las actividades administrativas: la asunción por parte de la autoridad, de tareas de indirizzo y de control de las actividades económicas (y de regulación de las relaciones sociales que inescindiblemente se conectan con ellas) provoca la inserción en los instrumentos regulativos mismos de aquellas actividades, de reglas científicas cuyo destinatario e intérprete es la Administración". Estas reflexiones son extensibles al ámbito regulativo ambiental donde la multidisciplinariedad y el auxilio del técnico desempeñan un papel decisivo(13). El hombre medio y el jurista carecen per se de conocimientos suficientes para la interpretación y aplicación de muchas disposiciones ambientales, que sistemática y reiteradamente se apoyan en nociones y criterios técnicos, como la misma noción de medio ambiente, o la de repercusiones importantes sobre el mismo (Artículos 1 y 2.1 de la Directiva 85/337/CEE relativa a la Evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el ambiente, DOCE nº L 175, de 5 de agosto de 1985, en adelante Directiva). Esta circunstancia justifica el renovado interés por el tema de las valoraciones y apreciaciones técnicas realizadas por la Administración y la preocupación existente en torno a la posibilidad de lograr una adecuada tutela de los particulares que puedan verse afectados por este tipo de actividad administrativa.

La discrecionalidad técnica(14) es un concepto equívoco y muy controvertido, circunstancias que aconsejan prescindir del problema conceptual que plantea, para concentrarnos en una cuestión, a nuestros efectos, mucho más importante y decisiva: cuando la Administración tiene, en el ejercicio de una potestad administrativa, un margen de apreciación para la realización de apreciaciones y juicios técnicos, ¿ejerce o no una potestad discrecional?.

Una aproximación adecuada al interrogante planteado aconseja discriminar, siguiendo la propuesta de la profesora DESDENTADO DAROCA, los supuestos más relevantes o "paradigmáticos" en los que tienen especial relevancia los criterios técnicos. A tal efecto, podemos realizar una triple clasificación: en primer lugar, aquellos supuestos donde las valoraciones y juicios técnicos permiten la integración de conceptos jurídicos indeterminados empleados por la norma o normas jurídicas habilitantes. Un segundo supuesto, donde la decisión administrativa constituye una elección realizada sobre las precisadas apreciaciones o valoraciones técnicas; y, en tercer lugar, aquellos casos donde la elección administrativa se lleva a cabo sobre hipótesis científicas que no han podido ser objeto de corroboración.

En el primer caso, nos encontramos muy próximos a la citada discrecionalidad jurídica o instrumental, donde el margen de apreciación administrativo es circunstancial y motivado por la propia estructura del enunciado normativo. En estos supuestos "la norma no ha atribuido a la Administración la posibilidad de elegir con carácter concluyente conforme a su juicio y voluntad, sino que la elección es necesaria como consecuencia de la propia naturaleza de las normas técnicas". En consecuencia, los juicios técnicos que realiza la Administración para la integración de los conceptos jurídicos de la norma habilitante no son más que operaciones jurídicas, pues, en definitiva, consisten en la interpretación y aplicación de una norma(15). La dificultad y necesaria colaboración del técnico en esta actividad jurídica dará lugar a la aparición de una discrecionalidad instrumental, no fuerte, que DESDENTADO DAROCA(16) denomina "discrecionalidad instrumental jurídico-técnica". En el ámbito de la EIA, cómo posteriormente precisaremos, esta discrecionalidad instrumental jurídico-técnica opera en la determinación del ámbito objetivo de aplicación de la

técnica evaluadora y en la concreción de las decisivas nociones de "impacto" y " medio ambiente".

La segunda de las hipótesis enunciadas, es decir, la realización de elecciones desde criterios y apreciaciones técnicas, sí constituye un ejemplo de discrecionalidad fuerte o política, donde el ordenamiento confiere a la Administración, dentro de los parámetros legales y constitucionales, un margen propio y final de apreciación. La elección de la Administración es querida por el legislador, que delega en sus apreciaciones técnicas, sin que la Administración pueda rebasar los marcos legales de la habilitación discrecional. También este tipo de discrecionalidad fuerte tiene operatividad en el marco de la evaluación de impacto ambiental, tanto en la aprobación del condicionado ambiental de la Declaración de Impacto, como en la resolución de discrepancias entre autoridad ambiental y sustantiva por el órgano colegiado de gobierno (terminación especial del procedimiento).

En tercer lugar, y como una nueva manifestación de la discrecionalidad fuerte, aparecen los supuestos en los que la declaración de impacto se realiza desde hipótesis científicas que no han podido ser objeto de corroboración; ya sea por tratarse de pronósticos o valoraciones en prospectiva, porque la propia actividad no sea susceptible de corroboración empírica o dicha constatación no se haya logrado todavía.

La clasificación propuesta discrimina de forma brillante las diferentes circunstancias en que la Administración puede encontrarse a la hora de realizar apreciaciones o juicios técnicos, permitiendo establecer grados o niveles de intensidad en el margen de apreciación de que goza la Administración en el ejercicio de sus potestades. De este esquema nos serviremos en las páginas que siguen para examinar el ejercicio por la autoridad ambiental de la potestad de evaluación conforme, en el derecho estatal, al Real Decreto Legislativo 1305/1986 (en adelante LEIA) y el reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1.131/1988, de 30 de septiembre(17) (en adelante REIA). Un procedimiento complejo y participativo en el que las apreciaciones y juicios técnicos se desarrollan en diferentes momentos y con diferentes grados de intensidad.

III. DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.

La Declaración de Impacto Ambiental ha sido frecuentemente caracterizada como un ejemplo del ejercicio de potestades discrecionales de contenido técnico. Al respecto de su impugnabilidad MARTÍN MATEO(18) afirmó que sería ciertamente difícil conseguir la anulación, en virtud de criterios estrictamente ambientales, "de un acto como éste para cuya adopción los órganos administrativos intervinientes disponen de un amplio margen de apreciación".

También ROSA MORENO(19) adiciona a la potestad de evaluación el calificativo de discrecional y técnica, justificando su condición de tal y exponiendo las principales técnicas de control reconocidas en la jurisprudencia (hechos determinantes, teoría del balance, principios generales del derecho, etc.). Pero al margen de estas consideraciones generales, constatamos la falta de un análisis pormenorizado de la diferente intensidad del margen de apreciación con que cuentan las Administraciones públicas implicadas en los procedimientos de EIA; análisis determinante de las posibilidades y alcance de su control jurisdiccional.

En el apartado que ahora se inicia realizaremos un examen detallado del control jurisdiccional del ejercicio de la discrecionalidad técnica en cada una de las fases del procedimiento de EIA. Discriminaremos desde esta perspectiva cuatro momentos en el iter evaluador: en primer lugar, y con carácter previo, la determinación del ámbito objetivo de aplicación de esta técnica; en segundo lugar, se abordará el contenido del Estudio de Impacto, precisando el alcance de las vertebradoras nociones de medio ambiente e impacto ambiental; en tercer lugar, analizaremos el contenido del condicionado ambiental de la Declaración de Impacto; para concluir, con una relexión sobre la naturaleza jurídica de la resolución del órgano superior de gobierno, en casos de discrepancia entre la autoridad ambiental y sustantiva.

III.1 La determinación del ámbito material del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad instrumental técnico-jurídica.

La determinación de cuáles sean las actividades sujetas a evaluación de impacto ambiental es una de las cuestiones más controvertidas en relación con esta técnica preventiva. Como certeramente expone ROSA MORENO(20), se pueden distinguir hasta tres sistemas de delimitación material del ámbito de aplicación: los que adoptan criterios positivos de sujeción; los que utilizan la técnica de la lista de proyectos o anexos, y finalmente, la técnica del estudio de impacto sistemático(21). La Directiva 85/337/CEE del Consejo de 27 de junio de 1985, de la que trae causa nuestro derecho nacional, es bastante ambigua y críptica al respecto. En principio, conforme a los dos primeros artículos parece que sólo deberán someterse a evaluación previa aquellos "proyectos públicos y privados que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización"; es decir, adopta un criterio positivo de sujeción. No obstante, la articulación de este criterio positivo se realiza a través de un doble listado o anexo, Artículo 4º, incluyendo en el primero, aquellas actividades que el propio legislador comunitario considera que per se pueden tener importantes repercusiones sobre el medio (Anexo I, de carácter vinculante o preceptivo), y aquellas otras, que sólo lo serán a criterio de los Estados, pero siempre desde la perspectiva del criterio sustantivo enunciado (Anexo II, incorrectamente calificado como " facultativo" u " opcional" (22)).

La trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 85/337/CEE ha sido poco ambiciosa, en una tendencia que consiste, simplemente, en reproducir un derecho comunitario de mínimos, ajena a principios y objetivos informadores. El legislador estatal con la aprobación del Real Decreto Legislativo 1302/1986 adopta un sistema de listado puro, en cuya virtud, Artículo 1º, sólo se someterán a evaluación los proyectos comprendidos en el Anexo de la norma; sin referencia alguna al principio de "repercusión importante" y sin fijación de criterios o parámetros ecológicos, como la ubicación, naturaleza y dimensión de la actividad o proyecto(23).

Desde una perspectiva teórica, el criterio positivo de sujeción, sistema adoptado por la directiva comunitaria, suscita importantes interrogantes, como la adopción de los criterios, la dificultad de su apreciación y consiguiente litigiosidad;

aunque desde la perspectiva material sea el más acorde con los principios y directrices de la política ambiental. Por el contrario, el sistema de lista, que puede recibir desde el plano teórico "todos los reproches", ofrece desde una vertiente práctica una mejor operatividad, y mayor seguridad jurídica, aunque, parafraseando a ROSA MORENO(24), "en relación a esta seguridad es necesario poner de manifiesto que su plena presencia dependerá de los concretos parámetros que se articulen a la hora de confeccionar el inventario de actividades sujetas".

El Anexo de la LEIA emplea conceptos sumamente indeterminados para definir las obras, actividades e instalaciones sujetas a EIA, tales como "grandes presas", "instalaciones químicas integradas" o "riesgos graves de transformaciones ecológicas negativas". Esta circunstancia según PAREJO ALFONSO(25) "hace inseguros, en tales casos, los límites del ámbito de aplicación del régimen legal de evaluación y hace surgir el problema de la legalidad de la concreción reglamentaria cuando ésta es restrictiva". Indudablemente, la indeterminación de los conceptos empleados en el Anexo aconsejaban una especificación vía reglamentaria, prevista con carácter general en la D.F. II de la LEIA(26). De hecho, uno de los principales objetivos del REIA fue colmar estas deficiencias, a lo que destinó el segundo de sus anexos, bajo la rúbrica de "Especificaciones relativas a las obras, instalaciones o actividades comprendidas en el anexo del Real Decreto Legislativo 1.302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental". Esta colaboración reglamentaria suscita dos importantes reflexiones: ¿qué tipo de reglamentos y con qué límites legales han de precisar los contornos materiales de la evaluación de impacto ambiental?; ¿hay discrecionalidad en la decisión administrativa que, respecto de una concreta actividad, determina o no su inclusión en el ámbito material de la legislación de evaluación ambiental?.

En relación con la primera de las cuestiones, resulta incontrovertido que el Reglamento que precisa y especifica los contornos del ámbito legal de aplicación ha de ser un reglamento ejecutivo; cuyos fines, según doctrina del Consejo de Estado, son proporcionar una regulación completa, de fácil manejo y clara(27). Más difícil resulta determinar los límites legales de la colaboración reglamentaria. En primer lugar, podemos plantearnos si la previa indeterminación legal concede al reglamento la posibilidad de suministrar perfiles más o menos generosos, por lo que en la medida en que se otorguen definiciones ambiciosas, se estará, dentro de la concreta actividad, ampliando los supuestos de hecho que van a requerir evaluación de impacto. Esta posibilidad encuentra dos impedimentos; en primer término, el carácter excepcional de la sujeción de una actividad a evaluación de impacto(28), pues como afirma ROSA MORENO "se deberá obrar con ella a la hora de realizar cualquier labor de interpretación de la lista de sujeción". Por otro lado, conforme al Dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1989, el reglamento ejecutivo no puede "constreñir o extender el alcance de la ley", ni atribuirse "el carácter de intérprete" de la misma. Iguales argumentaciones podemos reproducir respecto a la posibilidad de reducción de los supuestos de hecho establecidos en la disposición legal, que asimismo, chocarían con alguno de los principios rectores de la técnica de evaluación, especialmente el principio de racionalidad y acción preventiva.

En segundo lugar, no cabe duda del carácter exhaustivo del listado del Anexo de la LEIA, que carece de cláusulas abiertas que, facultando al Ejecutivo a condicionar actividades sujetas a impacto, otorgue a su ámbito de aplicación, o más precisamente al sistema de lista utilizado, un carácter no absoluto(29). Por tanto, no hay deslegalización del ámbito material de la EIA, que permita a la norma reglamentaria ampliar los supuestos sujetos a evaluación.

En tercer lugar, debemos reflexionar sobre la virtualidad del control y reducción de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria, que pueden operar como otros tantos límites sustantivos al ejercicio de la misma. No obstante, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "debe advertirse, sin embargo, que el manejo de estas técnicas tropieza en este caso con una dificultad inexistente cuando se trata de actos administrativos, y ello porque la ley no exige expresamente motivar las normas reglamentarias". Como analizaremos posteriormente, la motivación permite y habilita el control de la decisión administrativa en que se materializa el ejercicio de la potestad discrecional; no en vano, la motivación de las decisiones discrecionales constituye una pareja indisoluble de la arbitrariedad, como el "anverso y el reverso de una misma medalla", pues, "una y otra se remiten recíprocamente(30). Para superar este inconveniente se ha propuesto atender al Preámbulo o Exposición de Motivos de la norma en cuestión que, al menos en sede de principios, pueden suministrar alguna luz sobre lo que pudieramos denominar la *ocasio legis*.

La Sentencia de 29 de marzo de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Ponente: J. Barcelona Llop, Ar. 709) constituye un excelente ejemplo de control jurisdiccional de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria. La controversia de la litis se concentra en la interpretación del punto 12 del Anexo 2 del REIA, dentro del contexto normativo en el que se ubica, en cuya virtud estarán sujetas a EIA la "Extracción a cielo abierto de hulla, lignito u otros minerales". La correcta exégesis de esta cláusula requiere para la Sala una interpretación integradora de las disposiciones de las que trae causa el precepto reglamentario controvertido, Anexo II y artículo 4.2 de la Directiva y punto 12 del Anexo y artículo 1 de la LEIA. En su virtud, "el ordenamiento comunitario hace descansar sobre los Estados miembros la decisión acerca de la sumisión a evaluación de impacto ambiental de las explotaciones mineras, de todas ellas o de algunas, en función en este último caso, de las características o condiciones que el Estado miembro determine". (F.D. Segundo). La trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva por el Real Decreto Legislativo 1302/1986 sometió a EIA la extracción a cielo abierto de hulla, lignito u otros minerales, "sin mayores precisiones, sin ninguna especificación adicional", tal y como se desprende del Preámbulo o Exposición de Motivos que la Sala transcribe, y que califica, siguiendo la doctrina anteriormente precitada, como "muy reveladoras", de la intención de nuestro legislador de trasponer el ámbito material de la EIA en una norma con rango de ley. En consecuencia, "ello tiene como efecto la congelación del rango normativo de la materia, tanto en lo que concierne a las cuestiones procedimentales como a las obras, proyectos y actividades que el Anexo del Real Decreto Legislativo 1302/1986 enumera, elenco que no puede ser modificado por un texto de rango inferior al legal" (el subrayado es nuestro).

La interpretación rigurosa y estricta de la colaboración reglamentaria en orden a precisar el ámbito material de aplicación de la técnica evaluadora se sustenta en un principio jurídico elemental e indiscutible, que no podemos sino

compartir, in claris non fit interpretatio, donde la norma legal no distingue, no puede hacerlo el reglamento: "no puede una norma reglamentaria, subordinada a la ley, establecer distingos y requisitos que la norma con rango de ley no ha querido introducir". De ahí que, continua la Sentencia en su Fundamento sexto, "teniendo a la vista la prohibición de aplicación de los reglamentos contrarios a la ley que sanciona el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concluyamos afirmando que la explotación pretendida por "Tracman, S.L." está, en atención a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, sometida a previa evaluación de impacto ambiental, sin que sea necesario que nos interroguemos acerca del sentido o significado de una previsión reglamentaria contradictoria con el tenor, claro y evidente, de la norma con rango de ley".(31)

No siempre nuestros órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo son tan claros y exigentes al respecto de la colaboración reglamentaria en la determinación de las actividades sujetas a EIA. El Tribunal Supremo tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en la Sentencia de 13 de enero de 1998, (Ponente: R. Enríquez Sancho, Ar: 231) que enjuiciaba una de las expresiones más indeterminadas contenidas en el Anexo II del Reglamento, nos referimos a la cláusula "instalaciones químicas integradas". Nuestro Alto Tribunal, confirmando la postura sostenida en primera instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, admite la especificación que de la mencionada expresión realiza el Reglamento, y en cuya virtud, incluye, como instalación química integrada las fábricas de pinturas, confirmando la nulidad de actuaciones en el expediente autorizador, tramitado sin el preceptivo Estudio de Impacto Ambiental. Para los recurrentes la definición de estas actividades contenida en el punto 6 del Anexo del REIA incurre en una extralimitación, en la medida en que la disposición legal de la que trae causa se debe interpretar conforme a la Directiva 85/337/CEE, que incluye en su Anexo II, a las "fábricas de pinturas y barnices", diferenciadas de las instalaciones químicas integradas, contenidas en el primer Anexo. Por el contrario la entidad recurrente, en un posicionamiento que hace suyo el TS, interpreta la inclusión de dichas actividades en el Anexo II del REIA como una norma más severa de las previstas en el Artículo 13 de la Directiva, afirmando: "si el contraste con la Directiva puede servir para la interpretación del RD Legislativo 1302/1985 en cuanto a los supuestos en que necesariamente ha de exigirse la evaluación de impacto ambiental, ello es menos relevante en los casos, como el presente, en los que la necesidad de esa evaluación no responde a una disposición comunitaria". Quizás los recurrentes equivocaron el parámetro de contraste del reglamento, que no debió ser la Directiva, en ningún caso infringida, sino el RD Legislativo 1302/1985; en suma, era una cuestión de estricta legalidad, de relaciones Ley-Reglamento la que latía en las dos interpretaciones contrapuestas de la cláusula reglamentaria que especifica el concepto, sumamente indeterminado, de "instalaciones químicas integradas".

La Sentencia de 12 de mayo de 1999 de la sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Ponente: Barcelona Llop, Ar. 1504) constituye un nuevo ejemplo de un posicionamiento jurisprudencial riguroso a la hora de interpretar el alcance de las expresiones contenidas en los anexos de las normas sobre EIA. En el supuesto de autos se discute la interpretación de una cláusula contenida en el Anexo II del Decreto 50/1991, de 29 de abril, de Evaluación de Impacto Ambiental de Cantabria, que somete a " Estimación de Impacto Ambiental "los "Planes Generales Municipales de Ordenación Urbana y Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento, así como modificaciones y revisiones que afecten a suelos no urbanizables o supongan alteración o implantación de uso global industrial en suelo urbanizable". La entidad recurrente, una asociación ecologista, denuncia la errónea interpretación que la Comisión Regional de Urbanismo hace del precepto, al permitir la aprobación definitiva de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del Municipio de Cillorigo de Liebana, sin realizar Estimación de Impacto Ambiental. Para la Sala, la obligatoriedad de la Estimación de Impacto es inequívoca para todo supuesto de nueva elaboración de Planes Generales o Normas Subsidiarias, como ocurre en el caso de autos, en aplicación literal del primer enunciado. Sin embargo, las modificaciones o revisiones(32) de estos instrumentos de planeamiento sólo se sujetaran a Estimación ambiental cuando se afecten suelos no urbanizables o supongan alteración o implantación de uso global industrial en suelo urbanizable, segunda parte del precepto.

Por otra parte, los litigios suscitados en torno a la concreta subsunción de determinadas actividades en los proyectos enumerados en los Anexos de la normativa de EIA(33) son muy numerosos. También es estos casos se impone una tendencia jurisprudencial exigente a la hora de excluir ciertas actividades del control preventivo que implica la evaluación ambiental. Un caso paradigmático al respecto se encuentra en la Sentencia de 6 de mayo de 1998, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Ponente: Acevedo y Campos, Ar: 2391). Un particular expropiado impugna el Decreto autonómico que declaró la urgente ocupación de sus bienes y derechos afectados en el expediente de obra pública, financiado por la Comunidad Autónoma canaria, alegando entre otras irregularidades, la ausencia de Declaración de Impacto Ambiental exigida por la Ley canaria 11/1990, de 13 de julio de prevención del Impacto Ecológico. La cuestión controvertida radicaba en la calificación como suelo urbano de la finca, excepción prevista en la norma para los proyectos de obras financiados con fondos de la Hacienda pública canaria, Artículo 5º. Este extremo ya se contempló por el decreto impugnado que declaró expresamente que no era necesaria la Evaluación Básica de Impacto Ecológico, por tratarse de obra incluida en terrenos clasificados de suelo urbano por el planeamiento, "aserto que no tuvo otro apoyo que un informe del Director General de Aguas". Lo cierto es, como quedo acreditado en el proceso, que esta autoridad no tenía competencia para efectuar clasificaciones urbanísticas del suelo y que a la vista de los informes emitidos por la Oficina técnica del Ayuntamiento, se demostró, con el inequívoco sustento de las Normas Subsidiarias de Planeamiento, que los terrenos afectados por la expropiación estaban clasificados como "no urbanizables" (rústicos) en dicho planeamiento. En consecuencia, verificado este extremo la Sala estima el recurso y anula el acto impugnado, en aplicación del Artículo 18 de la Ley canaria 11/1990, de 13 de julio.

En relación con el segundo de los interrogantes planteados referido ya a la posible discrecionalidad de los decisiones administrativas que se dicten en aplicación de las normas jurídicas definidoras del ámbito material de aplicación; estimamos que constituye un supuesto paradigmático de discrecionalidad instrumental técnico-jurídica. Es decir, que

el margen de apreciación de que dispone la Administración es consecuencia de la indeterminación de los conceptos jurídicos empleados por las normas habilitadoras, circunstancia que puede producirse aún a pesar de la especificación técnica del Anexo segundo del Reglamento(34). En consecuencia, la posibilidad de elección de que dispone la Administración para someter un proyecto público, o exigir Estudio de Impacto respecto de una iniciativa privada, es necesaria como consecuencia de la propia naturaleza de las normas técnicas, no porque la norma haya otorgado esa posibilidad de elección a la Administración con carácter concluyente y final. Circunstancia ésta decisiva a la hora de considerar la posibilidad de revisión de la decisión administrativa por los órganos jurisdiccionales, pues el ordenamiento ha pretendido regular su actividad (en este caso precisando que actividades han o no de someterse a evaluación) y someterla a las pautas establecidas en la propia norma; cuya interpretación y aplicación final no le corresponde a ella, sino a los órganos judiciales, a través, entre otros medios, de la prueba pericial. En suma, la discrecionalidad de la Administración a estos efectos es consecuencia de la dificultad de identificar de manera cierta una única respuesta verdadera. Así la apreciación de las circunstancias que permitan calificar a una obra como importante para la seguridad pública, o la excepcionalidad de los cimientos de la presa, Anexo II 10. in fine, será en todo caso, una apreciación o valoración técnica que la Administración realizará desde parámetros técnicos y que deberá motivar suficientemente. Pero la existencia de esta discrecionalidad instrumental, en modo alguno, ha de llevarnos a la conclusión de que la Administración dispone, en estos casos, de una discrecionalidad fuerte; correspondiendo la decisión final a los tribunales, que pueden anular y sustituir la integración del concepto llevada a cabo por la Administración, también desde parámetros y apreciaciones técnicas(35).

III.2 El contenido del Estudio de Impacto Ambiental: la universalidad de las nociones de "impacto" y "medio ambiente" en la legislación sobre evaluación de impacto ambiental.

El Estudio de Impacto Ambiental(36) constituirá, sin perjuicio de otras informaciones que recave la autoridad ambiental(37), el principal elemento de juicio que permita a la Administración pronunciarse sobre la racionalidad ambiental del proyecto de actividad sujeto a evaluación. Su incuestionable importancia exige la consideración de dos circunstancias determinantes en su formulación: en primer término, que pese a la exhaustividad del Reglamento en la definición de su objeto y contenido(38), es un documento técnico que elabora el titular del proyecto, con un margen muy amplio de apreciación; y, en segundo lugar, que el Estudio debe necesariamente incluir alternativas, realizar una justificación comparada(39).

El titular del proyecto es en principio libre para elegir los medios y técnicas para evaluar los efectos ambientales del proyecto, pues no existe un formato específico de Estudio. No obstante, en el derecho español, el Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EsIA) deberá necesariamente examinar las alternativas técnicamente viables, justificando la solución propuesta (Artículo 8º REIA). Esta expresa exigencia de alternativas, y de motivación in alunde de la solución escogida parecen, en principio, proporcionar un margen amplísimo de apreciación al autor del Estudio, máxime si consideramos la extensión e indeterminación de los contenidos. No obstante, también en este caso, estimamos que el ordenamiento no reconoce un margen de apreciación propio, exclusivo y final al titular del proyecto y a su destinatario (autoridad ambiental). Por el contrario, la indeterminación es, una vez más, una consecuencia no querida, pero necesaria, atendiendo a la redacción normativa y la necesaria adecuación a las peculiares circunstancias de cada caso concreto. Por consiguiente, la redacción del Estudio por la propia Administración, y lo más importante, su consideración por la autoridad ambiental, en todo caso, constituye un nuevo ejemplo de discrecionalidad instrumental, de tipo técnica, cuyo ejercicio debe realizarse desde los principios jurídicos que la informan: proporcionalidad, universalidad y rigurosidad(40). El ordenamiento no habilita al promotor primero, y a la Administración ambiental posteriormente, para que valoren libremente los posibles efectos ambientales del proyecto; sino para que, empleando los medios técnicos adecuados, determinen cuáles son esas consecuencias, que posteriormente serán tenidas en consideración para la elaboración de la Declaración de Impacto. Ni unos ni otros son libres para determinar esas repercusiones, aunque la apreciación de las mismas no pueda ser exacta, y, admita márgenes de apreciación, desde la perspectiva de la técnica.

Las autoridades ambientales y los órganos jurisdiccionales se han mostrado rigurosos a la hora de fiscalizar el contenido necesario y mínimo de los Estudios de Impacto Ambiental. Una Sentencia reciente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, de 21 de mayo de 1999 (Ar: 1254) es significativa al respecto. Un municipio canario entendió aprobado por silencio positivo un Plan Parcial en cuya tramitación surgieron discrepancias con la autoridad ambiental a resultas del contenido del Estudio. El órgano jurisdiccional constata en el expediente administrativo que el Viceconsejero de Medio Ambiente dirige oficio al Alcalde exigiéndole que cumplimente el Estudio de Impacto presentado, por carecer de contenidos necesarios, como el programa de vigilancia ambiental, no valorar económicamente las medidas correctoras, y porque las alternativas al proyecto no estaban suficientemente desarrolladas. Al parecer del órgano ambiental, y entiendo que de la Sala, esas deficiencias constituían "una falta de contenido mínimo cuantitativo y cualitativo". Por todo lo cual, la Declaración de Impacto, y posteriormente, la aprobación definitiva del Plan Parcial no pudieron obtenerse por silencio positivo, en la medida en que el Ayuntamiento nunca subsanó estos defectos, completando la documentación; circunstancia que interrumpió el cómputo de los plazos conforme al Artículo 29.3 de la Ley canaria 11/1990, de 13 de julio. Otro riguroso análisis del EsIA se contiene en el Fundamento de Derecho sexto de la Sentencia de 16 de diciembre de 1997, de la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña (Ar. 2682). Para el órgano jurisdiccional "la cuestión central se reconduce a la valoración que, objetivamente, debe merecer el EsIA aportado por la recurrente para fundar el informe desfavorable emitido" (el subrayado es nuestro). El supuesto es singular en la medida que la autoridad ambiental emite una Declaración negativa respecto del proyecto de actividad, en consideración de los "tres impactos críticos y veintitrés severos" detectados en el Estudio; resultados que la entidad demandante discute, consiguiendo, a través de una rigurosa prueba pericial, demostrar su incorrección. En síntesis, el demandante logra, a través de la prueba pericial

practicada por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Cataluña, constatar "la inconsistencia técnica del EsIA, que la denegación del proyecto por la autoridad ambiental se basa en razones diferentes a las especificadas en la normativa aplicable, en concreto en consideraciones políticas relativas al emplazamiento, y que la Declaración de Impacto Ambiental negativa no contiene argumentación cualitativa alguna desde el punto de vista técnico que conduzca a un informe desfavorable salvo la oposición de la población y la selección no optimizada del emplazamiento(41)".

Con razonamientos jurídicos de esta consistencia se nos antojan ridículas las tópicas afirmaciones relativas a la imposibilidad del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica, y el carácter irrevisable de un pretendido núcleo duro de la decisión administrativa. La prueba pericial se erige en instrumento decisivo que permite al órgano jurisdiccional, siempre sobre criterios objetivos y científicos, valorar la decisión administrativa, calificada en este caso junto al EsIA como "incorrecta, al contener un conjunto de elementos que no se corresponden con el estudio científico y técnico que la normativa exige, omitiendo especificaciones que mejoren el proyecto e introduciendo otras que no se corresponden con la clasificación que de los impactos establece la normativa aplicable, cuyo análisis ha sido superficialmente estudiado y valorado por el órgano autonómico". En consecuencia ordena retroaer el procedimiento para que se realice un nuevo EsIA, "que se sujete a la normativa actual dictada en la materia y corrija las deficiencias que, advertidas en el que ahora se analiza, posibilite una declaración correcta por parte de la Administración demandada".

Nadie discute la amplitud de los conceptos empleados en los Artículos 7 y siguientes del REIA para precisar el contenido del EsIA. Las nociones de impacto o efecto y el propio concepto de medio ambiente(42) devienen conceptos jurídicos indeterminados, cuya apreciación implica un necesario margen de apreciación, aunque siempre desde criterios y apreciaciones de contenido exclusivamente técnico. La colaboración del perito o especialista deviene esencial, para depurar cualquier consideración de oportunidad, donde sólo pueden operar circunstancias objetivas. El momento discrecional arribará después, y operará sobre el sustrato objetivo, que entre otras fuentes, suministra este documento técnico, denominado Estudio de Impacto Ambiental..

III.3 El condicionado ambiental de la Declaración de Impacto .

La Declaración de Impacto Ambiental(43, cuya naturaleza jurídica tantas suspicacias y controversias suscita, determina la viabilidad ambiental del proyecto, y en su caso, las condiciones a las que deberá someterse, con inclusión de un programa de seguimiento y vigilancia. Este pronunciamiento constituye la plasmación del principio de toma en consideración de la racionalidad ambiental en el proceso decisorio evaluado. El órgano competente para su realización es la Autoridad ambiental, cuya decisión vincula al órgano sustantivo, que debe, salvo formulación expresa de controversia, integrar la declaración ambiental en su propia declaración de voluntad.

El ejercicio de esta competencia por la Autoridad ambiental constituye, en nuestra opinión, un ejemplo de potestad discrecional fuerte o de tipo político, una elección realizada sobre apreciaciones técnicas, que definimos anteriormente como discrecionalidad técnico-administrativa. A diferencia de los dos estadios anteriores, la apreciación técnica motiva una elección política, que es más que una mera interpretación o aplicación del ordenamiento. La norma atribuye a la Administración una potestad, en cuya virtud, ha de elegir el modo de actuar para la consecución del interés público que tiene encomendada. En este tipo de apreciaciones, al momento técnico sigue, un momento discrecional. La elección conforme a objetivos ambientales es una clara operación discrecional que implica apreciación del interés público y que ha sido atribuida en exclusiva a la Administración por el ordenamiento jurídico. En el ejercicio de este tipo de potestades concurren dos momentos distintos y diferenciables, aunque aparezcan estrechamente ligados: un momento de apreciación técnica, sobre la información contenida en el Estudio, los informes, el expediente y la información pública; y un momento de actividad administrativa discrecional. Las apreciaciones técnicas sirven de base a la resolución final, que se hará conforme a criterios de oportunidad.

En el segundo estadio, el juicio discrecional posterior al momento técnico, la autoridad sí ejercita una potestad discrecional en sentido fuerte, puesto que el ordenamiento le ha atribuido un poder de determinación del medio más adecuado para la consecución del fin de interés público.

Consecuencia de estas apreciaciones es que la elección motivada de la Administración no puede ser sustituida por los Tribunales, que sólo podrán realizar un juicio negativo o anulatorio. Es decir, el juez no puede suplir a la Administración en la valoración del interés público concurrente, que no es ya una operación jurídica de interpretación o aplicación de la norma. Esa valoración podrá o no ser fundada, incurrirá o no en algún vicio de legalidad (desde la desviación de poder, el error manifiesto de apreciación o la falta de proporcionalidad), pero es insustituible como decisión política, por los juzgados y tribunales. Indudablemente, discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad o exención de control jurídico, por lo que la elección discrecional de la Declaración de Impacto estará sujeta a todos los límites y controles que nuestro derecho reconoce al ejercicio de potestades discrecionales (hechos determinantes, principios generales del derecho, desviación de poder, etc...).

La motivación de la decisión administrativa adoptada en el ejercicio de la potestad evaluadora adquiere una relevancia extraordinaria, en la medida en que permitirá una adecuada fiscalización del ejercicio de la discrecionalidad técnico-jurídica, demostrando la coherencia y racionabilidad de la decisión, a partir de las apreciaciones técnicas que le sirven de fundamento y justificación. La motivación suficiente, Artículo 54.1.f) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, constituye el fielato entre el momento técnico y el momento discrecional.

Algunos supuestos jurisprudenciales ponen de manifiesto el riguroso control que nuestra jurisprudencia viene exigiendo a la motivación suficiente de las Declaraciones de Impacto Ambiental. Fiscalización que se circunscribe en todo caso a los elementos reglados, a los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad y a la suficiente fundamentación objetiva de la decisión. La Sentencia de 20 de junio de 1997 del Tribunal Superior de

Justicia de Canarias (Sala de Las Palmas, Ponente: Gómez Caceres, Ar: 2172) nos proporciona un ejemplo paradigmático al respecto de la fiscalización del ejercicio de potestades discrecionales por la autoridad ambiental. El propietario de una finca afectada por un expediente expropiatorio interpone recurso contra Declaración de Impacto Ambiental por presunta vulneración del Artículo 14 CE, a través de la vía preferente y sumaria del proceso especial, regulado en la sección segunda de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de 26 de diciembre de 1978(44). La DIA impugnada propone en uno de sus condicionantes, que si la realización del túnel no pudiera llevarse a cabo de forma natural, la técnica constructiva para su ejecución, "deberá evitar cualquier afectación a las edificaciones existentes a ambos lados del desmonte en zanja; en caso de afectarse a alguna de ellas, deberá ser la situada al sur de la traza. Debido a que la ubicada al norte es un inmueble protegido por el Catálogo de Las Palmas del PGOU de Las Palmas de Gran Canaria...". El propietario de la finca afectada, situada al sur de la traza, impugna el condicionante reproducido por discriminatorio, alegando igualmente la condición de inmueble catalogado de la finca de su titularidad, conforme al mismo Catálogo del PGOU de Las Palmas, circunstancia que acredita fehacientemente. En consecuencia, si el tratamiento desigual otorgado a los inmuebles se funda exclusivamente en la protección administrativa de que disfruta uno de ellos, demostrado mediante prueba pericial (informe técnico aportado por el actor e informe técnico elaborado por el Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria) que las circunstancias son sustancialmente iguales, pues ambos son inmuebles catalogados, la diferencia de trato es discriminatoria y contraria al Artículo 14 de la Carta Magna; concluyendo: "Así las cosas (pues los relevantes son los hechos determinantes que fundamentaron la decisión), careciendo la expresada discriminación de base objetiva o razonable que la justifique, en realidad no hay ni justificación, debe entenderse que la DIA recurrida es nula de pleno derecho, en el aspecto contemplado, por infracción del constitucional principio de igualdad".

Pero no siempre la arbitrariedad, o falta de motivación suficiente de la decisión, es tan fácilmente constatable a través de una sencilla prueba documental. En ocasiones, como ya analizamos respecto de la Sentencia de 16 de diciembre de 1997, del TSJ de Cataluña, las circunstancias ambientales exigen una prueba pericial especializada y muy compleja. Lo decisivo es la asunción de este control técnico por los tribunales de lo contencioso-administrativo, que sustentados en la prueba pericial no dudan, pese a la tecnificación y complejidad de estas cuestiones, en desentrañar la verdadera justificación de la decisión adoptada y su adecuación a los principios de racionalidad y acción preventiva, inspiradores de esta técnica ambiental.

En la misma tendencia garantista se enmarcan dos nuevos pronunciamientos jurisdiccionales; el primero, una Sentencia del Tribunal Superior de Cantabria, de 3 de mayo de 1999, Ar: 1498 sostiene, F. D. Tercero: "Ante las dos enfrentadas posturas, la de la Administración y la del recurrente, debe forzosamente la Sala acudir al informe pericial, practicado por técnico de cuya imparcialidad no hay razón alguna para dudar y cuyas conclusiones acoge en ejercicio de su facultad de valoración de la prueba, con rechazo de las observaciones que al mismo se hicieron por primera vez en el acto de la vista del recurso y respecto de las cuales se guardó silencio en el trámite de aclaraciones a dicho informe, en el que ninguna se formuló". De la misma forma, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 14 de noviembre de 1994, Ar: 551, somete la evaluación efectuada por la Agencia de Medio Ambiente andaluza a riguroso examen, pues "ha de ser analizada ahora, con el fin de determinar si la recurrente ha desvirtuado o no las razones que se tuvieron en cuenta en la misma para llegar a emitir el informe negativo que ha dado lugar a las resoluciones sobre las que se ejercita la pretensión resarcitoria". Tras un análisis contrastado de las justificaciones esgrimidas por la Declaración negativa de Impacto, tales como la ubicación, el efecto cumulativo de los proyectos mineros existentes en la zona, el incremento de tráfico pesado por la carretera nacional que une Granada con Sierra Nevada y otros factores estrictamente ecológicos, concluye que "ha de reputarse totalmente convincente el informe emitido por la Agencia de Medio Ambiente, no desvirtuado en modo alguno por la recurrente, que se ha limitado a esgrimir meras opiniones -consecuentemente subjetivas- respecto a aquel". A mayor abundamiento, la Sala aporta argumentos "que la Agencia del Medio Ambiente, en su argumentación omitió", para confirmar la legalidad de la denegación de la concesión minera por razones ambientales. El razonamiento, sucintamente reproducido, de la sentencia demuestra como la jurisdicción tiene plenos poderes revisores de la justificación de la decisión o apreciaciones técnicas, sobre las que la Administración decidirá discrecionalmente; decisión política cuya oportunidad no es ya fiscalizable en sí misma.

III.4 La resolución de divergencias entre la Autoridad sustantiva y ambiental: el acto definitivo de resolución de discrepancias.

El esquema competencial adoptado en nuestro país para el procedimiento de EIA(45) exige diferenciar hasta tres autoridades distintas: la Autoridad competente substantiva, la Autoridad ambiental y, en caso de discrepancias entre los dos órganos anteriores, intervendrá para resolver el conflicto el Consejo de Ministros o el órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente, según la Administración que haya tramitado el expediente; autoridad, esta última, que MARTÍN MATEO(46) califica como "Órgano arbitral de conflictos".

La posibilidad de discrepancias entre la autoridad ambiental y substantiva se prevé tanto en la LEIA como en su Reglamento, Artículos 4.2 y 20 respectivamente; atribuyendo al órgano colegiado superior de gobierno de la respectiva administración(47), competencia para resolverlo. De esta forma, como expresa JORDANO FRAGA, "en los supuestos de discrepancia se pone en manos del Consejo de Ministros u Órgano autonómico equivalente el poder soberano de decisión. Frente a otras posibles soluciones, se ha configurado la decisión en caso de discrepancia como un verdadero acto discrecional, pues el silencio legal de los criterios de esa posible decisión del órgano colegiado de gobierno es absoluto".(48)

En su aspecto formal, el acto definitivo de resolución de discrepancias suscita dudas interpretativas en lo tocante a su naturaleza jurídica. Al respecto se han formulado dos hipótesis distintas; en virtud de la primera de ellas, implícita en la terminología propuesta por MARTÍN MATEO, se trataría de un supuesto de resolución "arbitral" de controversias,

configurándose el Consejo de Ministros o equivalente autonómico, como un "Órgano arbitral de conflictos". En realidad, sólo en un sentido amplio o impropio podríamos considerar a esta terminación singular como un procedimiento arbitral, en la medida en que no concurren las notas esenciales de este tipo de procedimientos sustitutorios del propio proceso judicial, tal y como lucidamente ha definido esta institución el profesor LÓPEZ MENUDO.(49) La segunda de las posturas sostenidas se ha formulado en apoyo de la naturaleza vinculante de la Declaración de Impacto. En su virtud, el procedimiento de EIA se caracteriza por la exigencia cumulativa favorable de ambas resoluciones, la Declaración positiva de Impacto y la autorización sustantiva y, en segundo término, para el caso en que ello no acontezca, utilizar los criterios de solución de conflictos de atribuciones, arbitrando una resolución definitiva de un órgano superior.(50) A nuestro parecer, esta caracterización que remite a los criterios contenidos en la regulación de los tradicionales conflictos de atribución está muy próxima a la verdadera naturaleza de esta resolución final dictada por el órgano colegiado de gobierno, aunque junto a la Autoridad competente sustantiva intervengan otras Administraciones, competentes para otorgar autorizaciones concurrentes(51); circunstancia que genera una problemática articulación del procedimiento ambiental en los diversos procedimientos afectados.(52) No es infrecuente que en la aprobación de las actividades incluidas en los Anexos de las normas estatales y autonómicas de EIA intervengan, junto a la Autoridad sustantiva, otras Administraciones, competentes para otorgar autorizaciones concurrentes. Esta circunstancia no implica que todas ellas adquieran la condición de Autoridad competente sustantiva a los efectos de la normativa de EIA. Las divergencias que en el ejercicio de sus competencias puedan surgir entre la Autoridad sustantiva, estatal o autonómica, y esas otras Administraciones no constituye el supuesto de discrepancias entre los órganos ambiental y sustantivo previsto en el Artículo 4.2 de la LEIA, sino un supuesto de conflictos interadministrativos.(53)

La cuestión adquiere gran relevancia, pues como certeramente denuncia el profesor MARTÍN MATEO, dos de las disfunciones detectadas en el procedimiento de EIA, el "efecto centralizador" y la "problemática determinación del órgano materialmente competente para la autorización del proyecto", afectarán especialmente a la autonomía constitucionalmente garantizada de las administraciones municipales, implicadas en buena parte de las actividades relacionadas en los Anexos del Real Decreto Legislativo 1302/1986 y su Reglamento(54). El procedimiento de evaluación de impacto ambiental corre el riesgo de convertirse en un estilete que permita a las Comunidades Autónomas horadar jurídicamente la autonomía municipal; vengando sus desacuerdos políticos con la entidad local. El supuesto no es precisamente baladí, pues son muchos (tanto en la legislación básica estatal como en las normas autonómicas) los supuestos en los que la actuación autorizatoria de la Administración municipal penderá de la evaluación ambiental efectuada. A título ejemplificativo, destacar los supuestos de actividades clasificadas conforme al Decreto 2414/1961, que apodera a los municipios para intervenir, precisamente por razones ambientales, cuando se pretenda instalar o ampliar en su territorio industrias susceptibles de perjudicar a su vecindario; o la necesidad de obtener licencia municipal conforme a los dictados del planeamiento urbanístico.

Aunque ese uso abusivo del Derecho pueda producirse, el riguroso control jurisdiccional expuesto sobre la motivación de la DIA se ha convertido, a la postre, en la mejor garantía del necesario respecto a la autonomía local, constitucionalmente garantizada; evitando que la sensibilidad ambiental, inspiradora de estas técnicas preventivas, se erija en pretexto jurídico de espúreas aspiraciones políticas.

En el plano sustantivo, esta solución jurídica suscitó dudas en la doctrina, dada la ausencia de criterios o referencias ambientales inspiradoras de la resolución del órgano de gobierno. Esas suspicacias han sido matizadas por dos argumentos de diferente naturaleza y procedencia. Fue MARTÍN MATEO, quién desde la primera edición del Manual de Derecho Ambiental, quitó hierro al asunto, afirmando: "será difícil que este órgano (en referencia al Consejo de Ministros u equivalente autonómico) corrija la declaración de impacto de forma importante, lo que llevaría aparejado importantes costes de opinión pública(55). Al argumento político o mediático, se suma otro jurídico, constituido por el decisivo avance de las técnicas de reducción y control de la discrecionalidad que doctrina y jurisprudencia han ido, con muchos esfuerzos, erigiendo.

Indudablemente, la legislación básica estatal nada aporta respecto a los criterios o parámetros que han de motivar la decisión arbitral del órgano de gobierno; pero esta decisión, como toda actuación administrativa, se encuentra sometida al principio de legalidad e interdicción de la arbitrariedad(56). En consecuencia, la motivación de la decisión discrecional, discrecionalidad fuerte pero no exenta de control, será de nuevo el cauce fundamental a través del cuál fiscalizar el ejercicio de esta competencia. La resolución final ha de fundarse, necesariamente, como todas las actuaciones del procedimiento de evaluación, en los principios inspiradores de esta técnica de prevención ambiental; de forma tal, que su decisión no puede basarse exclusivamente en motivos de mera oportunidad o conveniencia. En primer lugar, como ya denunciara LOPEZ TARACENA(57), porque el órgano de gobierno no puede hacer caso omiso de las conclusiones sentadas por el órgano ambiental en la Declaración de Impacto, so pena de vulnerar el espíritu de la Directiva en cuanto a la efectividad de los estudios ambientales. En segundo término, porque su intervención conciliadora, como fase integrante de la Evaluación de Impacto, está también inspirada por los principios de racionalidad y acción preventiva, que se instrumentalizan, a su vez, a través del principio, consagrado también expresamente en los Artículos 8 y 9 de la Directiva 85/337/CEE, de "toma en consideración", que exige de la Autoridad competente para autorizar o denegar el proyecto, la toma en consideración de las informaciones recogidas. Asimismo, carece de sentido exigir otros principios procedimentales como la información, publicidad, participación pública y economía, si finalmente, un órgano no especializado puede desoir toda la información aportada al procedimiento y dictaminar por razones políticas en sentido opuesto a los criterios ambientales aportados por los diferentes interesados en el procedimiento.

En el mismo sentido se manifiesta ROSA MORENO, para quién el contenido de dicho acto vendrá delimitado por los términos de la discrepancia, "pero, en cualquier caso, incorporará todo el condicionado, tanto técnico como ambiental, al que finalmente, en su caso, se subordine la actividad". Pues, no en vano, según el citado autor, "en este acto se

exterioriza claramente la finalidad buscada por la nueva normativa, es decir, la adopción de decisiones desde una perspectiva global e integrada, puesto que en él, el Consejo de Ministros o el respectivo Gobierno autonómico decidirá a la vista de todos los factores ambientales, técnicos, económicos y sociales que concurren en cada supuesto concreto".(58)

En todo caso, si el procedimiento de EIA culmina con esta resolución de discrepancias del órgano de gobierno respectivo, será a este acto al que haya de referir los medios de impugnación, sobre el que debe producirse la notificación y publicación, y sobre el que ha de girar la actividad de seguimiento y vigilancia.

IV. CONCLUSIONES.

En un estudio como el presente casi nunca constituye tarea fácil extraer sus conclusiones más significativas. En un intento de síntesis, consideramos relevante destacar varios de los argumentos aquí sostenidos.

En primer lugar, debemos con la aportación de todos los operadores jurídicos desterrar el mito del carácter discrecional e infiscalizable de la EIA, como ejemplo paradigmático de potestad discrecional de contenido técnico. El Derecho ambiental como disciplina jurídica se caracteriza por su creciente complejidad, tecnificación y multidisciplinariedad. En estas coordenadas, el auxilio del técnico desempeña un papel decisivo, circunstancia que justifica la preocupación existente en torno a la posibilidad de lograr una adecuada tutela de los particulares que puedan verse afectados por este tipo de actividad administrativa. La colaboración del juicio y apreciación técnica no impedirá el control judicial, instrumentalizado principalmente en torno a la motivación de la decisión y la práctica de la prueba pericial, que permitirán, en última instancia, calibrar la racionalidad y razonabilidad de la decisión técnica adoptada.

En segundo lugar, acogemos, respecto del ejercicio de potestades discrecionales, la distinción propuesta por la profesora DESDENTADO DAROCA, entre discrecionalidad instrumental jurídico-técnica y discrecionalidad técnico-administrativa. En su virtud, las apreciaciones y valoraciones técnicas juegan un papel diverso según se realicen para integrar conceptos jurídicos indeterminados o como fundamento de elecciones políticas. En el primer caso, nos encontramos ante un supuesto de discrecionalidad jurídica, no fuerte, donde la apreciación técnica surge como consecuencia de indeterminaciones, vaguedades u otro tipo de imperfecciones de la regulación jurídica; una discrecionalidad instrumental, no final, que puede ser objeto de revisión y sustitución por la jurisdicción (competente, en última instancia, para la interpretación y aplicación de las normas). En el segundo caso, la discrecionalidad técnico-jurídica es de carácter político o fuerte, pues confiere a la Administración un poder de decisión propio y final, consistente en la elección entre diferentes alternativas igualmente válidas; elección cuya motivación y fundamentación será, en todo caso, fiscalizable, pero nunca sustituible por el órgano jurisdiccional.

En tercer lugar apreciamos, atendiendo a los diferentes grados de intensidad de la discrecionalidad técnica, hasta cuatro fases o momentos diferenciados en el procedimiento de EIA. En las dos primeras etapas del iter evaluador, determinación del ámbito objetivo de aplicación y realización del Estudio de Impacto Ambiental, predomina la que hemos denominado convencionalmente como discrecionalidad instrumental, pues el margen de apreciación técnica de la Administración deriva de la propia indeterminación normativa. En estos supuestos, la Administración no está habilitada por la norma para elegir entre alternativas jurídicas igualmente válidas. El margen de apreciación resultante de la indeterminación con que la norma disciplina estos contenidos del procedimiento de EIA exige que la Administración emplee los medios técnicos más adecuados a su alcance para integrar los conceptos jurídicos indeterminados, motivando la elección realizada conforme a estrictos parámetros técnicos, que a priori, excluyen cualquier resquicio de subjetividad o consideración de oportunidad. De esta forma, comenzando por la determinación del ámbito objetivo de aplicación de la EIA, requisito previo que a la postre ha suscitado el mayor número de controversias jurisdiccionales, subrayamos la necesaria colaboración de un reglamento ejecutivo, que proporcione una regulación completa, clara y precisa de las determinaciones legales, a partir de la pobre trasposición del Derecho comunitario realizada por el Anexo del Real Decreto Legislativo 1302/1986; sin que en ningún caso, dicho auxilio reglamentario se arroge la condición de intérprete, ni suministre perfiles más o menos generosos de la regulación legal que desarrolla. No obstante la colaboración reglamentaria, subsisten conceptos sumamente indeterminados en los Anexos de la normativa evaluadora cuya integración exigirá el concurso del juicio técnico, plenamente fiscalizable.

Un segundo momento en el iter procedimental lo constituye la determinación del contenido del Estudio de Impacto Ambiental, documento técnico esencial en el engranaje de todo el procedimiento, a través de la concreción de las nociones técnicas contenidas en la regulación; operación en la que el margen de apreciación se circunscribe a la integración de los conceptos con el apoyo del juicio técnico, revisable por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso, a través de una rigurosa prueba pericial.

En tercer lugar, el condicionado ambiental de la declaración de impacto constituye un ejemplo del ejercicio de una potestad, donde la apreciación técnica opera como presupuesto o fundamento de la ulterior decisión discrecional; núcleo duro de la medida, no sustituible por los Tribunales, que reducirán el control judicial no a la decisión propiamente dicha, sino a las valoraciones técnicas que le sirven de fundamento.

La resolución final de discrepancias entre la autoridad substantiva y ambiental, última fase, en su caso, del procedimiento, emplea los criterios contenidos en la regulación de los conflictos de atribuciones, constituyendo una decisión discrecional, no arbitral, condicionada en todo caso por la información ambiental vertida al procedimiento por los diferentes interesados. Decisión discrecional que debe necesariamente respetar la información ambiental recopilada, que debe trasladarse en la motivación a la resolución final que se adopte.

En último lugar, hacer constar el riguroso control de la motivación que en el ámbito del procedimiento de EIA vienen realizando los órganos jurisdiccionales del orden contencioso administrativo. Control jurisdiccional negativo o anulatorio que en ningún caso ha sustituido el criterio de la Administración, circunstancia estimamos que posible en las dos primeras fases del procedimiento, y que se instrumentaliza a través de la anulación de la Declaración de Impacto

o el Estudio que le sirve de fundamento, ordenando la retroacción de las actuaciones y la realización de nuevos trámites ajustados a la legalidad y racionalidad ambientales.

NOTAS

1. La trascendencia de la institución se resume en la cita de un prestigioso autor de la doctrina francesa, WALLINE, M. en su obra, "Entendue et limites du controle du judge administratif sur les actes de l'administration", Pág. 25, en la que no duda en afirmar: "(...) si hubiera que dar en pocas palabras una definición del Derecho administrativo, yo diría, dejando de lado la parte puramente descriptiva de las instituciones que se encuentra en esta rama del Derecho como en las demás, que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación en vista a la salvaguardia de los derechos de los terceros (administrados o agentes públicos)".

La abrumadora cantidad de publicaciones sobre discrecionalidad administrativa nos exoneran de una somera indicación, en la que las ausencias u omisiones siempre serían más significativas que las presencias. En consecuencia, desistimos de reseñar, sin perjuicio de las posteriores referencias que exija el desarrollo de la argumentación, alguna de estas publicaciones recogidas en manuales, monografías, artículos y ponencias. No obstante, sí debemos constatar que pese a la abundancia de las publicaciones que abordan un análisis sectorializado de la discrecionalidad administrativa atendiendo a las particularidades de los diversos sectores de actividad, como el urbanismo, el fomento y planificación económica, el patrimonio histórico y por supuesto los juicios de idoneidad y capacidad para el acceso a la función pública, no tenemos conocimiento de ninguna publicación que aborde con autonomía y especificidad la cuestión desde la perspectiva del Derecho ambiental.

2. LOPEZ MENUJO, F. "El control judicial de la Administración en la Constitución española", incluido en la obra colectiva sobre "Discrecionalidad administrativa y control judicial", Cívitas, Madrid, 1996, Pág. 39.

3. SANCHEZ MORÓN, M. "Discrecionalidad administrativa y control judicial", Madrid, 1994, Pág. 9. La referencia alude a una controversia doctrinal suscitada entre alguno de los autores más prestigiosos de la doctrina administrativa en relación a las posibilidades y naturaleza del control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa. Un excelente resumen de este controvertido debate en ATIENZA, M. "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comenatrios a una polémica". REDA, 85, 1995.

4. Para JORDANO FRAGA, Vid. Infra. Nota nº 5, Pág. 129, "la evaluación de impacto ambiental es uno de los ejes técnico-jurídicos de nuestro Derecho Ambiental, (...), parafraseando a RODGERS, la evaluación de impacto ambiental es el corazón del Derecho ambiental vigente".

5. Como también sucede con otras técnicas del Derecho ambiental, la evaluación de impacto tiene sus orígenes en el Derecho norteamericano, cuya norma de cabecera es la National Environmental Policy Act de 1969. Nuestro Derecho estatal la acoge en trasposición de la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio, a través del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio de Evaluación de Impacto Ambiental, desarrollado por el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre. En nuestra doctrina sobre la Evaluación de Impacto Ambiental pueden consultarse los siguientes trabajos: LÓPEZ GONZÁLEZ, "El Régimen de la evaluación de impacto ambiental", Revista Andaluza de Administración Pública, 4, octubre-diciembre 1990, págs. 61-91; MARTÍN MATEO, R. "Manual de derecho Ambiental", vol. I, Capítulo VI, págs. 301-336; ROSA MORENO, "Regimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental", Ed. Trivium, Madrid, 1993; JORDANO FRAGA, J. "La Evaluación de Impacto Ambiental: Naturaleza, impugnabilidad y perspectivas", RDU, 143, Madrid, 1995, y GARCÍA URETA, A. "Marco jurídico del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: El contexto comunitario y estatal", 1994.

6. Sobre el concepto de Evaluación de Impacto Ambiental, Vid. MARTÍN MATEO, Opus. Supra. Págs. 301-302.

7. Nos referimos a la publicación de su tesis doctoral, con Prólogo de Jesús Leguina Villa, bajo el título "Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial". Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997. Otra aportación de la autora más modesta y circunscrita a la discrecionalidad técnica en: "Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. Un estudio crítico de la jurisprudencia". Cuadernos Cívitas, Madrid, 1997.

8. Como ya afirmará MORTARA, no cabe contemplar a la jurisprudencia como algo externo al sistema, pues si la Ley es la estática del Derecho, la sentencia es su dinámica.

9. Sobre el concepto de discrecionalidad puede verse el Capítulo I de la primera parte de la obra de DESDENTADO DAROCA, Vid. Opus. Supra. Págs. 33 y ss. Constatada la necesidad de revisar y precisar el concepto de discrecionalidad administrativa, a través de la abstracción de las notas configuradoras de las distintas concepciones de la discrecionalidad que se utilizan en la Teoría General del Derecho (Kelsen, Hart, MacCormick y Dworking), propone un concepto general de discrecionalidad de acuerdo con el cuál ésta consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente. Págs. 30-31. En consecuencia es un *modus operandi* caracterizado por la adopción de decisiones dentro de un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento, e implica una elección realizada desde parámetros o criterios valorativos extrajurídicos acerca de los cuáles personas razonables pueden

diferir.

10. Vid. Opus. Supra. Pág.75.

11. Vid. Opus. Supra. Págs 79 y ss.

12. Fragmento extraído del artículo publicado por PELAGATTI, G. "Valutazione techiche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un analisi critici dei recenti sviluppi della dottrina iuspublicista" en Revista Trimestale di Diritto Pubblico, número VI ,año 1992, Pág. 159.

13. Una insustituible aportación sobre el papel del progreso y la técnica en el Derecho contemporáneo, en la obra de ESTEVE PARDO, J. "Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental", Ariel Derecho, Barcelona, 1999.

14. La doctrina italiana ha mostrado un interés especial por la discrecionalidad técnica y su problemática, entre nosotros destacaremos como aportaciones más significativas entre un gran elenco, además de las dos obras ya citadas de DESDENTADO DAROCA, las siguientes: "IGARTUA SALAVERRÍA, J. Vid. Opus. Supra; SAINZ MORENO, "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa", Cívitas, Madrid, 1976; y SANCHEZ MORON, M. "Discrecionalidad administrativa y control judicial", Tecnos, Madrid, 1994.

15. Al respecto de la distinción entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa destacan en nuestra doctrina las aportaciones de SAINZ MORENO, F. "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa", Cívitas, Madrid, 1976; y, la parte que FERNÁNDEZ FARRERES , G. dedica a la cuestión en su estudio: "La subvención: Concepto y régimen jurídico"., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, Págs. 615 y ss.

16. Vid. Opus. Supra. Pág. 137 y ss.

17. Ambas disposiciones constituyen el núcleo esencial de las disposiciones estatales sobre EIA, a las que con carácter general ceñiremos nuestro estudio. Conforme al Artículo 1º del Real Decreto Legislativo 1.302/1986, de 28 de junio, sus preceptos "tienen el carácter de legislación básica", y fueron dictados en ejercicio de la competencia estatal reconocida en el Artículo 149.1.23º de la Constitución. El Gobierno elaboró esta norma en uso de la potestad delegada por la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de Bases de Delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas. Tenganse en cuenta la reforma operada en el Derecho Comunitario por la Directiva 97/11/CE de 3 de marzo de 1997, aún no implementada en nuestro ordenamiento nacional. Aunque el estudio se centra en la aplicación del derecho básico estatal, debemos dejar constancia de la abundante normativa autonómica dictada en materia de EIA, en disposiciones como la Ley andaluza 7/1994, de 18 de mayo, de Protección ambiental, la Ley murciana 1/1995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente o la Ley valenciana 2/1989, de 3 de marzo de Impacto ambiental, inter alia.

18. Vid. Opus. Opus. Supra. Pág. 332. Una apreciación semejante, con invocación expresa del Derecho constitucional a un medio ambiente adecuado, la encontramos en el F.J. IV de la Sentencia de 26 de enero de 1999, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, Ar. 1698, cuando afirma: "Que en definitiva la denegación ha sido fundada en razones de repercusión ambiental en las cuales la administración tiene un importante poder discrecional (art. 45 CE) a la hora de valorar el llamado efecto negativo (...)".

19. Vid. Opus. Supra. Pág. 158 y ss.

20. Vid. Opus. Supra. Pág. 187 y ss.

21. Vid. Opus. Supra. Pág. 187 y ss. Destaca la inclusión de un tercer sistema junto a las dos grandes técnicas delimitadoras , la técnica del estudio de impacto sistemático, que supone la obligatoriedad de una simple, pero con relevantes resultados, constatación previa de impacto, a partir de la que se verificaría la necesidad o no de un estudio de impacto ambiental stricto sensu.

22. Respecto de estas actividades los Estados miembros siguen también vinculados por el principio de acción preventiva y la necesidad de tomar en consideración aquellos proyectos que puedan tener importantes repercusiones sobre el medio ambiente. Vid. Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidad Kraaijeveld y otros (C-72/95, Rec. P. I-5403) y Comisión contra Irlanda de 21 de septiembre de 1999, en el asunto C-392/96.

23. La exigua transposición de la Directiva 85/337/CEE, a través del sistema de listado puro de la LEIA, no incluía entre los proyectos sujetos a EIA, el transporte aéreo de energía eléctrica, incluido en el Anexo II (número 3. b) de la Directiva. No obstante esta circunstancia, el trazado de una línea de alta tensión fue ,entre otros motivos, impugnado por la falta de Estudio de Impacto Ambiental "que debería haberse hecho, aunque no lo exija el Real Decreto Legislativo 1302/1986, el cual, precisamente por no exigirlo en su Anexo, es contrario al artículo 45 de la Constitución Española, solicitándose por las Corporaciones actoras de este Tribunal Supremo el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad". Esta pretensión es desestimada por el TS, que recogiendo doctrina constitucional sobre la necesaria compatibilización entre medio ambiente y desarrollo económico (STS 64/1982, de 4 de noviembre), afirma que la decisión del Ejecutivo español, por encargo del legislador, se ha adoptado en el ejercicio

de "la legítima libertad de la potestad política dentro del margen de libertad otorgada por la Directiva 85/337/CEE". Vid. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Tercera, de 2 de diciembre de 1994, Ponente: Pedro José Yagüe Gil, Ar: 10023.

24. Vid. Opus. Supra. Pág. 189.

25. PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ BLANCO y ORTEGA ALVÁREZ, "Manual de Derecho Administrativo", Volumen II, 4ª Edición, 1996, Ed. Ariel, Pág. 238.

26. "Se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones precisas para el desarrollo del presente Real Decreto Legislativo".

27. Vid. Dictámenes del Consejo de Estado de 23 de mayo y 24 de julio de 1985 y 9 de marzo y 5 de diciembre de 1989.

28. En nuestro derecho la sujeción a EIA es excepcional y se encuentra reservada a los supuestos legalmente tasados.

29. No nos detendremos en la posibilidad de ampliar el elenco de los proyectos sujetos a EIA ofrecida a los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) por la Ley 4/1989, de 27 de marzo de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, artículo 4.4.e). Sí debemos precisar que existen leyes autonómicas que contienen una cláusula abierta, habilitando a los Ejecutivos autonómicos respectivos a ampliar mediante Decreto los supuestos legalmente tasados de actividades sujetas a EIA; Vid. Anexo 9 de la Ley 2/1989, de 3 de marzo, de Impacto Ambiental de la Comunidad Valenciana, y respecto de las Auditorías Ambientales el punto 14 del Anexo III de la Ley 8/1994, de 24 de junio de Evaluación de Impacto Ambiental y Auditorías Ambientales de Castilla y León. En este extremo nos ceñiremos al derecho básico estatal.

30. Vid. IGARTUA SALAVERRIA, Opus, Supra. Pág. 51.

31. El supuesto permitiría a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cantabria, conforme a la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, plantear cuestión de ilegalidad ante el Tribunal Supremo, competente ex Artículo 12.1.a) para conocer del recurso directo contra el Real Decreto 1131/1988, transcurridos seis días desde la firmeza de la Sentencia, conforme a los Artículos 27 y 123-126 de la Ley jurisdiccional.

32. La modificación y revisión de un planeamiento ya existente son dos instituciones clásicas en nuestro Derecho urbanístico, definidas como "Alteraciones del contenido de los instrumentos de planeamiento de mayor o menor alcance. La revisión del planeamiento general procede cuando se cumplen las circunstancias previstas por el propio Plan ó, cuando se adopten nuevas determinaciones sobre el modelo propuesto que alteren de forma sustancial la estructura general y orgánica de territorio y la clasificación del suelo. La modificación procede cuando no concurren las circunstancias anteriores, tratándose de meros ajustes del Plan que no alteran el modelo adoptado". Fuente: Glosario básico de la ordenación urbanística y territorial", ACOSTA BONO y BURRACO BARRERA, Instituto Andaluz de Administración Pública y Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 1998, Pág.38.

33. Respecto de la noción de "Extracciones a cielo abierto de hulla, lignito y otros minerales", junto a la STSJ Cantabria 709/1999 ya comentada, la Sentencia de 26 de enero de 1999, del TSJ de Castilla y León, Ar. 1698; en relación a la indeterminada expresión de las "grandes presas" pueda consultarse el Voto Particular contenido en la STS de 14 de diciembre de 1998, Ar. 930, apartado cuarto.

34. Pese al esfuerzo pormenorizador de ambos Anexos del Real Decreto 1.302/1986, de 28 de junio, las especificaciones técnicas no pueden prescindir, en todo caso, de conceptos jurídicos indeterminados cuya apreciación exigirá juicios o apreciaciones técnicas. Como ejemplos citaremos algunas expresiones empleadas en el Anexo II ("Especificaciones relativas a las obras, instalaciones o actividades comprendidas en el anexo del Real Decreto Legislativo 1.302/1986"): 9. Instalaciones de eliminación de residuos tóxicos y peligrosos por incineración, tratamiento químico o almacenamiento en tierra. A los efectos del presente reglamento por almacenamiento en tierra se entenderá depósito de seguridad en tierra. 10. Grandes presas: (las que respondan a una, al menos, de las siguientes indicaciones) Características excepcionales de cimientos o cualquier otra circunstancia que permita calificar la obra como importante para la seguridad o economía públicas. 11. primeras repoblaciones cuando entrañen riesgos de graves transformaciones ecológicas negativas: Se entenderá por primeras repoblaciones todas las plantaciones o siembras de especies forestales sobre suelos que, durante los últimos cincuenta años, no hayan estado sensiblemente cubiertos por árboles de las mismas especies que las que se tratan de introducir..., 12. Explotaciones a cielo abierto de hulla, lignito u otros minerales: Explotaciones situadas en espacios naturales protegidos o en un área que pueda visualizarse desde cualquiera de sus límites establecidos, o que suponga un menoscabo a sus valores naturales. (la cursiva es nuestra).

35. Por razones de sistemática, y para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a los ejemplos jurisprudenciales contenidos en el siguiente epígrafe.

36. Conforme al Anexo I del REIA, el Estudio de Impacto Ambiental es el documento técnico que debe presentar el

titular del proyecto, y sobre la base del que se produce la Declaración de Impacto Ambiental. Este estudio deberá identificar, describir y valorar de manera, apropiada, y en función de las particularidades del caso concreto, los efectos notables previsible que la realización del proyecto produciría sobre los distintos aspectos ambientales". Es frecuente que la jurisprudencia no admita interpretaciones flexibles de los contenidos obligatorios del EslA, rechazando otros documentos o estudios técnicos, que , como afirma la STSJ de Baleares de 9 de abril de 1999, Ar. 881, respecto de un estudio de la dinámica del litoral , "sin ser menos importantes, no son en propiedad un EslA", técnica singular definida en la Directiva y la normativa estatal y autonómica sobre EIA.

37. El procedimiento de Evaluación de Impacto se caracteriza por ser un procedimiento de cooperación tripartito que requiere la participación del titular del proyecto, las Administraciones implicadas y el público en general, a través del Estudio de Impacto Ambiental, consultas a las personas, Instituciones y Administraciones previsiblemente afectadas o el trámite de información pública. La importancia del trámite de información pública ha sido destacada por la jurisprudencia como principio rector de la institución (Artículo 6º Directiva 85/337/CEE y Artículo 3 de la LEIA), y elemento esencial del procedimiento, inherente a una Administración democrática y participativa. Para la Sentencia de 9 de abril de 1999, del TJS de Baleares, Ar. 881, F. D. Tercero, "el sometimiento a información pública de tales estudios, dando lugar a la participación de los ciudadanos en los proyectos que puedan afectar al medio natural, deriva de una obligación constitucional"; formulada expresamente en el Artículo 105. a) y c) CE , en conexión con otros valores y principios constitucionales como la justicia, la eficacia real de la actividad administrativa y la solidaridad colectiva respecto del medio ambiente, reflejada en el derecho de todos a disfrutarlo y en el correlativo deber de conservarlo. Por todo ello estima que la omisión de información pública acarrea la nulabilidad de la resolución recurrida, como infracción procedimental esencial causante de indefensión. (F.D. Sexto)

38. Vid. Sección 2ª, Capítulo II y Anexo I del REIA.

39. La exigencia de la formulación de alternativas en el Estudio no tiene referencia expresa en la Directiva, salvo la mención del Anexo III ("eventualmente, un resumen de las principales alternativas examinadas por el maestro de obras"). El legislador español la incluye, como norma más severa Artículo 13 Directiva 85/337/CEE.

40. ROSA MORENO, Vid. Opus.Supra. Pág. 218 y ss.

41. La controversia se origina por la solicitud de licencia de actividad para la instalación de una Planta de Incineración de residuos hospitalarios, circunstancia que explica la importancia del emplazamiento, ante la oposición social que estas instalaciones suscitan.

42. No pretendemos abordar la espinosa cuestión del concepto de medio ambiente en nuestro Derecho. Si nos parece esencial, a los efectos de nuestra exposición, reseñar la opinión de MARTÍN MATEO en relación al concepto medioambiental propuesto por la normativa de evaluación de impacto, en el que se incluyen el hombre, la fauna, la flora, el suelo, el aire, el clima, el paisaje o el patrimonio cultural: "cómo habrá podido deducirse, el concepto legal de la EIA excede ampliamente de lo que se considera ambiente aun en su comprensión más generosa lo que es imputable, sin duda a la influencia de la legislación americana", Vid. Opus. Supra. Pág. 302.

43. El Anexo I del Reglamento la define como "el pronunciamiento de la autoridad competente de medio ambiente, en el que (...) se determina, respecto de los efectos ambientales previsible, la conveniencia o no de realizar la actividad proyectada y, en caso afirmativo, las condiciones que deben establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales".

44 .Derogada por la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , Disposición Derogatoria 2ª.b).

45 ROSA MORENO afirma al respecto: "si la evaluación ambiental ha traído algún planteamiento revolucionario, éste ha sido el de su organización administrativa que conlleva, puesto que con este instrumento se exterioriza una de las más insistentes llamadas de atención de la doctrina, esto es, la inadecuación de la protección ambiental con las tradicionales estructuras administrativas, y ello por razón de la originalidad de los espacios ambientales no coincidentes con las jurisdicciones administrativas clásicas". Opus. Supra. Pág. 243.

46 .Vid. Opus. Supra. Pág. 329. Destacar asimismo el análisis y caracterización de las diferentes autoridades intervinientes en el procedimiento; en especial el diagnóstico de sus principales disfunciones: desplazamiento de hecho de las competencias substantivas al área administrativa del ambiente, el efecto centralizador y la problemática determinación del órgano materialmente competente para la autorización del proyecto, Págs. 329-331.

47. Nos referimos a la Aautoridad ambiental, que según el artículo 5º de la LEIA se considerará a la "que ejerza funciones en la Administración pública donde resida la competencia sustantiva para la realización o autorización del proyecto".

48. Vid. Opus. Supra. Pág. 583-584.

49. Vid. "Arbitraje y Derecho público", en Justicia Administrativa, 2, enero de 1999, Págs. 5 y ss; en especial el apartado segundo ("El concepto de arbitraje en sentido estricto"), donde realiza una espléndida síntesis de la institución arbitral, proponiendo el siguiente concepto: " es la Institución en virtud de la cual, las partes, sean personas

naturales o jurídicas, en virtud de un convenio, deciden voluntariamente sustraer a los Tribunales el conocimiento y decisión de sus controversias, y encargan a uno o varios árbitros imparciales, o encomiendan a una Institución para que los designe, que previo un procedimiento que asegure los principios de igualdad y contradicción, resuelvan mediante un laudo vinculante, sea de derecho o de equidad, y con fuerza de cosa juzgada, la resolución de las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición".

50. Vid. ROSA MORENO, opus. Supra. Pág. 284.

51. Circunstancia posible si la actividad proyectada requiere varias autorizaciones sustantivas distintas para su realización, y son diversas las Administraciones públicas autorizantes: por ejemplo, cuando una actuación exige, además de la autorización de la Autoridad substantiva estatal o autonómica, autorizaciones locales de naturaleza urbanística, o se trata, de actividades calificadas. El carácter vinculante de la EIA genera frecuentes conflictos interadministrativos entre la Autoridad ambiental y otras Administraciones públicas competentes para autorizar la actividad sujeta a EIA atendiendo a intereses y disposiciones normativas distintas.

52. Es importante reseñar la remisión que ROSA MORENO hace a los criterios inspiradores de la regulación de los conflictos de atribuciones, en cuya virtud un órgano jerárquicamente superior resuelve un conflicto suscitado entre dos órganos de la misma Administración que no guardan dependencia jerárquica, y respecto de asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento, artículo 20.3 LRJPAC . La regulación de los conflictos de atribuciones en el ámbito estatal, tradicionalmente contenida en el los artículos 48 a 53 de la Ley de 17 de julio de 1948, de Conflictos Jurisdiccionales, cuya vigencia fue saslvada por la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales 2/1987, de 18 de mayo, Disposición Derogatoria Primera, ha sido recientemente reformada por la Ley 6/1997 , de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, D.A. XIV y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, artículo 2º, que atribuyen respectivamente a los Ministros y al presidente del Gobierno la potestad para resolver los conflictos de atribuciones intraministeriales e interministeriales respectivamente.

53. La Sentencia de 16 de diciembre de 1997, del TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Ar: 931, F.D. Quinto, resuelve una interpretación errónea del mecanismo de resolución de discrepancias propuesta por el recurrente, la Entidad Metropolitana de los Servicio Hidráulicos y del Tratamiento de Residuos", que consideraba necesaria la intervención del Consejo Ejecutivo de la Generalidad por existir discrepancias entre el municipio competente para otorgar la licencia de obras y actividad, miembro de la Entidad recurrente, a cuya iniciativa manifestó su conformidad y la Comunidad autónoma competente para autorizar el proyecto de actividad sujeto a EIA.

54. Vid. Opus. Supra. Pág. 330.

55 .Vid. Opus. Supra. Pág. 330.

56. Vid. Constitución española, Artículos 9.3, 103.1 y 106.

57 .Vid. LÓPEZ TARACENA, "Las evaluaciones de impacto ambiental", Noticias/CEE, nº85, febrero 1992, Pág. 17.

58. Vid. Opus. Supra. Pág. 284.