

PROCESO CONTENCIOSO Y MEDIO AMBIENTE: CUESTIONES PROCESALES

César Tolosa Tribiño

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

Las cuestiones medioambientales han adquirido un importante protagonismo, tanto cuantitativo como cualitativo, en el seno de la jurisdicción contencioso-administrativa planteando una problemática específica no sólo desde el punto de vista sustantivo, sino también desde la perspectiva procesal. En este trabajo se pretende dar respuesta a algunos de esos problemas procesales que afectan a cuestiones trascendentes que van desde la legitimación a la ejecución de sentencias.

SUMARIO

1. LA TUTELA JUDICIAL DEL MEDIO AMBIENTE.
2. LA IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN PÚBLICA EN MATERIA AMBIENTAL.
3. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LAS ASOCIACIONES.
4. LA REGULACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN EN LA LEY 27/2006.
5. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN DE ACCIONES POPULARES POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.
6. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.
7. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO AMBIENTAL.

César Tolosa Tribiño

8. LA PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS AMBIENTALES.
 - 8.1. Los problemas de la carga de la prueba.
 - 8.2. El testigo perito.
9. DOCTRINA SOBRE LA IMPOSIBILIDAD LEGAL O MATERIAL DE EJECUCIÓN.
10. LA LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.
11. EL PROBLEMA DE LA IRRECURRIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL.

1. LA TUTELA JUDICIAL DEL MEDIO AMBIENTE

Uno de los principales problemas de la protección jurisdiccional del medio ambiente viene dado por la propia naturaleza de tal categoría conceptual, la cual presenta contornos y límites difusos y complejos. En efecto, el concepto constitucional de medio ambiente del artículo 45 de la CE, tal y como afirma la doctrina, nos sitúa ante una realidad compleja, interdisciplinar y que integra de modo sistemático bienes jurídicos tradicionales como la salud, el patrimonio, el nivel de calidad de vida, etc. En definitiva, el medio ambiente se alza como nuevo objeto del ordenamiento jurídico y de la actividad política y económica de los poderes públicos, que guarda relación, pero debe diferenciarse, y los límites no son siempre claros, de otros conceptos como la ordenación del territorio y el urbanismo, el desarrollo económico, la sanidad, el turismo, el transporte, etc.

Según la opinión mayoritaria, lo más característico de la tutela judicial medioambiental es, precisamente, su difícil articulación mediante intereses directos y la presencia constante de «intereses difusos» que van a ser ejercidos por parte de numerosas asociaciones naturalistas, conservacionistas y ecologistas.

En definitiva, uno de los principales problemas desde el punto de vista procesal en la tutela del medio ambiente es el de la legitimación activa.

Aun partiendo de la doctrina constitucional acerca de la legitimación que supone el paso desde el concepto de interés directo al de interés legítimo, entendido según la STC 143/1994, de 9 de mayo, como el que «*equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, y que se materializaría de prosperar ésta*» y del contenido del artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece que «*Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión*», añadiendo que «*Para la defensa de estos*

César Tolosa Tribiño

últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción», los problemas de la legitimación siguen siendo importantes en la actualidad.

2. LA IMPORTANCIA DE LA ACCIÓN PÚBLICA EN MATERIA AMBIENTAL

La primera vía de legitimación en materia de medio ambiente se muestra con la amplitud que permite nuestra legislación en determinados supuestos a través del ejercicio de la acción pública.

El reconocimiento de la acción pública se recoge con rango constitucional y carácter general en el artículo 125 de la CE, como una manifestación de la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, estableciendo que *«los ciudadanos podrán ejercer la acción popular»*.

La LJCA, de forma más específica, hace referencia a ella en su artículo 19.1.º h) al establecer que también tiene legitimación para promover el recurso contencioso-administrativo *«cualquier ciudadano, en el ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes»*.

La acción pública es una institución característica de determinadas normas sectoriales, esencialmente en la legislación de Urbanismo, pero también en:

- a) Ley 16/1985, de 25 de junio, que Regula el Patrimonio Histórico Nacional, que reconoce acción pública en su artículo 8.2.
- b) Ley 22/1988, de 28 de julio, de Protección, Utilización y Policía de Costas, al referirse a ella en su artículo 109.1.º
- c) Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, en su artículo 22.

Sin embargo, la acción pública por excelencia es la establecida en materia urbanística, acción reconocida en todas las legislaciones autonómicas y que se recoge en el Real Decreto Legislativo 2/2008, que reconoce en el artículo 4.f), como uno de los derechos de los ciudadanos, el de *«ejercer la acción pública*

para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución».

La acción pública, como he señalado, también se encuentra recogida en la legislación autonómica, sirviendo de ejemplo la establecido en el artículo 50 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, cuando establece: «1. Será pública la acción para exigir ante los Órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas», o el artículo 88 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León, al señalar que «Será pública la acción para denunciar las infracciones administrativas previstas en esta Ley».

No voy a detenerme en exceso en los problemas que plantea el ejercicio de la acción pública en materia procesal, sirvan exclusivamente de apunte los referentes a:

- 1) El plazo de su ejercicio (si los actos son notificados rigen los plazos generales, si debió ser notificado el acto pero no lo fue rige el régimen de las notificaciones defectuosas).

En efecto, como establece la STS de 4 de abril de 2002 «Ciertamente, cuando a quien ejercita la acción pública se le ha notificado el acuerdo por el que se otorga la licencia de obras cuestionada —conforme a lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo, ahora artículos 58 y 59 de la Ley 30/92— o cuando aquél ha sido publicado, lo que no es aquí el caso, según ya se ha indicado, desde el día siguiente computaría el plazo —un mes— para presentar el recurso de reposición, de modo que, entonces sí, de transcurrir el plazo indicado sin deducirlo se estaría ante un acto firme y consentido. Naturalmente, tratándose aquí de procedimiento iniciado con anterioridad a la Ley 30/92, si cuando se notificase el acuerdo en cuestión se omitiese indicar recursos procedentes, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para hacerlo, se trataría de notificación defectuosa que sólo surtiría efecto cuando el afectado se diese por notificado o presentase el recurso procedente...».

César Tolosa Tribiño

En el mismo sentido la STSJ de Cantabria de 5 de diciembre de 2002 señala que *«En consecuencia, debemos examinar si dicho acto de concesión de licencia les fue notificado expresamente a los actores, en cuyo caso el plazo para la interposición del presente recurso contencioso-administrativo sería de dos meses a partir del día siguiente a dicha comunicación, o si, por el contrario, no tuvieron conocimiento del mismo de forma expresa, entrando en juego los plazos de cuatro años para el ejercicio de la acción pública en defensa de la legalidad urbanística establecidos en el artículo 304 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992»*.

- 2) La trascendencia que para su ejercicio pueda tener la teoría del abuso de derecho o, en su vertiente positiva, el de la buena fe en el ejercicio de los derechos.

La STSJ de Cantabria de 20 de mayo de 1996 ha tenido que enfrentarse a uno de los principales problemas que tradicionalmente ha planteado el problema del ejercicio de la acción pública, el de su admisibilidad en los supuestos de ejercicio abusivo. La citada sentencia señala que, *«De cierto raigambre en la legislación de régimen local, la acción pública se introduce en el campo urbanístico al efecto de involucrar a los particulares en el control y protección de la legalidad urbanística, en la garantía, en fin, del interés público al que toda actuación administrativa relativa al urbanismo debe indudablemente servir, al igual que, por lo demás, deben hacerlo todas las restantes aunque para su control el mecanismo de la acción popular no esté instituido. Esta finalidad institucional última no evita que, ciertamente, en no pocas ocasiones las controversias urbanísticas encubran antes que nada un conflicto entre particulares o entre un particular y la propia Administración, aunque la polémica jurídica y la articulación técnica misma del recurso contencioso se polaricen sobre un acto de la administración. Pero esta circunstancia no es capaz por sí misma de enervar la funcionalidad verdadera de la acción popular dado que, al margen de disputas sobre intereses privados, el interés público subyace en cualquier actuación urbanística y resultaría ser consecuencia frustrante de los fundamentos mismos de la existencia de esta especialísima norma de legitimación el rechazo de su procedencia si, aun apareciendo con fuerza y a primera vista los intereses privados, de alguna manera el interés público puede resultar protegido a raíz de su empleo. Tan solo en casos muy claros, como*

por ejemplo la búsqueda exclusiva del perjuicio de un tercero, o la invocación meramente formal de las normas urbanísticas, pueden conducir a que el ejercicio de la acción popular sea objeto de censura jurídica por manifiestamente abusivo y torticero. Así, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1990, aunque fuere cierto que la acción pública se utiliza para satisfacer malquerencias personales, al otorgarse por la Ley sin condicionamiento de ninguna clase “basta que se invoque el interés general en el mantenimiento de la legalidad urbanística”.

Así planteada la cuestión, se aprecia con absoluta claridad que se encuentra erizada de dificultades porque la desestimación de un recurso entablado con base en la fraudulenta utilización de la acción pública requiere, en primer lugar, que claramente quede de relieve que no se persigue con aquella la defensa de la legalidad urbanística y, en segundo lugar, que el ordenamiento urbanístico no imponga la estimación del recurso, porque puede suceder que, aun a pesar de encubrir una cuestión de otra naturaleza, el ejercicio de la acción pública permita a los órganos de esta jurisdicción apreciar que una determinada actuación administrativa es contraria a derecho y para que este segundo paso pueda ser dado, esto es, para que la jurisdicción entre a enjuiciar la existencia de una infracción urbanística a raíz de una demanda interpuesta por un particular con apoyatura en la acción popular, se hace preciso verificar si del ejercicio de la misma, encúbranse o no intereses privados, algún beneficio puede resultar para los públicos. Si, en definitiva, se facilita la defensa del interés público, que es para lo que esta acción existe, sin perjuicio de la cobertura indirecta de intereses estrictamente particulares, que podrían quedar satisfechos a consecuencia de la estimación del recurso por imponerlo así el ordenamiento jurídico».

Sobre idéntica cuestión han existido pronunciamientos del Tribunal Supremo, así la sentencia de 22 de abril de 1988 cuando señala que «no es posible encontrar abuso de derecho en la pretensión de que la actividad administrativa se acomode a la legalidad, conforme determina el artículo 103 de la Constitución».

Por último, la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2002 sostiene que «La finalidad prevalente y fundamental del artículo 304 de la Ley del Suelo de 1992 (artículo 235 de la Ley del Suelo de 1976), es la de perseguir y conseguir por encima de cualquier otra consideración, la obser-

César Tolosa Tribiño

vancia en todo caso de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico, por lo que la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando estas sean consideradas como represalia de actuaciones anteriores, tal como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación.

No puede pues estimarse ejercicio abusivo del derecho, ni falta de interés legítimo o legitimación del recurrente en la instancia, pues la denuncia realizada por éste sobre las infracciones urbanísticas reflejadas en su pretensión, se ha visto claramente avalada y reconocida por la propia sentencia recurrida, al declarar la nulidad de los actos recurridos».

- 3) La matización de que el ejercicio de la acción pública sólo debe limitarse, en una interpretación restrictiva, a las pretensiones que tengan cabida y acomodo en la norma sectorial que le sirve de cobertura, sin poder ampliarse a cuestiones conexas de otra naturaleza.

3. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LAS ASOCIACIONES

El segundo problema que se plantea es el referente a la legitimación de las Asociaciones para impugnar la actividad administrativa en materia de medio ambiente.

La Ley 30/1992, al regular el concepto de interesados en el procedimiento administrativo, se remite a lo que prescriban, respecto de los intereses «colectivos», las respectivas leyes sectoriales, al establecer que «*Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca*», lo que permite considerarlos como interesados a todos los efectos.

Pero con independencia de tal remisión normativa, en el ámbito de las Asociaciones conservacionistas y ecologistas este tema se complica al aparecer el interés legítimo vinculado con el fin u objeto de las mismas expresado en sus Estatutos.

En efecto, el análisis de la legitimación activa de las Asociaciones exige, según la STC 93/1990, atender, vincular o relacionar las circunstancias de hecho concurrentes en el caso, el objeto del proceso, con la finalidad de la Asociación reconocida en sus Estatutos.

Se señala que una cosa es que una Asociación, constituida para la defensa de cualesquiera intereses o para el logro de cualesquiera finalidades no delictivas, sin más límites que los especificados en el artículo 22 de la Constitución, resulte legitimada plenamente para impugnar actos administrativos cuando esos intereses resulten afectados o, a juicio del propio ente, deban ser defendidos, según sus Estatutos, tal y como se infiere, con toda claridad, del artículo 19.1, aps. a) y b) de la Ley de esta Jurisdicción actualmente en vigor, y otra muy distinta y jurídicamente relevante que tal legitimación se reconozca indiferenciadamente, de forma abstracta, sobre la base de perseguir fines genéricos de carácter reivindicativo o informativo respecto de la actuación de las Administraciones públicas o la prestación de los servicios públicos. En este último caso, los Jueces y Tribunales de instancia deben denegar la existencia del presupuesto por cuanto éste responde a otros fines que no se equiparan al concepto amplio de «interés».

En este sentido la STC 34/1994 de 31 de enero concluye afirmando que *«resulta evidente que una asociación con fines de defensa de la naturaleza y del mundo animal tiene un interés legítimo y personal en velar por el correcto ejercicio de la potestad administrativa»*.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008, que ha defendido una tesis más flexible y abierta en relación con la legitimación de este tipo de asociaciones.

La sentencia recurrida había declarado la inadmisibilidad del recurso interpuesto por una determinada Asociación por el incumplimiento de la declaración de impacto ambiental del Aeropuerto de Castellón, solicitando la apertura del procedimiento sancionador.

Según la Sentencia de instancia, con una tesis que se revela sumamente restrictiva, si bien se apoya en las SSTS de 11 de junio de 1999 y 19 de mayo de 2000, *«a la recurrente no puede tenérsele por legitimada activamente por el mero hecho de que en sus estatutos figure como finalidad principal el estudio y conservación de los espacios naturales de la localidad de Cabanes, pues ello*

César Tolosa Tribiño

permitiría una legitimación abierta en exceso, para la que bastaría con crear una sociedad o asociación en tal sentido. Quiere con ello destacarse que para que pueda tenerse por legitimada a la recurrente se precisa algo más que el que la misma se autoatribuya en sus estatutos la defensa de determinados intereses: debe resultar afectada, en los términos antes expuestos, por las resoluciones que impugna; o bien debe estar legal y expresamente habilitada en tal sentido».

La sentencia del Tribunal Supremo se aparta de tal criterio al señalar que «No podemos acoger tal planteamiento, pues la especial y decidida protección del medio ambiente por parte del artículo 45 de la Constitución Española, y el carácter amplio, difuso y colectivo de los intereses y beneficios que con su protección se reportan a la misma sociedad —como utilidad substancial para la misma en su conjunto—, nos obliga a configurar un ámbito de legitimación en esta materia, en el que las asociaciones como la recurrente debemos considerarlas como investidas de un especial interés legítimo colectivo, que nos deben conducir a entender que las mismas, con la impugnación de decisiones medioambientales como las de autos, no están ejerciendo exclusivamente una defensa de la legalidad vigente, sino que están actuando en defensa de unos intereses colectivos que quedan afectados por el carácter positivo o negativo de la decisión administrativa que se impugna, tal y como ocurre en el supuesto de autos, en el que, en síntesis, lo que se pretende es la comprobación del cumplimiento del condicionado medioambiental impuesto en la construcción del Aeropuerto de Castellón o el desarrollo de su evaluación ambiental.

Esto es, y sin perjuicio de lo que luego añadiremos en respuesta al siguiente motivo, la especial significación constitucional del medio ambiente amplía, sin duda, el marco de legitimación de las asociaciones como la recurrente, las cuales no actúan movidas exclusivamente por la defensa de la legalidad sino por la defensa de unos cualificados o específicos intereses que repercuten en la misma, y, con ella, en toda la sociedad a quien también el precepto constitucional le impone la obligación de la conservación de los mismos».

La sentencia contiene, a mi juicio, una reflexión sumamente interesante en cuanto basándose en las Consideraciones Generales contenidas en la fase de Propuesta de Directiva (COM 2003), de 24 de octubre, sobre Protección del medio ambiente (Acceso a la justicia en materia de medio ambiente) cuando expresa que «la no aplicación del Derecho medioambiental se debe con de-

masiada frecuencia a que la capacidad procesal para recurrir se limita a las personas directamente afectadas por la infracción. De ahí que una forma de mejorar la aplicación sea garantizar que las asociaciones representativas de protección del medio ambiente tengan acceso a los procedimientos administrativos o judiciales de medio ambiente. La experiencia práctica adquirida en el reconocimiento de la capacidad procesal de las organizaciones no gubernamentales de medio ambiente demuestra que ha servido para reforzar la aplicación del Derecho medioambiental", pone de relieve cómo la protección del medio ambiente depende, entre otros factores, de la regulación de las normas que permiten el acceso a la justicia.

4. LA REGULACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN EN LA LEY 27/2006

Atendiendo a lo que se acaba de señalar, y como vía de participación de los particulares en la defensa del medio ambiente, se procedió a la aprobación del Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998. Conocido como Convenio de Aarhus, parte del siguiente postulado: para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo, deben tener acceso a la información medioambiental relevante, deben estar legitimados para participar en los procesos de toma de decisiones de carácter ambiental y deben tener acceso a la justicia cuando tales derechos les sean negados.

Al cumplimiento de estos objetivos responde en nuestro país la aprobación de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Independientemente de otras cuestiones, debe destacarse cómo es precisamente en el acceso de los ciudadanos a la justicia en materia de medio ambiente donde surgen las dificultades y los principales problemas, siendo el primero de ellos el relativo a la legitimación activa para acudir a la vía judicial en este ámbito.

César Tolosa Tribiño

Como ya hemos dejado dicho, al ser el medio ambiente un concepto jurídico «difuso» que integra una pluralidad de bienes protegibles, que lo convierte en una materia multidisciplinar, existen repercusiones competenciales, tanto en el ámbito legislativo como en el jurisdiccional, lo que se complica por el hecho de la concurrencia de una legislación estatal básica y de una amplia legislación autonómica.

Conviene a estos efectos recordar que el artículo 149.1 señala la competencia exclusiva del Estado sobre «*23.º Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección*». Por su parte, el artículo 148.1 establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir «*9.º La gestión en materia de protección del medio ambiente*».

Consecuentemente, con carácter general, al Estado corresponde dictar la legislación básica y a las Comunidades Autónomas compete el desarrollo legislativo y la ejecución, sin perjuicio de las facultades para establecer normas adicionales de protección.

En relación con la protección del medio ambiente, la legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten «normas adicionales» o un plus de protección; es decir, la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas, con competencia en la materia, establezcan niveles de protección más altos que no entrarían por sólo eso en contradicción con la normativa básica del Estado.

Además, a las Comunidades Autónomas les corresponde el ejercicio de la función ejecutiva también en el ámbito material que comentamos. Sin embargo, la regulación que el Estado y las Comunidades hagan del ejercicio de esta función no puede desconocer que las Administraciones locales tienen reconocida y garantizada en la Constitución su autonomía (autonomía local), por lo que también a estas Administraciones les corresponde el ejercicio de tal función. En consecuencia, el ejercicio de la función ejecutiva en este ámbito ha de ser repartido por los legisladores del Estado y de las Comunidades Autónomas entre la Administración autonómica y la Administración local.

La Ley 27/2006 dedica su Título IV al «Acceso a la justicia en asuntos medioambientales», disponiendo (artículo 20) que toda persona física o jurídica que considere que un acto expreso o presunto imputable a una autoridad pública ha violado los derechos reconocidos en él podrá interponer los recursos administrativos regulados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el recurso contencioso-administrativo regulado en la LJCA, al tiempo que contempla la acción popular en el ámbito medioambiental respecto a los actos expresos o presuntos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren la normativa medioambiental, que podrán ser recurridas por las personas jurídicas que ostenten la legitimación que contempla el artículo 23 de la Ley, esto es, personas jurídicas sin ánimo de lucro que cuenten con una antigüedad legal de al menos dos años y desarrollen su actividad en el ámbito territorial afectado por el acto u omisión objeto de impugnación.

Conviene empezar por aclarar que la legitimación regulada en esta Ley no es propiamente una acción pública, sino más propiamente una legitimación restringida a sujetos colectivos y no a todos los sujetos colectivos.

Desde un punto de vista subjetivo la legitimación se restringe a:

- a) cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro,
- b) que tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular,
- c) que se hayan constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengán ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos,
- d) que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación, o en su caso, omisión administrativa.

Esta regulación está inspirada en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente al regular el público interesado en las consultas dentro del marco de participación.

La regulación legal ha sido objeto de críticas por su carácter restrictivo. Concretamente se considera restrictivo el criterio de la antigüedad de dos años, tomado del sistema francés, que pretende eliminar la posibilidad de constitución

César Tolosa Tribiño

de asociaciones *ad hoc* para un caso judicial concreto. Por otra parte, se considera llamativo el establecimiento del criterio de la conexión territorial, inspirada en este caso en el Derecho anglosajón.

En definitiva, como afirma JORDANO FRAGA «*La Ley 27/2006 importando criterios ajenos a nuestra tradición jurídica contrasta con nuestra jurisprudencia que se ha caracterizado por el reconocimiento de una amplia legitimación en contenciosos ambientales. La Ley 27/2006 configura la resurrección de una legitimación corporativa sobre sujetos colectivos ecologistas creando un discutible monopolio de control jurisdiccional objetivo en los contenciosos ambientales*».

Por el contrario, para LOZANO CUTANDA «*Es cierto que podía haberse ido más allá y haber reconocido la acción pública con carácter general a cualquier persona física o jurídica, pero la solución adoptada parece prudente, por cuanto el ejercicio de la acción pública por los particulares se presta con frecuencia a abusos y chantajes, tal y como se ha puesto de manifiesto a menudo en el ámbito urbanístico, ofreciendo en este sentido las asociaciones dedicadas a la protección ambiental mayores garantías de ejercicio de la acción para fines puramente ambientales*».

Hay que destacar asimismo que la Ley se refiere a la legitimación para recurrir contra «*los actos y, en su caso, las omisiones*» que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente que se enumeran, por lo que hay que entender que se está abriendo también la legitimación por la mera defensa de la legalidad a estas personas jurídicas para interponer el recurso contra la inactividad de la Administración pública (introducido en 1998 por la LJCA), pues esta es la vía específica para actuar contra las «omisiones» de la Administración contrarias a la ley.

Según señala BAÑO LEÓN «*Esta ampliación del recurso contra la inactividad de la Administración es importante, en cuanto a esta vía judicial resulta decisiva para la eficacia del sistema de tutela judicial del medio ambiente, pues dado el papel fundamental que la Administración asume en su defensa y restauración, lo que a los ciudadanos les interesa es que la Administración actúe cuando tiene que hacerlo, controle los niveles de emisión de contaminantes, combata el ruido, cierre las actividades que produzcan más daños al medio ambiente*».

El artículo 22 de la Ley, al regular la acción popular en asuntos medioambientales, efectúa una remisión a las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneran las normas relacionadas con el medio ambiente en el artículo 18.1.

En dicho artículo, se consideran normas relacionadas con el medio ambiente las que afecten a:

- a) Protección de las aguas.
- b) Protección contra el ruido.
- c) Protección de los suelos.
- d) Contaminación atmosférica.
- e) Ordenación del territorio rural y urbano y utilización de los suelos.
- f) Conservación de la naturaleza, diversidad biológica.
- g) Montes y aprovechamientos forestales.
- h) Gestión de los residuos.
- i) Productos químicos, incluidos los biocidas y los plaguicidas.
- j) Biotecnología.
- k) Otras emisiones, vertidos y liberación de sustancias en el medio ambiente.
- l) Evaluación de impacto medioambiental.
- m) Acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente.
- n) Aquellas otras materias que establezca la normativa autonómica.

Esta técnica ha sido criticada por JORDANO FRAGA, quien señala que «*como toda lista es incompleta: no están la evaluación ambiental estratégica, la autorización ambiental integrada, ni la EMAS ni la ecoetiqueta de modo expreso frente a la EIA que sí aparece de modo expreso. No está tampoco la contaminación lumínica de modo expreso. Estos problemas los genera una deficiente técnica legislativa de regulación por remisión sin pensar en las consecuencias de la remisión. Es claro que ninguna restricción debe extraerse de esas limitaciones irreflexivas de la Ley*».

César Tolosa Tribiño

Otra importante cuestión es si el régimen establecido por la Ley 27/2006, de 18 de julio, supone una derogación de la legitimación existente que puede ser más favorable si existen acciones populares verdaderas. La respuesta en la doctrina es negativa, al señalarse que *«tanto si existen acciones populares como otras formas de legitimación general previstas en la Ley 29/1998, entendemos que esas normas debe considerarse prevalentes. Otra interpretación nos llevaría al absurdo —contrario al principio pro actione y al artículo 45 CE— de haber aprobado una ley de acceso a la justicia en materia de medio ambiente para impedir y restringir dicho acceso»*.

5. EL PROBLEMA DE LA REGULACIÓN DE ACCIONES POPULARES POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Un problema que se plantea en materia de legitimación, teniendo en cuenta la gran cantidad de normas emanadas de las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente, es el que se refiere a la posibilidad de regulación de acciones populares por las Comunidades Autónomas.

En la legislación autonómica numerosas normas han reconocido la acción popular de modo general. Así ha procedido la Ley vasca 3/1998, de 27 de febrero, en su artículo 3.4, y el artículo 8 de la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención para la protección ambiental. Numerosas normas autonómicas «sectorialmente» han introducido acciones populares en materia de ruido, atmósfera —Galicia y Cataluña—, vías pecuarias, espacios naturales protegidos, flora y fauna.

En Castilla y León ya hemos citado el artículo 88 de la Ley de Prevención Ambiental, o la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/1991, de 10 de mayo, de Espacios Naturales, etc.

Todo ello nos lleva a una importante cuestión. ¿Pueden las Comunidades Autónomas introducir acciones populares? El TC lo ha negado en otros sectores como el consumo, al establecer que la introducción de una acción popular constituye una competencia exclusiva del Estado por tratarse de legislación procesal (SSTTC 71/1982 y 173/1998).

La cuestión es discutible. Los defensores de esta posibilidad suelen citar el criterio sentado por la STC 311/2006, de 23 de octubre, que resolvía una cuestión referente a la legitimación otorgada por una Ley valenciana a las autoridades autonómicas para ejercitar la acusación en los procesos en materia de violencia de género. Sin embargo una lectura atenta de dicha sentencia nos lleva a concluir que la cuestión referente a la competencia de las Comunidades Autónomas para crear vías de legitimación procesal queda imprejuizada, por cuanto se afirma que *«Si el órgano judicial tenía dudas sobre la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley de las Cortes Valencianas 9/2003, de 2 de abril, debido a que, en su criterio, invadía competencias estatales al configurar una forma de acusación no prevista en la legislación común, debió plantear la cuestión de constitucionalidad ante este Tribunal, dando audiencia a la demandante para que alegara sobre la cuestión»*. En definitiva, el Tribunal Constitucional lo que reprocha al Tribunal ordinario es que sin plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley valenciana inaplique su contenido. Esta conclusión la deja suficientemente clara la sentencia cuando afirma que *«No haberlo hecho así es motivo suficiente para estimar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por cuanto la inaplicación misma del precepto autonómico que da cobertura a la actuación de la Generalitat Valenciana sin plantear la cuestión de constitucionalidad con audiencia previa de la entidad desconoce las garantías procesales anudadas a dichos procedimientos»*.

Consecuentemente, a mi juicio, la única justificación habría que encontrarla en el tenor del artículo 149.1.23.^a de la CE, que atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia sobre la *«Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección»*, entendiendo que la potenciación del control jurisdiccional de la actividad administrativa medioambiental a través de una ampliación del instituto de la legitimación supone una *«norma adicional de protección»*.

Según la STC 170/1989, ha de entenderse por normas adicionales de protección las que sirven para *«complementar o reforzar los niveles de protección previstos en esa legislación básica, siempre que esas medidas legales autonómicas sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan o limiten la protección establecida en la legislación básica del Estado»*.

6. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Últimamente estamos asistiendo a una novedad en el ámbito contencioso-administrativo, consistente en la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos.

La intervención del fiscal en lo Contencioso-Administrativo para estos casos encuentra amparo en la Ley de Responsabilidad Ambiental aprobada en octubre de 2007. En su disposición adicional octava abre un resquicio a la participación del fiscal en procedimientos en los que hasta ahora no intervenía. Dice este precepto que *«el Ministerio Fiscal estará legitimado»* para intervenir en *«cualesquiera procesos contencioso-administrativos que tengan por objeto la aplicación»* de la citada Ley. Añade que las Administraciones han de comunicar al fiscal aquellas infracciones perseguibles por esta norma y, además, poner a su personal al servicio del Ministerio Público para que le preste *«auxilio técnico, material o de cualquier otra naturaleza para el ejercicio de sus funciones en los procesos contencioso-administrativos»*.

La ley, según recoge el artículo 3, *«se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran»* cuando hayan sido causados por determinadas actividades económicas o profesionales, *«aunque no exista dolo, culpa o negligencia»*. Consecuentemente la legitimación que en la Ley se reconoce queda circunscrita a su propio ámbito de aplicación, no resultando procedente extenderla a otros supuestos de protección medioambiental distintos a los que constituyen su objeto.

No obstante estamos asistiendo a una corriente que afirma la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal, incluso en los supuestos de ilegalidades urbanísticas, al amparo del ejercicio de la acción pública.

La nueva vía de persecución de las infracciones urbanísticas y medioambientales ha sido utilizada por las Fiscalías de Cantabria —en defensa del Parque Natural de Oyambre, donde el Ayuntamiento de San Vicente de la Barquera otorgó licencia para construir más de un centenar de viviendas contraviniendo la ley de usos de este espacio protegido—, y también por la Fiscalía de León —contra el Ayuntamiento de Carucedo en defensa de Las Médulas, yacimiento arqueológico declarado Patrimonio de la Humanidad—.

En este sentido, la Instrucción 4/2007 sobre el fiscal coordinador de medio ambiente y urbanismo y las secciones de medio ambiente de las fiscalías contemplaba entre sus funciones «*Ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimientos, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, cuando aquella venga prevista en las diferentes leyes y normas de carácter medioambiental, exigiendo las responsabilidades que procedan*».

La intervención del Ministerio Público en procedimientos no penales debía centrarse esencialmente en procedimientos contencioso-administrativos, en los que la participación del Fiscal se concreta en diferentes normas sectoriales, que actualizan la previsión genérica del artículo 19.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando recoge la legitimación del fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley.

No obstante, conviene señalar, el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 24/2007, no hace referencia a esta intervención, limitándose a remitirse a las leyes procesales, cuando establece en su apartado 14 entre sus funciones la de «*Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención*».

7. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO AMBIENTAL

A la hora de afrontar las medidas cautelares en materia de medio ambiente, debe partirse de afirmar que la verdadera y más eficaz protección del medio ambiente es aquella que se realiza mediante medidas preventivas. En efecto, la tutela cautelar permite reaccionar con carácter previo a que la lesión medioambiental se produzca, evitando las situaciones que se derivan de una sentencia de fondo y que dan lugar a graves problemas de inejecución y, en el mejor de los casos, a la necesidad de adoptar medidas de restauración del orden natural alterado que, aparte de su coste económico, casi nunca dejan las cosas como estaban.

César Tolosa Tribiño

De forma sintética pueden citarse los criterios generales que para la adopción de las medidas cautelares vienen exigiendo nuestros Tribunales. Los citados criterios son los siguientes:

- a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar.
- b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto.
- c) El carácter prevalente del criterio del *periculum in mora*. Conforme al artículo 130.1 de la LJCA «*previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*».
- d) El criterio de la ponderación de intereses, tanto generales como de terceros. Conforme al artículo 130.2 de la LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.
- e) La aplicación de la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), doctrina que permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

Una primera consideración de carácter general nos permite afirmar la insuficiencia de la medida cautelar por antonomasia, la suspensión de la ejecutividad de la actividad administrativa impugnada, para dar respuesta a las distintas situaciones que pueden plantearse en la defensa del medio ambiente.

En efecto, mediante la suspensión puede darse respuesta cautelar a lesiones medioambientales derivadas de actuaciones positivas de la Administración (licencias y autorizaciones para actividades contaminantes), pero no ofrece solución a situaciones derivadas de la pasividad administrativa (negativa expresa o presunta a adoptar una determinada actuación en defensa del medio ambiente), pues como viene sosteniendo la jurisprudencia, los actos de contenido negativo, por su propia naturaleza, no son susceptibles de suspensión.

Consecuentemente, la solución pasa por la adopción de medidas cautelares positivas que permitan imponer a la Administración, hasta tanto se dicte la sentencia definitiva, una obligación de hacer al efecto de evitar que la lesión medioambiental se produzca, consolide o perpetúe.

En definitiva, partiendo del carácter innominado de las medidas cautelares reguladas en la vigente Ley de la Jurisdicción, es necesario dotar de mayor amplitud al inventario de medidas cautelares que se solicitan de los Tribunales, al tiempo que estos deben adaptarse a la necesidad de innovar en esta materia.

La segunda consideración de carácter general es que la adopción de medidas cautelares en procedimientos en los que está presente la protección de los valores medioambientales debe ser analizada desde la perspectiva de la valoración en cada caso de los intereses en conflicto, como criterio fundamental en el momento de su resolución.

Al objeto de dilucidar tal valoración ha de partirse necesariamente de la tensión permanente entre dos valores susceptibles de protección, por cuanto, en la gran mayoría de los supuestos, se suele apelar a criterios que podemos denominar «conservacionistas», frente a criterios «desarrollistas». No obstante este enfrentamiento de valores habitual en los procesos contencioso-administrativos ambientales, no debe olvidarse que el Medio Ambiente y el Desarrollo son, más que conceptos antagónicos, conceptos complementarios que se benefician mutuamente uno del otro si se plantean convenientemente, de ahí que el concepto actual del desarrollo es el de desarrollo sostenible o también llamado eco-desarrollo.

En esta línea, el Tribunal Constitucional, en las SSTTC 64/1982, de 4 de noviembre, y 170/1989, de 10 de octubre, concluye que la Constitución reconoce la tutela del medio ambiente, pero sin que éste prevalezca sobre el crecimiento económico. Lo que se trata es de compaginar, en la forma en que en cada caso decida el legislador competente, la protección de ambos bienes constitucionales —el medio ambiente y el desarrollo económico—, pero siempre teniendo en cuenta que, según el alto Tribunal, no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, sino que se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza.

César Tolosa Tribiño

No obstante este aparente equilibrio, es lo cierto que encontramos ejemplos en la jurisprudencia constitucional que parecen avalar una cierta preeminencia de los valores medioambientales. Así el ATC de 12 de septiembre de 2006 establece que, «*En cuanto a los intereses vinculados a la preservación del “medio ambiente”, es tradicional en nuestra doctrina, en relación con la resolución de estos incidentes, pronunciarse “de forma jurídicamente generalizada a favor de la primacía de la protección de los recursos biológicos naturales, dada su fragilidad y la irreparabilidad de los perjuicios que se podrían producir en caso de perturbación de los mismos (AATC 674/1984, 1270/1988, 101/1993, 243/1993, 46/1994 y 225/1995, entre otros)” (ATC 252/2001, de 18 de septiembre, FJ 3, con cita del ATC 287/1999, FJ 3).*

Por su parte el ATC de 18 de septiembre de 2001, señala que “como excepción a esta doctrina, sólo hemos admitido la subordinación de los intereses conservacionistas a otros intereses públicos o privados de carácter patrimonial cuando la lesión de éstos suponga afectar a un sector económico de manera directa e inmediata..., fundamental para la economía de la Nación... con posibles perjuicios económicos de muy difícil reparación (ATC 890/1986, FJ 2), o bien cuando la aplicación de las medidas controvertidas fueran susceptibles de provocar gravísimos efectos perjudiciales (ATC 29/1990, FJ 3, que reitera el anterior)” (ATC 287/1999, FJ 3)».

En tercer lugar, debemos hacer referencia al problema derivado de la exigencia de cauciones o fianzas que, debido a su cuantía, enervan en muchos casos la posibilidad de solicitar y dar efectividad a las medidas cautelares.

Según dispone el artículo 133 de la LJCA, «*Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.*».

El problema surge cuando la fijación de la fianza, que en muchos casos parte de un determinado porcentaje sobre el presupuesto del proyecto, hace ilusoria la posibilidad real de la adopción de la medida cautelar en los casos de impugnaciones deducidas por particulares o por asociaciones ecologistas. Un principio fundamental a tener en cuenta a la hora de fijar o determinar el contenido y alcance de la fianza es el principio de proporcionalidad. La concreción

de este principio de proporcionalidad ha determinado que algunos Juzgados y Tribunales, en el momento de la fijación de la fianza o garantía, hayan optado, con buen criterio a mi juicio, por dar relevancia al dato de la capacidad económica del solicitante de la medida cautelar, tratando de evitar, como muchas veces ocurre, que fianzas excesivamente gravosas hagan ilusoria la facultad de solicitar y obtener la tutela cautelar.

En este sentido la STC 45/2002, de 25 de febrero, señala en un pleito hipotecario, pero con doctrina plenamente aplicable a la cuestión que estamos analizando, que *«cuando la ley autorice la exigencia de fianza, no es competencia de este Tribunal sustituir a los órganos de la jurisdicción ordinaria en la fijación de la cuantía de las que deben prestar los litigantes para el ejercicio de las correspondientes acciones legales. Así pues, en la vía del amparo, su función se limita al control de la arbitrariedad e irrazonabilidad de las decisiones judiciales en la materia, con el fin de valorar, desde la perspectiva del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE, si la cuantía de la fianza impuesta por los Tribunales en el caso satisface el canon de razonabilidad o, por el contrario, resulta desproporcionada en relación con los medios económicos de quien deba prestarla, erigiéndose de este modo en un impedimento u obstáculo insalvable para el ejercicio de la acción lo que conduciría, en la práctica, a la indefensión.*

La regulación legal que se deja sucintamente expuesta impone a los órganos judiciales, a la hora de fijar la cuantía de la caución que debe prestar el demandado, una ponderación de las circunstancias del caso que tenga en cuenta el objeto y contenido de la pretensión ejercitada en la demanda, las consecuencias económicas que para el demandante se derivan de la conducta perturbadora del derecho real inscrito que se imputa al demandado (frutos, daños y perjuicios y costas procesales), así como la capacidad económica de éste, pues la exigencia de una caución que hiciera impracticable el ejercicio de su derecho de defensa, impidiéndole contestar a la demanda y oponerse a la pretensión del actor (“demanda de contradicción”), podría constituir una privación del derecho a la tutela judicial efectiva que vulneraría el artículo 24.1 CE al impedir el acceso al proceso sumario en el que le ha situado la contraparte».

Por otra parte conviene aclarar que el hecho de que el demandante pueda litigar con el beneficio de la justicia gratuita no impide la posibilidad de exigen-

César Tolosa Tribiño

cia de fianza. En efecto el artículo 2.1.c) de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, reconoce este derecho a las «Asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación», entre las que se encuentran determinadas asociaciones de protección del medio ambiente.

En la STC 202/1987, de 17 de diciembre, el Tribunal tuvo ocasión de declarar que la fianza exigida por los órganos judiciales a un demandante al que se había reconocido el derecho a la justicia gratuita, como condición previa para acordar la anotación en el Registro de la Propiedad de su demanda civil, no vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la adopción de esta medida cautelar es susceptible de originar unos daños y perjuicios en el demandado, en atención a los cuales la ley admite que pueda condicionarse, exigiendo la oportuna caución de quien la solicite (artículo 139 del RH).”

8. LA PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS AMBIENTALES

8.1. LOS PROBLEMAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Según el artículo 217 de la LEC las reglas sobre la carga de la prueba pueden resumirse en tres principales: a) La distribución general de la carga de la prueba entre demandante y demandado atendiendo a su postura procesal y al contenido de su pretensión, b) La existencia de criterios legales de distribución de la carga de la prueba y c) Los principios de disponibilidad y facilidad probatoria.

El problema de la carga de la prueba en el proceso contencioso-administrativo se ha abordado tradicionalmente de una forma simplista, afirmándose, como aserto general, que dicha carga correspondía al demandante a partir de la construcción del principio de presunción de legalidad y legitimidad de la actuación administrativa.

Sin embargo debemos señalar cómo la doctrina jurisprudencial ha efectuado una interpretación prudente y cada vez más restrictiva de este principio, señalando que la presunción de legalidad de los actos administrativos sólo implica la carga de su impugnación cuando se disiente de ellos. Producida la

impugnación, el «acto administrativo» no goza de ningún privilegio y se encuentra sometido a las reglas que en materia de prueba establece nuestro ordenamiento jurídico. Consecuentemente el principio de presunción de legalidad despliega una eficacia meramente extraprocesal al permitir la ejecutoriedad de dichos actos, siquiera su validez no se haya acreditado, pero que en ningún caso supone una presunción irrefragante de su corrección legal, ni tampoco permite un desplazamiento de la carga de la prueba.

Resulta a mi juicio fundamental la aplicación por los tribunales del principio de facilidad y disponibilidad probatoria, principios que, como antes señalé, aparecen positivizados en el artículo 217 de la LEC y que ya habían sido objeto de aplicación tanto por la jurisprudencia constitucional como por la ordinaria. Ya el TC en Sentencia 227/1991 otorgó el amparo solicitado por considerar que la carga de la prueba debía recaer en la Administración, dado que las pruebas obraban en su poder.

En el mismo sentido el TS, en Sentencia de 20 de marzo de 1989, señala: «... *El principio de la buena fe en la vertiente procesal puede matizar, intensificar o alterar la regla general sobre distribución de la carga de la prueba en aquellos casos en los que para una de las partes resulta muy fácil acreditar un dato de difícil prueba para la otra...*». Igualmente, en Sentencia de 26 de julio de 1996, expresamente se señala que el *onus probandi* se traslada a la Administración cuando es ella la que tiene en sus manos la posibilidad de certificar sobre los extremos necesitados de prueba. Por consiguiente, ha de atenderse también al cumplimiento de la doctrina legal que, dentro del marco del juego de la carga de la prueba, atribuye, en definitiva, el *onus probandi* a quien, por su posición y función, dispone o tiene «más facilidad» para asumirlo.

La necesidad de aplicación de este principio se infiere, por lo demás, del contenido de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004, asunto *Moreno Gómez contra España*, que versa sobre la aplicación del artículo 8.1 del Convenio sobre la posible vulneración del derecho al respeto al domicilio por ruidos, que contiene una interesante consideración de cara a la aplicación de los principios generales sobre la carga de la prueba en los procesos ambientales.

Según los tribunales españoles, la demandante no había probado la intensidad de los ruidos en el interior de su vivienda. Frente a tal alegación el Tribu-

César Tolosa Tribiño

nal razona que la exigencia de una prueba de esa intensidad era «*demasiado formalista*» desde el momento en que «*las autoridades municipales habían calificado la zona en que vivía la demandante de zona acústicamente saturada... En consecuencia, el hecho de haber rebasado los niveles máximos de ruido fue verificado en varias ocasiones por los servicios municipales. Por tanto, exigir a alguien que habita en una zona acústicamente saturada, como en la que habita la demandante, la prueba de algo que ya es conocido y oficial para la autoridad municipal no parece necesario*» (parágrafo 59). De ahí que, mantenidos «durante varios años» unos niveles de ruido que excedían de los autorizados, y además de noche, el Tribunal aprecie sin vacilación y por unanimidad una vulneración de los derechos protegidos por el artículo 8 del Convenio (parágrafo 60).

En directa relación con lo anterior debe tenerse en cuenta que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1992, en la jurisdicción contencioso-administrativa, al referirse a la trascendencia probatoria del expediente administrativo «*como regla general, en la vía administrativa ya se habrán cuestionado y debatido los hechos y se habrá practicado prueba, y que todo lo actuado en aquella vía se incorpora al proceso contencioso-administrativo*».

8.2. EL TESTIGO-PERITO

Una de las nuevas figuras que introduce la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) es la del testigo-perito. A él se refiere, dentro del régimen de los testigos, el artículo 370, sin perjuicio de la ratificación del informe testifical a que se refiere el artículo 380.

Esta figura, que introduce confusión en el sistema sin añadir en el régimen tradicional ninguna mejora sustancial, viene a reunir, en una sola persona, las condiciones de perito y testigo. Sin embargo, sólo es comprensible si se tiene en cuenta que, a todos los efectos, es un testigo propiamente dicho, que como tal declara acerca de hechos de los que tiene conocimiento por haberlos presenciado (esto es, lo que naturalmente se ha entendido siempre como testigo), con la particularidad de que, en los términos del artículo 370.4, «*cuan-do el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal ad-*

mitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos».

Esta identificación de la figura del testigo-perito con la primera de ellas, tal como, por lo demás, queda determinado en la Ley por su ubicación sistemática dentro de la regulación de la prueba testimonial, es transcendental a la hora de configurar los perfiles de la institución:

- a) En primer lugar, cabe suponer que el testigo-perito sólo puede ser una persona natural, no una empresa o persona jurídica. En otras palabras, el testigo-perito es un testigo que, además o de una manera accidental, es también perito o desempeña materialmente, en la emisión de la prueba, una función técnica asimilable a la pericial, lo que no le convierte en perito.
- b) En la dogmática procesal, el testigo no se elige por las partes, ni acude al proceso a ilustrar al órgano judicial sobre determinados conocimientos científicos o técnicos de los que aquél carece, sino que viene elegido, valga la expresión, por su relación con los hechos litigiosos. De ahí que sea irregular e improcedente que al testigo-perito se asigne la cualidad de perito y, en consecuencia, se le aplique el régimen jurídico destinado a éste.

Por eso creo que hay que estar atentos y evitar que la prueba se convierta en una pericial, lo que sucederá si permitimos que las preguntas no versen sobre hechos, sino sobre el contenido del informe pericial, respecto del cual únicamente serían admisibles preguntas sobre su autoría, autenticidad, método seguido u otras generales, pero no una controversia sobre las conclusiones científicas o técnicas, ya que lo único que la ley permite al testigo-perito es agregar a «sus respuestas sobre los hechos» manifestaciones que guarden relación con los conocimientos técnicos que posean.

9. DOCTRINA SOBRE LA IMPOSIBILIDAD LEGAL O MATERIAL DE EJECUCIÓN

Conviene empezar recordando que el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución incluye el derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos. En efecto, como seña-

César Tolosa Tribiño

la la Sentencia constitucional 58/1983, de 29 de junio y, en la misma línea, la 109/1984, de 26 de noviembre, «*el derecho del artículo 24 se concreta en que el fallo judicial pronunciado se cumpla, de manera que el ciudadano, que ha obtenido la Sentencia, vea satisfecho su derecho y, por consiguiente, en su vertiente negativa es el derecho a que las Sentencias y decisiones judiciales no se conviertan en meras declaraciones sin efectividad*».

En consonancia con lo anterior, el artículo 105 de la LJCA, en su número primero señala que «*No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la in-ejecución total o parcial del fallo*». No obstante y como excepción a la regla general, el número dos establece como supuesto excepcional las causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia.

Son muy frecuentes los supuestos en los que, en relación con grandes y pequeños proyectos que tienen incidencia en el medio ambiente, se plantean por las Administraciones públicas incidentes de inejecución de las sentencias dictadas que declaran la ilegalidad de este tipo de actuaciones y, lo que es más importante, la reposición de las cosas a su estado anterior, lo que conlleva en la mayoría de los casos, si bien no en todos, la demolición de lo construido.

Por ello creo necesario realizar algunas consideraciones sobre esta cuestión a la luz de la jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

Respecto al contenido del término imposibilidad, como afirma el Auto del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1991, la imposibilidad «debe entenderse en el sentido más restrictivo y estricto, y en términos de imposibilidad absoluta; esto es, absoluta imposibilidad física o clara imposibilidad jurídica de cumplir el fallo».

En cuanto a la legitimación para instar la solicitud de imposibilidad material de ejecución, el artículo 105.2 de la LJCA la reconoce en exclusiva a la Administración obligada a su cumplimiento, lo cual no impide evidentemente que si cualquier otro interesado considera que concurre cualquier causa obstativa a la ejecución pueda plantearlo, si bien necesariamente deberá hacerlo por medio del representante de la Administración.

No obstante lo anterior, se ha defendido, con la evidente finalidad de ampliar los rígidos límites de la legitimación en estos supuestos, que el resto de las partes pudieran llegar a plantear supuestos de inejecución por imposibilidad

material por la vía del artículo 109 de la LJCA, esto es, a través del trámite del incidente de ejecución de sentencias.

Respecto del plazo para el planteamiento de este incidente, establece el referido precepto que *«La declaración de concurrencia de alguna de las causas mencionadas en el párrafo anterior habrá de efectuarse dentro de los dos meses siguientes a la comunicación de la sentencia»*. A este respecto conviene, no obstante, hacerse eco del reciente Auto del TS de 17 de noviembre de 2008 (casación 4285/05, caso *Hotel Suances*), en el que se declara que *«Esta Sala ha declarado en diversas ocasiones... que el plazo señalado en los artículos 104.2 y 105.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción para que el representante procesal de la Administración pueda instar la declaración de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia... no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que, si efectivamente concurre la imposibilidad puede ser declarada aun cuando haya transcurrido aquel plazo; y, en esa misma línea, hemos señalado que la declaración de imposibilidad de ejecución podrá instarse en un momento posterior cuando la causa que la determina sobrevenga con posterioridad al transcurso de aquel plazo que señala los preceptos citados»*.

Sin embargo, y pese a esta doctrina flexibilizadora del cumplimiento del plazo, el citado Auto se ve obligado a señalar, para evitar determinados planteamientos claramente abusivos: *«Ahora bien, esas modulaciones interpretativas, acordes con la finalidad de la norma, de ningún modo significan que el plazo legalmente establecido carezca de toda virtualidad o pueda ser enteramente ignorado. Muy por el contrario, en sentencia de 9 de abril de 2008 (casación 6745/05) hemos destacado la significación de ese plazo haciendo las siguientes consideraciones: (...) Si no se fijase un plazo legal para promover el incidente de inejecución de una sentencia por imposibilidad legal o material, cabría la posibilidad de que, en cualquier momento ulterior, se tome un acuerdo o se promulgue una disposición que traten de hacer imposible la ejecución de la sentencia, de modo que, en virtud del principio de seguridad jurídica en el cumplimiento de las sentencias, la ley ha determinado el plazo de dos meses, que, como se indica en la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1862/2001), se interpretó por la jurisprudencia de forma estricta y que, aun admitiendo precisiones o matizaciones en algunos pronunciamientos, ha de respetarse siempre para salva-*

César Tolosa Tribiño

guardia del aludido principio que garantiza la ejecución de las sentencias en sus propios términos».

Desde una perspectiva procedimental, el precepto se limita a exigir, a la vista de la solicitud formulada por la Administración, la audiencia de las partes, que el precepto amplía no solamente a las partes procesales en el procedimiento, sino también *«a quienes considere interesados»*. Aunque no se contempla la posibilidad de periodo probatorio, no debe existir obstáculo para la apertura del mismo con la finalidad de poder practicar las que se consideren pertinentes tanto en relación con la concurrencia de la causa como en relación con la determinación, en su caso, de la indemnización procedente.

En consecuencia, la decisión judicial debe abarcar, en principio, dos aspectos diferentes:

1. La concurrencia o no de la causa material o legal de imposibilidad de ejecución de la sentencia.
2. En segundo lugar, el Juez o Tribunal, si apreciare la concurrencia de esa causa, deberá adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecución.

En estos casos de imposibilidad material de la ejecución de la sentencias el Juez tiene obligación de indagar sobre otros posibles medios de ejecución equivalente o sustitutoria, medios que pueden ser de cualquier naturaleza y no sólo la indemnización de los daños y perjuicios a los que se refiere el artículo 105 de la LJCA. A este respecto, el TC, en su Sentencia 67/1984, de 7 de junio, recuerda que *«tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de la identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por un equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación»*, y en la STC 153/1992, de 19 de octubre, que *«esa imposibilidad de dar cumplimiento a la Sentencia en sus propios términos no implica, al menos en las Sentencias condenatorias, la ausencia de toda otra medida ejecutiva, de modo que baste la mera constatación de la imposibilidad de acordar el cumplimiento estricto de los mandatos que ella contiene para entender satisfecha la tutela judicial efectiva, siendo preciso que, en tales supuestos, se acuda a la adopción de otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios que el ordenamiento ofrece, pues, en caso contrario, las decisiones judiciales quedarían convertidas en meras*

declaraciones de intenciones, y la parte que ha obtenido la Sentencia favorable se encontraría en idéntica posición que antes de obtener dicho pronunciamiento».

Un supuesto muy habitual es el de la alegación de imposibilidad legal por cambio o modificación del planeamiento urbanístico. En este sentido la STS de 10 de diciembre de 2003 razona que esa modificación no será causa de inejecución de la sentencia si ha sido realizada con la intención de incumplir la sentencia, o mejor, con la intención de que ésta no se ejecute (sentencias de 5 de abril de 2001 y 10 de diciembre de 2003). Por lo tanto, las modificaciones de planeamiento destinadas a imposibilitar la ejecución de una sentencia no pueden prevalecer frente a ésta (STS de 24 de febrero de 2003). De manera que ha de demostrarse que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico (STS 10 de diciembre de 2003).

Más recientemente la STC 22/2009, de 26 de enero, analiza un supuesto en el que la Sala acordó la suspensión parcial del cumplimiento de la Sentencia, en cuanto a la demolición acordada, *«durante el plazo que se fije en ejecución de la presente resolución»*, en un supuesto de mero proyecto de modificación normativa argumentando que, si bien no se ha producido ninguna transformación de la situación con la propuesta de cambio normativo que plantea el Ayuntamiento, *«no puede obviarse en el juicio ponderado y equitativo que debe presidir toda solución, las graves consecuencias que para el titular de las obras conllevaría el cumplimiento inmediato de la ejecutoria sin esperar durante un plazo prudencial que concilie los intereses enfrentado, a discernir, con todos los datos sobre su acomodación a las determinaciones urbanísticas que se proponen revisar a efectos de su posible legalización»*.

Para la citada sentencia *«debe concluirse que la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del artículo 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. En efecto, tomado en consideración que el principio general es la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y que sólo, de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inejecutar o suspender su cum-*

César Tolosa Tribiño

plimiento, no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta. Del mismo modo, tomando en consideración que había transcurrido un dilatado periodo de tiempo desde que alcanzó firmeza la orden judicial de demolición de la obra, tampoco cabe sostener, como se hace en la resolución impugnada, que frente a la exigencia constitucional de ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, cabe ponderar, a los efectos de su inejecución, las consecuencias que para el condenado conllevaría el cumplimiento inmediato de una orden cuyo objeto es la restauración de la legalidad».

En algunas ocasiones, la cuestión se complica, dado que el cambio normativo no puede ser objeto de control por la Sala, ya que la situación jurídica se ve modificada por una norma no reglamentaria sino con rango de ley. Es el caso estudiado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005, sobre la Presa de Itoiz, en la que la propia sentencia aclara que *«Desde ahora, debemos dejar constancia de que no estamos ante un supuesto de los que habitualmente la jurisprudencia conoce como de imposibilidad legal de ejecución de sentencia, y que, en realidad, son supuestos de inejecución por “imposibilidad reglamentaria”, ya que, normalmente, se trata de supuestos en los que el planeamiento urbanístico posterior —por tanto, la norma reglamentaria— incide sobre la anterior declaración jurisdiccional de nulidad, alterando su eficacia, de forma —o no— deliberada. Y, aunque el supuesto cuenta con una evidente semejanza con el de autos, no es, sin embargo, ante el que nos encontramos por cuanto, aquí, la norma posterior, determinante, en principio, de la ineficacia de la decisión jurisdiccional, surge de una Asamblea legislativa, cuenta con rango legislativo y constituye la expresión de la voluntad popular, como —acertadamente— señala la sentencia de instancia».*

Por último, suele ser frecuente la alegación de los intereses públicos en juego, en el momento de solicitarse la inejecución de sentencias. En este sentido el reciente Auto del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 señala que *«La demolición de un polideportivo municipal y una plaza pública no puede constituir en absoluto un supuesto de imposibilidad de ejecución de una sentencia, ni material..., ni legal (pues el carácter de unos bienes municipales como bienes de uso o servicio público o general no impide su de-*

molición cuando, como aquí, se han erigido ilegalmente y así lo ha declarado una sentencia firme; en absoluto puede aceptarse que los bienes municipales de propios, comunales o de dominio público, sean inmunes a las decisiones judiciales; si el origen de esos bienes es ilegal, se impone su desaparición).

Aceptar la tesis de la Sala de instancia (a saber, que la mera existencia de unas instalaciones o edificaciones de uso o servicio público, aunque sean ilegales, impide sin más la ejecución de las sentencias en sus propios términos) significaría abrir una brecha de incalculables consecuencias en el sistema de ejecución de sentencias, que carecería de cualquier apoyo legal».

Por último existen supuestos, esencialmente en casos de ejecución de sentencias muy complejas o de gran trascendencia social, en las que los Tribunales, sin admitir la inejecución, sí permiten una especie de aplazamiento unido a la fijación de un calendario de actuaciones que normalmente suele dilatarse en el tiempo.

Esto es lo decidido por el Auto del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006 (Asunto *Depuradora de Vuelta Ostrera*), cuando se afirma que «*En la pieza separada de ejecución de la sentencia de fecha 26 de octubre de 2005, dictada en el presente recurso contencioso-administrativo, el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, presentó escrito, con fecha 5 de abril de 2006, alegando que esta ejecución "... en los estrictos términos temporales que prevé el artículo 104 de la Ley Jurisdiccional provocaría daños irreparables (...) y determinaría el incumplimiento de la Directiva 91/271/CEE de la Unión Europea..."*»; y propone a la Sala el modo de ejecución íntegra de aquélla conforme a un cronograma de actuaciones que se adjunta a dicho escrito.

El referido Auto resuelve, con una fundamentación que no es especialmente prolija que «*Dado lo dispuesto en el artículo 109.1.b) de la Ley de la Jurisdicción y dada la conformidad en lo esencial de las restantes partes al "modo propuesto de ejecución", presentado por la Administración del Estado en el escrito que tuvo su entrada en este Tribunal Supremo el 5 de abril de 2006, se accede a lo solicitado*».

10. LA LEGITIMACIÓN PARA INSTAR LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Una cuestión polémica a la que hacer referencia es la que plantea el problema de la legitimación para instar la ejecución de sentencias, esencialmente en aquellos supuestos en los que esta se pretende por quienes no han sido parte en el proceso principal.

La sentencia del TS de 7 de junio de 2005 se plantea esta cuestión a partir de la interpretación del contenido del artículo 104.2 de la LJCA, que establece que *«transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en ésta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa»*.

El supuesto litigioso se refería a la determinación de la admisión en trámite de ejecución de sentencia de la pretensión de demolición de una construcción ilegal, por interesados que no habían sido parte del proceso principal, pese a haber contado con posibilidad de hacerlo.

En este sentido la sentencia afirma: *«... Pues bien, la propia LJ al regular la ejecución de las sentencias de este orden jurisdiccional, legítima no sólo a las partes que han comparecido en el proceso principal —las “partes en el juicio” o “litigantes”—, sino, más ampliamente, a las “partes interesadas” (artículo 110, núm. 1, de la LJ)»*.

Para la sentencia se ha de entender por *«personas afectadas»* aquéllas que puedan ver menoscabados o perjudicados sus derechos o sus intereses legítimos por efecto de la ejecución o de la inejecución de la sentencia, y ello con independencia de que hubieran podido intervenir en el proceso principal y hubieran renunciado a ello.

Con posterioridad la Sección Tercera de la Sala Tercera del TS (Auto de 22 de junio de 2005) ha vuelto a pronunciarse acerca del contenido del mismo concepto de «persona afectada» y de la legitimación para intervenir en el incidente de ejecución de sentencias en el Auto de 22 de junio de 2005.

Según este Auto, la legitimación para personarse en el trámite de ejecución de una sentencia por quien no fue parte en el proceso principal depende no só-

lo del concepto de «persona afectada», sino también de la mayor o menor vinculación de quien pretende personarse con el objeto del litigio, de forma tal que debe apreciarse *«si quien ostenta ese interés no se ha visto, a la vez, “afectado” en su situación jurídica propia, individual, por la sentencia que resolvió dicho proceso»*.

Por último, el Auto clarifica la diferencia de legitimación exigible para interponer el recurso contencioso-administrativo y la legitimación exigible para instar o intervenir en el trámite de ejecución. Se afirma en este sentido que *«Sostiene la sociedad “... S.A.”, coincidiendo en ello con la tesis mantenida en el voto particular discrepante del auto ahora impugnado, que la legitimación para personarse en la fase de ejecución de sentencia es la misma que para interponer un recurso contencioso-administrativo (artículo 19.1 de la Ley Jurisdiccional). De modo que si en su día pudo impugnar el Acuerdo del Consejo de Ministros, con la misma legitimación podrá ahora personarse en la ejecución de la sentencia que lo anuló.*

Por muy sugerente y fundada que parezca dicha tesis, ni ha sido recogida en la sentencia del Pleno de 7 de junio de 2005 (que, por el contrario, siguiendo la pauta del artículo 72.3 de la Ley Jurisdiccional, distingue cuidadosamente a efectos de la ulterior personación en la fase de ejecución de sentencia según cuál haya sido el contenido de las pretensiones, no admitiendo la personación tardía de quien no fue parte procesal cuando la sentencia ha resuelto sobre una pretensión de plena jurisdicción) ni consideramos que se ajuste a los términos del artículo 104.2 de aquella Ley.

En efecto, existen diferencias entre los sujetos legitimados del artículo 19.1 y las “personas afectadas” del artículo 104.2, ambos de la Ley Jurisdiccional. Entre aquéllos figuran, por ejemplo, los ciudadanos que ejerciten la acción popular, a quienes difícilmente podría admitirse su personación en la fase ejecutiva si no se personaron en la fase declarativa del proceso. De hecho, la tan citada sentencia del Pleno de 7 de junio de 2005 distingue también entre el ejercicio de la acción pública y la personación como “afectado” en la ejecución de sentencia.

La legitimación para impugnar un acto administrativo viene condicionada por la circunstancia de que éste perjudique o favorezca a los derechos o intereses legítimos de las personas que lo recurren o mantienen su validez, res-

César Tolosa Tribiño

pectivamente. Se trata, pues, de una relación entre el acto administrativo y la situación jurídica de quien lo impugna o lo defiende. Por el contrario, la personación para interesar la ejecución de la sentencia firme no tiene que ver ya con el acto originario (ni con las condiciones para recurrirlo) sino precisamente con la sentencia en sí. Si los efectos de la sentencia —y no, insistimos, los efectos del acto en su día impugnado— alteran o modifican la situación jurídica de quien no fue parte en el proceso, dicha persona podrá, en cuanto "afectada" por la sentencia, personarse en su ejecución».

11. EL PROBLEMA DE LA RECURRIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL

El artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción dispone que las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sean relevantes y determinantes del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Según el Auto del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2007 (Asunto *Alto del Cuco*), «*Para que las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia sean recurribles —todas, con abstracción de la Administración autora de la actuación impugnada— es necesario que, además de ser susceptibles de casación por razón de la materia o la cuantía del asunto, concurren los siguientes requisitos: A) que el recurso de casación pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido; B) que esas normas, que el recurrente reputa infringidas, hubieran sido invocadas oportunamente por éste o consideradas por la Sala sentenciadora; C) que el recurrente justifique en el escrito de preparación del recurso que la infracción de las mismas ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia».*

Independientemente de la dificultad a la hora de deslindar en cada caso concreto cuándo las normas del Derecho estatal o comunitario han sido relevan-

tes para el fallo permitiendo el acceso al recurso, la cuestión se complica en materia de medio ambiente atendiendo a la realidad, a la que ya me he referido, de la convivencia de normas estatales, autonómicas y comunitarias.

Interesa destacar, en este sentido, la doctrina sentada por la STS de 10 de noviembre de 2008, cuando afirma que *«Poco importa que la regulación autonómica sea reproducción de las previsiones del ordenamiento del Estado, puesto que el ejercicio por una Comunidad Autónoma de potestades legislativas en materias sobre las que le han sido transferidas las correspondientes competencias determina que el derecho resultante haya de imputarse a esa Comunidad, sin que pierda su naturaleza porque el contenido material de la regulación regional coincida con el de la estatal»*.

Recordemos, en todo caso y desde el punto de vista formal, que el artículo 89.2 de la LJCA exige al recurrente justificar en el trámite inicial del procedimiento impugnatorio —en el escrito de preparación del recurso— que la infracción de las normas jurídicas hábiles, que en su día podrán hacerse valer como fundamento del recurso de casación, ha sido relevante y determinante de la sentencia. En otras palabras, el juicio de relevancia tiene su sede propia en el escrito de preparación del recurso, cumpliendo la función de acotar las infracciones normativas que habrán de servir para articular los motivos de casación; justificación que ha de ser acreditada por el que prepara el recurso de casación, haciendo explícito cómo, por qué y de qué forma ha influido y ha sido determinante del fallo.

En diversos Autos, el Tribunal Supremo perfila el concepto de lo que denomina el juicio de relevancia, bajo esta expresión: *«En definitiva, no se trata de articular en el escrito preparatorio del recurso el motivo o motivos que han de servir de fundamento al recurso de casación, lo que constituye el contenido propio del escrito de interposición, sino de anunciar la norma o normas jurídicas concretas, de Derecho estatal o comunitario europeo, que la parte recurrente entiende han sido infringidas por la sentencia y de justificar, eso sí, que su infracción, que en la fase de preparación se da por supuesta, es relevante y determinante del fallo, por remisión a la fundamentación jurídica del mismo»*.

