

A LA SOMBRA DE LA PANDEMIA: LA CRISIS CLIMÁTICA COMO TELÓN DE FONDO DE LAS TRANSFORMACIONES ACTUALES DEL DERECHO AMBIENTAL

Santiago Álvarez Carreño
Universidad de Murcia*

RESUMEN

Las consecuencias sociales y económicas de la pandemia de Covid-19 han impactado también sobre el Derecho ambiental. Algunas tendencias evolutivas que eran ya visibles desde la Gran Recesión han venido a confluir con los nuevos retos de la lucha contra el cambio climático global. El presente estudio da cuenta de algunas de las transformaciones que se hacen visibles en el ordenamiento jurídico y consigna retrocesos y avances en los ámbitos legislativo y jurisprudencial.

ABSTRACT

The social and economic consequences of the Covid-19 pandemic have also had an impact on environmental law. Some evolutionary trends that were already visible since the Great Recession have come to converge with the new challenges of the struggle against global climate change. The present study offers an account of some of the transformations that are visible in the legal system and observes setbacks and advances in the legislative and jurisprudential fields.

PALABRAS CLAVE

Pandemia — Crisis Climática — Derecho ambiental — Globalización — Tendencias evolutivas

KEYWORDS

Pandemic — Climate crisis — Environmental law — Globalization — Evolutionary trends

SUMARIO

- I. Introducción: en tiempos de «nueva normalidad».
- II. El recurso abusivo al Decreto-ley: la pandemia como excusa para acometer reformas regresivas de la legislación ambiental.
- III. La tensión entre Ciencia y Derecho: la pandemia recrudece un excitado debate ya manifiesto ante la necesidad de combatir la crisis climática.
- IV. Las consecuencias sobre el Derecho ambiental: algunas tendencias constatables.
- V. La constatación de algunos avances en el Derecho de aguas: apuntes sobre recientes decisiones judiciales.
- V. 1 La exigencia de justificación del «interés público superior» para alterar/modificar masas de agua.
- V. 2 La consolidación de la figura de protección de las reservas fluviales.
- V. 3 La necesidad de dotar de recursos personales y materiales a los organismos de Cuenca: la jurisprudencia pone límites a la abusiva huida del Derecho administrativo.
- V. 4 Otras relevantes sentencias sobre caudales ecológicos y otros conflictos ambientales: luces y sombras.
- VI. En busca de la efectividad: reflexiones finales sobre otras tendencias actuales del Derecho ambiental.
- VII. Bibliografía

I. Introducción: EN TIEMPOS DE «nueva normalidad»

Este tiempo quedará ya para siempre marcado por la epidemia causada por el virus que provoca la enfermedad Covid-19. El pasado invierno trajo este virus desde la lejana ciudad de *Wuhan* en China y, desde comienzos de marzo, comenzamos a vivir en estado de alarma, confinados en nuestros domicilios hasta que parecía haber disminuido el número y la gravedad de los infectados. A partir de ese momento, comenzó una lenta y complicada fase de vuelta —la desescalada— que prometía desembocar en una “nueva normalidad”^[1], término que pretende difuminar los intensos cambios que durante mucho tiempo sufriremos en nuestros modos de vida. Ahora, en plena segunda ola de la pandemia, se comprueba que las medidas adoptadas para la lucha contra la propagación de la pandemia están impactando de modo directo en muchas de las instituciones básicas de nuestro Derecho público^[2]. Podría decirse que al igual que el virus ha desnudado las debilidades de nuestro Estado social tras largos años de recortes aplicados durante la «Gran Recesión», del mismo modo, se han puesto de manifiesto las insuficiencias del arsenal jurídico requerido para amparar y dotar de garantías a las medidas que la emergencia de la crisis sanitaria y social requiere.

Este contexto enmarca el presente análisis de las tendencias evolutivas que se pueden detectar en nuestro Derecho ambiental.

II. EL RECURSO ABUSIVO AL DECRETO-LEY: LA PANDEMIA COMO EXCUSA PARA ACOMETER REFORMAS REGRESIVAS DE LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL

Se han debido improvisar así multitud de normas en los más variados sectores afectados, tanto a nivel estatal como autonómico, vehiculadas a través de decretos-leyes que, como figura normativa que carece prácticamente de requisitos procedimentales y que, sin embargo, goza de un valor normativo equiparado al de ley parlamentaria, se ha acomodado perfectamente a las necesidades de los poderes ejecutivos estatal y autonómico. Estamos así asistiendo en España, en una deriva que ya venía manifestándose hace tiempo, a un uso excesivo, casi podría calificarse de abusivo, de esta figura. El control sobre la pertinencia y proporcionalidad de las medidas extraordinarias y urgentes que se adoptan bajo estas circunstancias de necesidad quedan en la práctica muy reducidas en cuanto se ven convalidadas posteriormente por los órganos legislativos correspondientes. Aunque se trate, en teoría, de una medida excepcional, sin embargo nuestro Tribunal Constitucional hace una interpretación tan deferente hacia la valoración de los gobiernos de la efectiva concurrencia de dichas características de urgencia y necesidad que, prácticamente, toda circunstancia que el Gobierno califique como tal justifica la utilización de este figura normativa.

Este indiscriminado recurso a este tipo normativo es objeto hace tiempo de debate entre los estudiosos del Derecho público en España[3]. Más allá de otras consideraciones, coincidimos en denunciar su empleo masivo, tanto a nivel central como autonómico. En concreto, en la Región de Murcia se han aprobado dos decretos-leyes que aluden a la necesidad de adoptar medidas para paliar los efectos de la Covid-19. Por una parte, el Decreto-Ley 3/2020, de 23 de abril, de mitigación del impacto socioeconómico de la Covid-19 en el área de vivienda e infraestructuras[4] que adopta medidas urgentes en el ámbito de las infraestructuras portuarias, el transporte público de viajeros y la vivienda así como en materia de urbanismo y de ordenación del territorio. Incluye, incluso, medidas relativas al ya lejano terremoto acaecido en la ciudad de Lorca en 2011. Por otra, el Decreto-Ley 5/2020, de 7 de mayo, de mitigación del impacto socioeconómico de la Covid-19 en el área de medioambiente[5] que tiene como finalidad, de acuerdo a su propio preámbulo, “*estimular los canales para que los flujos económicos vuelvan a circular sin resistencias*”. Ninguno de los dos decretos-leyes responden en realidad a ninguna razón de extraordinaria urgencia o necesidad derivada de la crisis sanitaria, social y económica causada por la epidemia de covid-19 de modo que la simple lectura de su dictado literal basta para que esta evidencia se muestre sin pudor en la práctica totalidad de sus preceptos.

Estas reformas se pueden calificar de regresivas para la protección del medioambiente por cuanto, en síntesis, implican la eliminación de informes de órganos ambientales y la reducción de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos. Esta relajación de las exigencias y de los trámites para el control ambiental dificulta la evaluación de los efectos sobre el entorno de las actividades e instalaciones que se van a implantar en el territorio. Muchas de ellas afectan al agua, a la calidad del aire, al suelo y producen residuos que deben ser analizados, individualmente y de forma conjunta, para evitar el deterioro ambiental. Incluso los bienes culturales y el patrimonio arqueológico pueden verse afectados de esta manera negativa en su estándar de protección[6].

Así, el Gobierno de la CARM trata de aprovechar la coyuntura para profundizar en la agenda desreguladora y regresiva que está en proceso hace muchos lustros en su seno. Una situación que también se comprueba en otros territorios como Andalucía[7], Baleares[8], Galicia[9], Extremadura[10], Castilla y León[11] y, entre las hasta ahora identificadas, Madrid[12].

III. LA TENSION ENTRE CIENCIA Y DERECHO: LA PANDEMIA RECRUDECE UN EXCITADO DEBATE YA MANIFIESTO ANTE LA NECESIDAD DE COMBATIR LA CRISIS CLIMÁTICA

La conciencia sobre los efectos cada vez más evidentes de la crisis climática ha pasado a un segundo plano, postergada la necesidad de actuar contra ella ante la urgencia angustiosa de conseguir evitar más muertes, contagios y de ayudar a las personas que se ven afectadas en sus, en muchos casos, ya precarios medios de vida. Sin embargo, creo que algunas lecciones pueden extraerse también para la lucha contra el cambio climático de esta caótica situación a lo que nos hemos visto arrojados. En efecto, la pandemia ha intensificado entre otros uno de los signos de nuestro tiempo como es la tensión creciente entre “verdad científica” y “verdad jurídica”. En este proceso de traslación ciencia-derecho, y frente a la necesidad de un diálogo sincero, fluido, la política está en muchas ocasiones jugando en contra[13]. En relación a la conservación del medio y las medidas necesarias para corregir la deriva destructiva, han sido manifiestos los enfrentamientos, por ejemplo, entre el Presidente TRUMP y la *National Oceanic and Atmospheric Administration* (NOAA) a propósito de los efectos de los huracanes[14] o el desprecio del Presidente Bolsonaro de Brasil por los datos aportados por su Agencia IBAMA, encargada de proteger el bosque tropical[15] ... Se produce así un cierto “descrédito de la ciencia” en el sentido de que la ciudadanía, en general, muestra una desconfianza y un desapego creciente por las instituciones que afecta también a las de carácter científico debido a varios motivos: la falta de acierto en el diagnóstico y la predicción de los efectos perjudiciales de determinados fenómenos, la falta de transparencia sobre sus métodos de trabajo o sobre el nombramiento de sus directivos, la propia dificultad de transmitir las incertidumbres propias del método científico, las posiciones críticas y enfrentadas entre sedicentes expertos, el descubrimiento de la falsedad de títulos académicos expedidos por Universidades y centros de investigación, por señalar algunos de los más relevantes.

Hay que destacar también aquí el esencial papel que juegan los medios de comunicación y, en la actualidad, las redes sociales que amplifican y magnifican estos eventos sin aportar en muchas ocasiones el contexto adecuado y el contraste de las informaciones que propalan. Además, se detecta una falsa equidistancia, una impostada objetividad entre posturas opuestas, supuestamente respetables las dos, lo que implica que argumentos carentes de bases científicas o, en todo caso, que sólo son sustentados por una minoría de científicos frente a una abrumadora mayoría se presenten, sin embargo, ante la sociedad en igualdad de condiciones ante los medios dando la falsa impresión de que “los científicos no lo tienen claro”, lo que sume a los ciudadanos en la duda y en la inacción... Este ambiente no favorece desde luego el esfuerzo por la búsqueda de la racionalidad, de la “solución razonable basada en el mejor conocimiento científico disponible”, de la objetividad de la disciplina jurídico-ambiental a la hora de tener en cuenta los conocimientos provenientes de otras ciencias para encontrar la mejor defensa del “interés general”. Es en este clima en el que nuestro sistema jurídico se enfrenta a una necesaria transformación para poder incluir y adaptar las nuevas exigencias de armonía ecológica aunque, como en todo proceso de transición, las incertidumbres y los obstáculos pueden hacer que se pierda de vista cuáles son las necesidades reales del tiempo presente.

IV. LAS CONSECUENCIAS SOBRE EL DERECHO AMBIENTAL: Algunas tendencias constatables

El Derecho ambiental se enfrenta a estos retos desde una posición debilitada que resulta especialmente grave en el especial momento evolutivo en que nos encontramos: sin caer en catastrofismos lo cierto es que la mayoría de los estudios científicos nos advierten de que nos encontramos ante el riesgo cierto de cambios irreversibles en los equilibrios ecológicos a nivel mundial. Ante esa realidad, se constata un fenómeno de retracción, de encogimiento del Derecho ambiental (Esteve Pardo) que tiene varias causas. Por una parte, y ya antes incluso de «Gran Recesión» —como ha dado en llamarse la crisis económica que se inició en los años 2007/2008—, hemos asistido a un proceso de desregulación ambiental y de rebaja de los estándares de protección que ha sido particularmente evidente en España[16]. Por otra, la propia complejidad de los avances científicos y tecnológicos y las incertidumbres sobre los riesgos que comportan pueden también estar detrás de esa evolución del Derecho ambiental que prefiere convertirse en un derecho anómico (Esteve Pardo), esto es, carente de normas sustantivas, un derecho formal, pues, básicamente procedimental. A nivel de la Unión Europea este debilitamiento del Derecho ambiental se ve reforzado por el *Brexit* que tiene, entre sus causas, el deseo del Gobierno del Reino Unido de rebajar también los estándares de protección social y ambiental. Este proceso acelera el riesgo real de una carrera “hacia abajo” en la protección ambiental[17].

Por supuesto que, a la vez, se pueden traer a colación esfuerzos por reforzarla desde el punto de vista dogmático y localizar decisiones jurisprudenciales y manifestaciones normativas que vienen a abrir nuevas líneas de reflexión que pretenden robustecer el papel del Derecho ambiental para la efectiva mejora de la conservación y protección del ambiente. Entre ellas, se pueden mencionar las cada vez mayores voces que desde diversos ámbitos defienden los “derechos de la naturaleza” y que han tenido reconocimiento en algunas sentencias de tribunales nacionales (reconocimiento de personalidad jurídica a ríos en Colombia y en Nueva Zelanda...)[18]. En estrecha relación con estos planteamientos, determinados autores pugnan por la atribución de personalidad jurídica a los animales[19]. También, los “derechos de las futuras generaciones”[20] ha obtenido parciales reconocimientos a nivel jurisprudencial (así, tempranamente en 1993 en Filipinas en relación a la protección de los bosque tropicales)[21], argumento que está muy presente en la actual litigación climática como medio tanto para que se reconozca el derecho a un clima sano como para lograr el acceso a la justicia para reclamar indemnización por los daños al clima provocados por la inacción de los gobiernos[22]. Otra cuestión emergente tiene que ver con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas o pueblos autóctonos que, entre sus principios y reglas tradicionales, muestran en muchas ocasiones un respeto profundo por la naturaleza y que, sin embargo, carecen del reconocimiento y de la garantía de un *status* jurídico que les permitiera ejercer como tales una defensa del medio natural efectiva[23].

El destacado ambientalista francés PRIEUR, en un reciente trabajo motivado por los incendios en la Amazonía reflexiona sobre alguna de estas tendencias[24], pero subraya que existen ya mecanismos en el Derecho, tanto a nivel estatal como internacional, suficientes para combatir la desprotección y los incumplimientos en materia de protección de la naturaleza sin que sea necesario acudir a la creación de nuevas figuras o a diseñar nuevos instrumentos que pueden, incluso, entrañar peligros de regresión bajo su manto de innovaciones proteccionistas.

En mi opinión, siempre es necesario revisar el arsenal jurídico de que se dispone para los fines de la protección conservación ambiental partiendo de la premisa del carácter dinámico del Derecho ambiental y de la necesidad adaptación a las cambiantes realidades y al surgimiento de nuevos problemas y necesidades. Desde ese punto de vista, nada que objetar a las reflexiones, investigaciones y propuestas que pretender abrir camino y examinar nuevas posibilidades. Ahora bien, es cierto que ello no debe significar abandonar los múltiples instrumentos ya diseñados y que están esperando la oportunidad de demostrar su eficacia ni menos de desdeñar el *acquis* ambiental conseguido vendiendo nueva mercancía que puede, ciertamente, comportar graves riesgos y resultados negativos si no se aquilatan bien todas sus consecuencias. Por ejemplo, desde mi punto de vista, la propuesta de atribución de personalidad jurídica a elementos de la naturaleza, por muy atractiva que pueda aparecer y desplegar un brillo que suscite amplias adhesiones —¡el nunca despreciable valor simbólico del derecho que genera adhesión en amplias capas de la sociedad!—, engendra el grave inconveniente de patrimonializar la naturaleza y poder amparar la celebración de negocios jurídicos que, fuera del ámbito de las potestades administrativas, supongan a la postre la definitiva pérdida de control colectivo de las acciones que afectan al medio ambiente.

Desde este punto de vista, y en línea con las reflexiones de Prieur, se postula más bien la renovada exigencia de la efectividad del Derecho ambiental, denunciando incumplimientos y medidas regresivas que le impiden desplegar sus efectos proteccionistas. En efecto, nos bastaría que el ordenamiento jurídico ambiental vigente se aplicara para que pudiéramos percibir una evidente mejorara en los resultados proteccionistas que, por ahora, se echan de menos en casi todas las áreas de aplicación. Sin embargo, y quizás precisamente por subrayar la dirección más adecuada a nuestros fines, conviene saludar los pasos efectivos que se pueden constatar en determinados ámbitos o parcelas de la amplia materia ambiental.

V. LA CONSTATACIÓN DE ALGUNOS AVANCES EN EL DERECHO DE AGUAS: APUNTES SOBRE RECIENTES DECISIONES JUDICIALES

V. 1 La exigencia de justificación del «interés público superior» para alterar/modificar masas de agua

La STS 423/2020, 18 de mayo de 2020 (núm. Recurso 5727/2017. Ponente: Borrego Borrego) resuelve el recurso de casación interpuesto por una Comunidad de regantes contra la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 7 de julio de 2017, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por varios municipios y una asociación contra la Resolución, de 14 de febrero de 2012, de la Dirección General del Agua, por la que se aprobaba el expediente de información pública y el anteproyecto de embalse de Biscarrués, y contra la Resolución, de 8 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, sobre Declaración de Impacto Ambiental del proyecto de embalse mencionado, por considerar que infringían la Directiva 2000/60/CE, Marco del Agua (DMA).

La presente STS confirma la anulación del proyecto y establece las condiciones en las que existe el «interés público superior» exigido por el Derecho de la Unión Europea para la construcción de grandes obras hidráulicas. En su interpretación, el Alto Tribunal rechaza que este interés sea equivalente al concepto de «interés general» del Derecho

español, ya que requiere la prueba de que no exista otra alternativa y, además, que estudios científicos, específicos y comparativos acrediten que los beneficios que se obtendrán con la realización de la obra hidráulica sean muy superiores a los impactos que de ella se derivan.

En concreto, en el FDº 3 de la sentencia el Alto Tribunal afirma que el segundo adjetivo del concepto «interés público superior» que utiliza la DMA «... indica un elemento de comparación. Es decir, lo que la DMA introduce, partiendo del interés público, o interés general de obra pública proyectada, es una exigencia suplementaria de comparación, al exigir que la excepción «del incumplimiento de los requisitos de evitar un nuevo empeoramiento o de lograr el buen estado de las aguas», se admite «si el incumplimiento de dichos requisitos se debe a circunstancias imprevistas o excepcionales, en particular, a inundaciones o sequías, o a que lo exija un interés público superior [...]» (Considerando 32 de la DMA)”. Y el TS constata, en este mismo FDº 3º, que este concepto de «interés público superior», exigido por la DMA, “... no ha sido objeto de un examen separado, propio e independiente de las consideraciones difusas y dispersas a lo largo de la documentación, voluminosa se reitera, que ha tenido lugar. Y tampoco se ha producido un examen de comparación enfrentando cuál es el interés público superior, que ha de dominar sobre los intereses afectados, y su consideración de inferiores frente al interés superior. Y razonando por que «los beneficios obtenidos por dichas alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyen una opción medioambiental significativamente mejor» (Artículo 4.7.c y d DMA)”. La exigencia de un estudio explicativo y justificativo del interés público superior vienen además no sólo impuestas por la DMA sino que ya estaban incorporadas al ordenamiento jurídico interno por el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (artículo 39: «condiciones para las nuevas modificaciones o alteraciones»)[25].

Con apoyo en la jurisprudencia del TJUE, el TS recuerda que “... no puede expresarse esta excepción limitándose a «invocar en abstracto el interés público superior», sino que es necesaria la exposición de «un análisis científico detallado y específico del proyecto para llegar a la conclusión de que concurrían las condiciones de una excepción a la prohibición de deterioro»” (FDº 4º). Para que el Alto Tribunal hubiera podido ser deferente con la discrecionalidad técnica de la AP ésta debería haber observado, tanto en la forma como en el fondo, los requisitos procedimentales:

“Y la ausencia de la explicación del «interés público superior» en este caso no puede justificarse en el número de papeles y de informes y de pericias y de escritos. Sería como admitir, lo que no puede admitirse, que el volumen documental sobre el embalse de Biscarrués ha cubierto dicho embalse, no con agua, sino con papeles y papeles. El procedimiento, los ritos, son esenciales, en garantía de todos y para concluir en decisiones conforme a Derecho, fruto del estudio y de la transparencia” (FDº 4º).

Desde mi punto de vista, el TS en este caso, más allá de las complejidades de todo tipo en la tramitación de un proyecto como este, se rinde a la evidencia del conjunto de deficiencias del proyectado embalse de Biscarrués y de su declaración de impacto ambiental que fueron puestas de manifiesto por estrictos análisis científicos que avalaban su impugnación. Cabe citar, en concreto, que no se justificó la necesidad real de su construcción ni se llevó a cabo un estudio de alternativas aceptable como pusieron de manifiesto los estudios y análisis de Pedro Arrojo Agudo y Javier Martínez Gil de la Universidad de Zaragoza y José Javier Gracia Santos, Geólogo e Ingeniero ambiental, así como el informe del CEDEX; no se estudió de manera suficiente los impactos sobre los ecosistemas acuáticos como habían señalado Narcís Prat Fornells y Nuria Puey de la Universidad de Barcelona o Alfredo Ollero Ojeda, Universidad de Zaragoza y había confirmado la propia Comisión Europea; no se analizaron de manera estricta los riesgos geológicos como probó Antonio M. Casas Sainz de la Universidad de Zaragoza; tampoco se analizaron de manera estricta los impactos del proyecto sobre las especies, hábitats y lugares de la red Natura 2000 como constataron un conjunto nutrido de expertos y académicos[26].

V. 2 La consolidación de la figura de protección de las reservas fluviales

La STS 679/2019, de 24 de mayo (Rec. 3404/2016), de la que ha sido ponente la magistrada HUERTA GARICANO, resuelve la impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015 que aprueba el “Catálogo Nacional de Reservas Hidráulicas” por el que se declaran 82 reservas naturales fluviales. La demandante, propietaria de una finca destinada a usos agrícolas y cinegéticos, ve afectada su propiedad por la inclusión de un arroyo que la atraviesa dentro de la descripción de las masas de agua protegidas. Alega que el arroyo carece de los valores ecológicos regulados normativamente en el art. 244 bis y ss. Del reglamento del Dominio Público Hidráulico (en adelante, RDPH) en la redacción otorgada en su modificación de 2016. La sentencia comentada aclara que las reservas fluviales ex art. 42. b. cº del Texto refundido de la Ley de aguas de 2001 (en adelante, TRLA) constituyen figuras de conservación complementaria a todo el entramado de espacios protegidos y, añade, que tienen una “importancia capital para evaluar los efectos ambientales que genera el cambio climático sobre los ecosistemas fluviales” (FDº 2). El principio de unidad de cuenca (art. 14. 2 TRLA) obliga a contemplar de modo completo tanto el cauce principal como los tributarios del mismo y cuyas modificaciones acabarían impactando de manera inevitable sobre él.

En su FDº 3 afirma la sentencia que

“... olvida la actora, que si bien el art. 33 CE reconoce el derecho de propiedad privada, su contenido viene delimitado por la función social que está llamado a cumplir, siendo el derecho ambiental el que más influye, actualmente, en la determinación del contenido de la propiedad privada. No en vano, el art. 45 CE dispone... y esa función social, singularmente presente cuando se trata de proteger un espacio natural, permite establecer límites al disfrute de la propiedad que incluso no exigen la expresa previsión de mecanismo indemnizatorios (SSTC 28/97 y 227/88”.

Y, continúa este FDº 3:

“No podemos olvidar que si bien “la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como una haz de facultades sobre las cosas” (STC 18/11/2004), al propio tiempo se integra por un conjunto de derechos y obligaciones “.....en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la

"propiedad privada" no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes" (SsTC 37/87 ; 170/89 , 89/94 ...).

Es más, no cabe hablar de una sola propiedad sino de distintas propiedades, siendo la propiedad rural de naturaleza indiscutiblemente estatutaria, al estar conformada por disposiciones normativas de origen diverso (estatales, autonómicas, europeas) y distinto rango, y, por políticas sectoriales que delimitan su contenido (ordenación de territorio, medio ambiente, cultivos agrícolas, montes, minas....)".

De este modo, el TS acaba desestimando el recurso y confirmando la inclusión del arroyo en el ámbito protegido por la reserva fluvial[27].

V. 3 La necesidad de dotar de recursos personales y materiales a los organismos de Cuenca: la jurisprudencia pone límites a la abusiva huida del Derecho administrativo

La STS 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020 (Recurso núm. 5442/2019), de la que ha sido ponente el magistrado OLEA GODOY resuelve el recurso de casación presentado por la AGE contra la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 77/19, de 13 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) que anuló una resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadiana de 2016 por la que se había impuesto una sanción por apertura ilegal de pozo y extracción de aguas subterráneas sin concesión. El objeto del debate procesal gira sobre el alcance que conforme a Derecho tiene la encomienda de gestión a favor de la empresa TRAGSATEC, filial de TRAGSA, definida como "medio propio instrumental y servicio técnico" de la Administración Pública (DA 24ª, apdo. 4º, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público —en adelante, LCSP). La cuestión de interés casacional queda definida por el TS del siguiente modo: "Si entre las funciones a encomendar a TRAGSA... cabe atribuir el auxilio material y la asistencia técnica en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores" (Antecedente de hecho 3º, apdo. 2º).

La STS recoge prácticamente en su totalidad los fundamentos jurídicos del Tribunal *a quo*[28] y recuerda las bases constitucionales del Derecho Administrativo cuando afirma que: "... las Administraciones, como personificaciones del Poder Ejecutivo, que se articula ya a nivel primario en la Constitución mediante la denominada actividad administrativa (artículo 106), la cual está sometida plenamente a la ley y el Derecho (artículo 103), siendo necesario que las decisiones que se adopten en el desarrollo de esa actividad exigen la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo (artículo 105.c) que está sometido a las normas propias que regulan dicha institución, de tal forma que éste se erige como elemento esencial para la adopción de las decisiones públicas de los órganos que integran ese conglomerado orgánico de carácter público, hasta tal punto que, como veremos, las deficiencias de dicho procedimiento puede afectar a la validez de las decisiones, de las resoluciones, que se adopten" (FDº 2). A partir de estos principios, el TS deriva lo que podría denominar la doctrina consolidada a nivel teórico en relación a la posición jurídica de la Administración Pública y de los órganos y los límites del *outsourcing* o encargo a medios propios[29]. Lejos de limitarse a recordar unos asentados principios dogmáticos, la STS analiza las circunstancias del caso concreto para comprobar que "... no se trata en el presente supuesto de que ese personal de la Empresa Pública auxilie al Organismo de Cuenca de manera puntual en la ejecución de las resoluciones sancionadoras que requieran una especial complejidad o incluso que puedan solicitarse, también puntualmente, alguna actuación del procedimiento del tipo de informes técnicos que los propios medios de la Administración haría de difícil realización; sino de que ese personal ajeno a la Administración intervenga, y regular y permanentemente al menos en el tiempo que dure la relación establecida, en todo el procedimiento, desde la formulación de la denuncia hasta la resolución" (FDº 2). Como afirma de manera gráfica el TS, el esquema de colaboración aplicado en el caso de autos entre la Administración Pública competente —un organismo de Cuenca estatal— y la sociedad mercantil para la tramitación de los procedimientos sancionadores[30] no supone que "la Administración externalice un servicio, es que se externaliza, podría decirse, a sí misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional" (FDº 2). De acuerdo con esta premisas, el TS acota el sentido de la interpretación de los preceptos objeto de la *litis*, que confirma la corrección de los argumentos utilizados por el TSJ para anular la sanción, en el FDº 3 de la presente sentencia[31].

Ahora bien, a nadie se le puede escapar la especial trascendencia de la presente sentencia cuando en su FDº 4 el TS extrae todas las consecuencias de su doctrina y, rechazando los argumentos de la Abogacía del Estado que pretendía salvar la validez y eficacia de este tipo de resoluciones, afirma de modo tajante que "... todas las actuaciones llevadas a cabo por personal ajeno a la Administración, al Organismo de Cuenca, es nulo de pleno derecho y, por derivación, lo son las resoluciones que se dictan...". En este sentido, Caro-Patón compara el panorama que se abre con el producido tras la declaración de inconstitucionalidad de la asunción de la cuenca del río Guadalquivir por la Comunidad Autónoma de Andalucía en su reformado Estatuto de Autonomía (STC 30/2011, de 16 de marzo. Ponente: Delgado Barrio) que implicó la nulidad de las sanciones que, hasta ese momento, había impuesto el Gobierno de esa Comunidad[32].

Desde nuestro punto de vista, la Sentencia del TS viene a constatar lo que era, podría decirse, un secreto a voces y, en cierto modo, una situación inadmisibles y sólo justificable por los escasos medios materiales y personales con que cuentan los Organismo de cuenca para el desempeño de sus funciones. Esta precariedad incide en la falta de efectividad de los mandatos proteccionistas y de conservación de los recursos hídricos que les asigna la legislación de aguas y que, confiamos, deberá empezar a ser corregida ante la contundente decisión del Alto Tribunal.

V. 4 Otras relevantes sentencias sobre caudales ecológicos y otros conflictos ambientales: luces y sombras

Como la doctrina más experta pone de manifiesto[33] se detecta una importante litigiosidad ligada a este segundo ciclo de planificación hidrológica (2016-2021), de acuerdo con las exigencias derivadas de la DMA. Son más de cuarenta sentencias

del TS, aunque de ellas sólo tres estiman las demandas presentadas. Del conjunto de cuestiones objeto de ellas, tan sólo subrayar la estrecha conexión que muestran algunas de ellas con las cuestiones que se suscitan en este trabajo[34]. Así, en primer lugar, las consideraciones realizadas por el Alto Tribunal en sus SSTS 342/2019, de 14 de marzo, y 445/2019, de 2 de abril, ponen de manifiesto que el modelo de participación pública de la DMA, tal y como se ha incorporado al Derecho español y a la práctica de la actividad administrativa “se evidencia poco eficaz a la hora de articular debates y obtener acuerdos sobre la base de la negociación entre los usuarios y entidades públicas concernidos”[35]. En segundo lugar y en relación a la concertación para la determinación de los caudales ecológicos, la STS 435/2019, de 1 de abril, que desestimó la demanda de dos empresas hidroeléctricas contra el régimen de caudales ecológicos fijados por el Plan Hidrológico, subraya la necesidad de avanzar en una interpretación más rigurosa del trámite más allá de una equiparación, más o menos velada, con un simple trámite de información pública[36]. En tercer lugar, del análisis de esta jurisprudencia (se citan, a título de significativo ejemplo, las SSTS 388/2019, de 21 de marzo, y 436/2019, de 1 de abril) se deriva la irrelevancia de los dictámenes periciales aportados por los recurrentes que, en opinión de los autores que voy siguiendo, “obedece a la presunción de objetividad, rigor y acierto que el Tribunal, con carácter general, da a los informes que aporta la Administración”[37]. En cuarto lugar, debe ponerse de manifiesto que, en ocasiones, los efectos de una sentencia que pretendidamente refuerza el componente proteccionista y garantista del adecuado comportamiento conforme a Derecho de la Administración puede comportar, además de inseguridad jurídica, paradójicamente, también una mayor desprotección del medio natural. Así sucede de modo palmario con las STS, de 11 de marzo de 2019 (núm. rec. 4351/2016), de 14 de marzo de 2019 (núm. rec. 4482/2019), de 14 de marzo de 2019 (núm. rec. 4430/2019) y, de 21 de marzo de 2019 (núm. rec. 4398/2016) que declaran la nulidad de los apartados y anexos del Plan hidrológico del Tajo en lo que se refiere a la determinación de los caudales ecológicos. Se está de acuerdo con Gállego/Garrido/González y Delgado, cuando afirman que “hubiera sido deseable que también en el ámbito de la planificación hidrográfica se avanzara sustancialmente en el control de la discrecionalidad, pues de otro modo, a la postre, y a corto plazo, la declaración de ilegalidad del plan no ha supuesto un incremento en la protección ambiental de la cuenca. Esta queda pendiente, y a expensas de la futura revisión del plan del Tajo”[38].

Por último, la STS núm. 1003/2019, de 8 de julio, reiterando argumentos fijados sobre el mismo objeto en la anterior STS, de 26 febrero 2015, subraya el especial rigor con que nuestro Alto Tribunal viene exigiendo la justificación de la concurrencia de las condiciones exigidas por el art. 39 RPH (art. 4.7 DMA) para admitir las modificaciones o alteraciones que comportan las obras hidráulicas que requieren del mayor grado de intensidad cuando, además, los riesgos de las actuaciones proyectadas pueden afectar a espacios de especial protección medioambiental, como en el caso el Parque de Doñana[39].

VI. EN BUSCA DE LA EFECTIVIDAD PERDIDA: Reflexiones finales SOBRE otras tendencias ACTUALES del Derecho ambiental

Conviven así pequeños avances con grandes retrocesos en este proceso de transición hacia un mundo enfrentado a la lucha contra la crisis climática y ambiental. Una mirada sobre estas transformaciones nos revela algunas otras tendencias evolutivas del Derecho ambiental que merece la pena enunciar[40]. Así, el importante reajuste de las competencias entre diferentes instancias territoriales (internacionales, federales o centrales; estatales o regionales; locales o municipales) suscitan las medidas tomadas para combatir la crisis climática[41]. Existen abundantes ejemplos en el ámbito comparado, como el intento de la Administración Trump de imponer al Estado de California medidas de emisión menos exigentes para los vehículos u, por citar otro ejemplo significativo, las prohibiciones municipales del uso de pesticidas en Francia frente a la legislación nacional que las autoriza. Lo cierto es que en un mundo globalizado de gobierno multinivel y regido por el pluralismo legal, los problemas ambientales desbordan las fronteras de las soberanías nacionales. La pandemia, proceso a escala planetaria, ha venido a desvelar esta realidad subyacente. También las consecuencias de la crisis climática se muestran no sólo en el ámbito científico o ambiental, sino que plantean cuestiones sociales de carácter global como la desigualdad, la denominada “deuda climática”, que requieren respuesta desde múltiples instancias[42].

Sin embargo, de estas y otras tendencias —debería consignarse aquí también el papel protagónico de la institución jurídica de la responsabilidad, verdadero hilo de Ariadna para la estructuración dogmática de toda la problemática ambiental, como vía de respuesta a las consecuencias de la inacción de los poderes frente a los riesgos climáticos[43]—, será necesario ir dando cuenta en sucesivos estudios[44]. Ahora quiero destacar precisamente, al hilo de la jurisprudencia reciente española referenciada en este mismo estudio, el reforzamiento del papel de los órganos judiciales en su labor de interpretación “progresiva” del ordenamiento jurídico. Precisamente en este momento en el que España se suma al conjunto de países donde, al calor del éxito del caso Urgenda[45], se ha conseguido dirigir la cuestión climática al ámbito judicial en la misma línea de otras demandas planteadas en los últimos años en Estados Unidos, Canadá, Alemania, Francia, Bélgica, India o Nueva Zelanda, entre otros[46].

En efecto, el Tribunal Supremo español ha admitido a trámite el recurso planteado por las ONG **Ecologistas en Acción**, **Greenpeace** y **Oxfam Intermón** contra el Gobierno de España por su insuficiente acción contra el cambio climático. El litigio climático contra el Gobierno pone de manifiesto el incumplimiento del plazo establecido por la UE para aprobar un Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) y una Estrategia a Largo Plazo (ELP) que definan la hoja de ruta para reducir las emisiones de CO₂ a la atmósfera. Además, las demandantes denuncian que en el PNIEC se prevé una reducción del 23 % de las emisiones en 2030 respecto a 1990 y la ELP prevé una Descarbonización para 2050, que es considerada muy tardía. En los fundamentos de la demanda se alega que estos objetivos están muy alejados de las recomendaciones del Panel Intergubernamental de Expertos para el Cambio Climático (IPCC), que proponen para España una reducción del 55 % al menos de las emisiones de gases de efecto invernadero en 2030 respecto a los niveles de 1990 para poder mantener el objetivo acordado en el Acuerdo de París de no superar el aumento global de la temperatura del planeta en 1'5º a final de siglo.

Se abren, de este modo, nuevos interrogantes en este tiempo plagado de incertidumbres que nos hacen coincidir con Kotzé cuando afirma que se necesita un nuevo paradigma jurídico capaz de enfrentar los retos de esta nueva era que se ha dado en llamar Antropoceno[47].

BIBLIOGRAFÍA

- Alenza García, J. F. (2020), "El Derecho ambiental como vacuna y como vitamina (crónica iusambientalista de la pandemia)", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 46 (mayo-agosto)
- Almansa-Sánchez, J. (2020), "Cómo las reformas de las leyes del suelo autonómicas pueden perjudicar al patrimonio arqueológico", *The Conversation*, de 7 junio de 2020
- Álvarez Carreño, S. M. (2018), "La evolución regresiva de la política y del derecho ambiental en España", *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 41, pp. 15-39.
- (2019), "El derecho ambiental entre la ciencia, la economía y la sociología: reflexiones introductorias sobre el valor normativo de los conceptos extrajurídicos", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 1
- Aragón Reyes, M. (2016), *Uso y abuso del Decreto-ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Iustel, Madrid
- Borràs Pentinat, S. (2012), "Los litigios climáticos: entre la tutela climática y la fiscalización de las responsabilidades por daños climáticos", en Giles Carnero, R. M. (coord.), *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*, Aranzadi, Cizur Menor
- Bou Franch, V. / Rovira Daudí, M. J. (1999), "La legitimación procesal de las generaciones venideras en la protección y defensa del medio ambiente", en VV. AA., *Estudios Jurídicos. En memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Servei de Publicacions de la Universitat de València, Valencia
- Calderón Gamboa, J., "Pueblos indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos: un desafío verde", Corte Internacional de Derechos Humanos Priour, M. (2019), "Que faut-il faire pour l'Amazonie?", *Revue Juridique de l'Environnement*, 2019/4, vol. 44
- Caro-Patón, I. (2020), "El golpe del Tribunal Supremo a TRAGSA", iAgua
- Etty, T. et al. (2018), "Transnational Climate Law", *Transnational Environmental Law*, vol. 7, núm. 2
- Gállego Córcoles, I. / Garrido Cuenca, N. / González Vicente, E. / Delgado Piqueras, F. (2020), "Caudales ecológicos y otros conflictos ambientales en la reciente jurisprudencia derivada de la planificación hidrológica en España", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117
- Gallego, M. S. / La Calle, A. (2020), "La declaración de interés público superior no puede ser algo abstracto", *Revista SEO/BirdLife Aves y naturaleza*, núm. 32
- Gaona Pando, G. (2013), "El derecho a la tierra y protección del medio ambiente por los pueblos indígenas", *Nu Antropología*, vol. XXVI, núm. 78, enero-junio
- González Briz, E. / Martín Barajas, S. / Urquiaga Cela, R. (2015), "Las reservas naturales fluviales y la planificación hidrológica", *Ambienta*, vol. 110, pp. 60-81
- González, P. (2020), "El fin de un calvario", *Revista SEO/BirdLife Aves y naturaleza*, núm. 32,
- Hayward, T. (2008), "Derechos y justicia medioambiental: una perspectiva global", *Enrahonar*, vol. 40/41 Serra
- Kotzé, L. J. (2020), "Earth system law for the Anthropocene: rethinking environmental law alongside the Earth system metaphor", *Transnational Legal Theory*, vol. 11, núms. 1-2 (Transnational Environmental Law in the Anthropocene)
- López de la Vieja, M^a T. (2020), "La «nueva normalidad» no es tan nueva", *The Conversation*, de 13 junio 2020
- Macrory, R. (2020), *Irresolute Clay: Shaping the Foundations of Modern Environmental Law*, Hart Publishing, Oxford
- Pérez Gabaldón, M. (2013), "El Estado autonómico en la lucha contra el cambio climático. Entre la imprecisión competencial y las deficiencias de las relaciones intergubernamentales", *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 6
- Sánchez Martínez, F. J. / Aparicio Martín, M. / Arrazola Herreros, J. F. / Monte Morgado, F. J. (2020), "Estado de implantación de las medidas de conservación y seguimiento del cambio climático en las reservas naturales fluviales de las demarcaciones hidrográficas intercomunitarias", *Revista Montes*, núm. 141 (ejemplar dedicado a: Monte y Agua)
- Sanz Rubiales, I. (2014), *Cambio climático y Unión Europea. Presente y futuro del mercado europeo de emisiones*, Tirant lo Blanc, Valencia
- Serra Palao, P. (2020) "Lo animal es político. En defensa de un acceso pleno a la salud para los animales de compañía", *dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, vol. 11, núm. 2
- (2018), "La incorporación de la ética animal al derecho", *Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho*, núm. 7
- Setzer, J. / Byrnes, R. (2019), *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot —Policy report*, Grantham Research Institute on Climate Change / the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy —London School of Economics and Political Science, London
- Soro Mateo, B. (2019), "Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 54, pp. 57-140

- Torre-Schaub, M. (dir.) (2020), *Droit et Changement Climatique: comment répondre à l'urgence climatique? Regards croisés à l'interdisciplinaire*, Éditions mare & martin, Paris

- Vicente Giménez, T. (2020), "De la justicia climática a la justicia ecológica: los derechos de la naturaleza", *Revista catalana de Dret Ambiental —en prensa—*.

NOTAS

[1] El presente trabajo desarrolla algunos de los contenidos de mi ponencia "Crisis climática: tendencias evolutivas del Derecho ambiental" defendida en el Seminario "Litigios climáticos y Justicia: luces y sombras", coorganizado por el «GDI Bioderecho: Derecho, ética y ciencia» (E076-03)-CEBES (Universidad de Murcia) y «GDR ClimaLex»-CNRS-ISJPS (Universidad La Sorbona de París) en colaboración con el Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio ambiente (Universidad Carlos III. Madrid) que tuvo lugar en el Salón de Grados (Campus Puerta de Toledo) de la Universidad Carlos III de Madrid el 10 de diciembre de 2019 con motivo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP 25).

Se ha elaborado en el marco del Proyecto "La efectividad del Derecho ambiental en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia" (Ref. 20971/PI/18. IP: Santiago M. Álvarez Carreño), financiado por la CARM a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación (Plan de Actuación 2019) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

López de la Vieja, M^a T. (2020), "La «nueva normalidad» no es tan nueva", *The Conversation*, de 13 junio 2020 (accesible en <https://theconversation.com/la-nueva-normalidad-no-es-tan-nueva-140705>).

[2] Especialmente sugerente resulta la lectura de la acertada Tribuna de Alenza García, J. F. (2020), "El Derecho ambiental como vacuna y como vitamina (crónica iusambientalista de la pandemia)", *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 46 (mayo-agosto), pp. 11-19.

[3] Por todos vid. Aragón Reyes, M. (2016), *Uso y abuso del Decreto-ley. Una propuesta de reforma constitucional*, Iustel, Madrid

[4] BORM, núm. 97, de 28 de abril de 2020 (accesible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BORM-s-2020-90126-consolidado.pdf>).

[5] BORM, núm. 106, de 9 de mayo (accesible en <https://www.borm.es/#!/home/anuncio/09-05-2020/2182>).

[6] En una tendencia que también se detecta en otras CCAA. Cfr. Almansa-Sánchez, J. (2020), "Cómo las reformas de las leyes del suelo autonómicas pueden perjudicar al patrimonio arqueológico", 7 junio de 2020 (accesible en <https://theconversation.com/>).

[7] Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía (accesible en el sitio web del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía: <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2020/504/1>)

[8] Decreto-ley 8/2020, de 13 de mayo, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Islas Baleares para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la Covid-19. Boletín Oficial de las Islas Baleares núm. 84, de 15 de mayo de 2020 (accesible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOIB-i-2020-90196>)

[9] Orden, de 27 de abril de 2020, por la que se acuerda el inicio y/o la continuación de la tramitación de determinados procedimientos indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios públicos en el ámbito de la Consellería durante la vigencia del estado de alarma (DOG, núm. 84. Lunes, 4 de mayo de 2020. Accesible en https://www.xunta.gal/dog/Publicados/2020/20200504/AnuncioG0532-270420-0003_es.html).

[10] Decreto-Ley 10/2020, de 22 de mayo, de medidas urgentes para la reactivación económica en materia de edificación y ordenación del territorio destinadas a dinamizar el tejido económico y social de Extremadura, para afrontar los efectos negativos de la COVID-19 (DOE, núm. 99. Lunes, 25 de mayo de 2020. Accesible en <http://doe.gobex.es/pdfs/doe/2020/990o/20DE0011.pdf>).

[11] Cfr. Ecologistas en Acción, "Con la excusa de la covid, la Junta suprime la licencia ambiental en Castilla y León", 19/06/2020 (accesible en <https://www.ecologistasenaccion.org/146703/con-la-excusa-de-la-covid-la-junta-suprime-la-licencia-ambiental-en-castilla-y-leon/>).

[12] Sitio web del Gobierno de Madrid, "Díaz Ayuso sustituye las licencias urbanísticas por declaraciones responsables" (accesible en <https://www.comunidad.madrid/noticias/2020/05/05/diaz-ayuso-sustituye-licencias-urbanisticas-declaraciones-responsables>).

[13] Vuelvo aquí a algunas cuestiones que traté en Álvarez Carreño, S. M. (2019), "El derecho ambiental entre la ciencia, la economía y la sociología: reflexiones introductorias sobre el valor normativo de los conceptos extrajurídicos", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 1 (accesible en <https://revistes.urv.cat/index.php/rcda/article/view/2569>).

[14] Conflicto que está lejos de quedar apaciguado. Vid. los intentos de la Administración Trump para sustituir al personal técnico de la Agencia para reclutar destacados negacionistas de la crisis climática en Scott Waldman, S. (2020), "Trump White House recruited climate science critics to work at NOAA", *Climatewire* (accesible en <https://www.sciencemag.org/news/2020/09/trump-white-house-recruited-climate-science-critics-work-noaa>).

[15] Por su parte, el Presidente de Brasil también ha optado por debilitar a la agencia y dificultar de varias maneras su labor de protección de los bosques tropicales. Cfr. "Bolsonaro redujo los fondos y la capacidad de actuación de la agencia ambiental desde que llegó al poder", 29 de agosto de 2020 (accesible en <https://www.notimera.com/sociedad/noticia-brasil-bolsonaro-redujo-fondos-capacidad-actuacion-agencia-ambiental-llego-poder-20190829090928.html>).

[16] Cfr. Álvarez Carreño, S. M. (2018), "La evolución regresiva de la política y del derecho ambiental en España", *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 41, pp. 15-39.

[17] Vid. Macrory, R. (2020), *Irresolute Clay: Shaping the Foundations of Modern Environmental Law*, Hart Publishing, Oxford, pp. 161–174 (Capítulo XIII: "Brexite and Environmental Law").

[18] Cfr. Vicente Giménez, T. (2020), "De la justicia climática a la justicia ecológica: los derechos de la naturaleza", *Revista catalana de Dret Ambiental —en prensa—*.

[19] Para el fundamento filosófico de la ética animal vid. Serra Palao, P. (2018), "La incorporación de la ética animal al

derecho”, Bioderecho.es: Revista internacional de investigación en Bioderecho, núm. 7 (accesible en <https://revistas.um.es/bioderecho/>); (2020) “Lo animal es político. En defensa de un acceso pleno a la salud para los animales de compañía”, dA. Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies, vol. 11, núm. 2, pp. 40-53.

[20] Cfr. Bou Franch, V. / Rovira DAUDÍ, M. J. (1999), “La legitimación procesal de las generaciones venideras en la protección y defensa del medio ambiente”, en VV. AA., Estudios Jurídicos. En memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Servei de Publicacions de la Universitat de València, Valencia, pp. 281-315.

[21] El caso *Minors Oposa v. Factoran* de 1993 representa el primer caso resuelto por las instancias jurídicas superiores de un país en el que se discutió y se aplicó lo que hasta el momento había sido un llamamiento retórico a la responsabilidad para con las generaciones futuras en relación con los recursos naturales del mundo. Vid. Hayward, T. (2008), “Derechos y justicia medioambiental: una perspectiva global”, *Enrahonar*, vol. 40/41, pp. 165-189; en concreto, pp. 186-187.

[22] Cfr. Borràs Pentinat, S. (2012), “Los litigios climáticos: entre la tutela climática y la fiscalización de las responsabilidades por daños climáticos”, en Giles Carnero, R. M. (coord.), *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 91-104.

[23] Vid. Gaona Pando, G. (2013), “El derecho a la tierra y protección del medio ambiente por los pueblos indígenas”, *Nueva Antropología*, vol. XXVI, núm. 78, enero-junio, pp. 141-161 (accesible en <https://www.redalyc.org/pdf/159/15929710007.pdf>). También, Calderón Gamboa, J., “Pueblos indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos: un desafío verde” (accesible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33329.pdf>).

[24] Prieur, M. (2019), “Que faut-il faire pour l’Amazonie?”, *Revue Juridique de l’Environnement*, 2019/4, vol. 44, pp. 665 à 669.

[25] «1. Bajo las condiciones establecidas en el apartado 2 se podrán admitir nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea aunque impidan lograr un buen estado ecológico, un buen estado de las aguas subterráneas o un buen potencial ecológico, en su caso, o supongan el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea. Asimismo, y bajo idénticas condiciones, se podrán realizar nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible aunque supongan el deterioro desde el muy buen estado al buen estado de una masa de agua superficial. 2. Para admitir dichas modificaciones o alteraciones deberán cumplirse las condiciones siguientes: a) Que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua. b) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico. c) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior y que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible. d) Que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor».

[26] Vid. los comentarios sobre la sentencia, celebrados como un gran triunfo de las asociaciones y municipios demandantes, de González, P., “El fin de un calvario”; y de Gallego, M. S. /La Calle, A., “La declaración de interés público superior no puede ser algo abstracto” en la revista de SEO/BirdLife Aves y naturaleza, núm. 32, 2020, pp. 6-7.

[27] Cfr. González Briz, E. / Martín Barajas, S. / Urquiza Ceta, R. (2015), “Las reservas naturales fluviales y la planificación hidrológica”, *Ambienta*, vol. 110, pp. 60-81 (accesible en <https://www.mapa.gob.es/>). Un reciente análisis del proceso de establecimiento de una red de reservas para el seguimiento del cambio climático a largo plazo, que sienta las bases para la evaluación de los impactos del cambio climático en los ecosistemas fluviales en Sánchez Martínez, F. J. / Aparicio Martín, M. / Arrazola Herreros, J. F. / Monte Morgado, F. J. (2020), “Estado de implantación de las medidas de conservación y seguimiento del cambio climático en las reservas naturales fluviales de las demarcaciones hidrográficas intercomunitarias”, *Revista Montes*, núm. 141 (ejemplar dedicado a: Monte y Agua), pp. 17-21.

[28] En nuestra opinión, aunque no quede asumido en el fallo de modo expreso, el argumento adicional que emplea el TSJ de C-LM para anular la sanción por considerar la interpretación realizada de la encomienda de gestión una delegación prohibida de las tareas intelectuales, valorativas y volitivas nucleares implicadas en el ejercicio del ius puniendi, debe ser convenientemente subrayado: “... el esquema diseñado por la Confederación provoca la intervención relevante en la toma de decisiones de personas que, con una relación meramente laboral con una sociedad mercantil, resultan desconocidas para el expedientado. Lo cual compromete el régimen de abstención y recusación regulado por las leyes...” (FDº 1 STS que reproduce los FFDD de la sentencia de instancia).

[29] Doctrina administrativista asentada que el TS sintetiza así: “... en la medida que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y estas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios público, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos.

Como complemento de la regla anterior... incluso dentro del entramado orgánico que se constituye en el seno de las Administraciones, el concreto ejercicio de una determinada actividad ha de desarrollarse de manera concreta por el órgano que tenga atribuida la competencia, por el que la tenga asignada como propia, conforme a lo que se declara en el artículo 8 de la vigente de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y antiguo artículo 12 de la Ley 30/1992. Y ello sin perjuicio de los supuestos de alteración de la competencia por la vía de la avocación, delegación de competencia o encomienda de gestión que se establecen en los mencionados textos legales” (FDº 2) Un poco más adelante, en el mismo FDº expone en síntesis los principios que rigen esta materia: “... la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida las competencias correspondientes, lo cuales, conforme a la planificación de los recursos humanos que se dispone en el artículo 69 del Estatuto Básico, han de tomar en consideración las necesidades que esa actividad ordinaria comporta”.

[30] La circunstancia de encontrarnos ante el ejercicio de la potestad sancionadora está muy presente en la severidad del reproche que hace el TS que, en este sentido, recuerda que “... mayor rigor ha de exigirse con ocasión de la tramitación de los procedimientos sancionadores en los que... se ejercita la potestad de mayor incidencia sobre los ciudadanos, y de manera perjudicial, por cuanto constituye una manifestación del ius puniendi del Estado que, atípica pero necesariamente, se confiere a la Administración, porque debiera ser monopolio del Poder Judicial. Y en este sentido debe recordarse que ya

entre las garantías que se impone en estos procedimientos, el artículo 134. 2º de la Ley de 1992 y el actual 63 de la vigente Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, exige la necesaria separación entre las fases de instrucción y decisión que... en el caso de autos se difumina de tal manera que no se garantiza esa distinción porque ninguna exigencia de personal diferente se contempla ni parece propio de ese tipo de transferencia de funciones, que es de lo que se trata" (FDº 2).

También aclara el Alto tribunal que no es admisible, para alterar esa exigencia, pretender hacer una distinción entre actuaciones esenciales y accesorias dentro del procedimiento con la intención de someterlas a un régimen jurídico diferenciado reservando aquellas al personal estatutario y las calificadas de "accesorias" que serían susceptibles de ser desempeñadas por personal ajeno a la AP, "... porque eso es desconocer la relevancia de cada trámite que integra el procedimiento, de tal forma que frecuentemente aquellas actuaciones accesorias condicionan la misma tramitación y, de manera particular, la resolución que deba poner fin al procedimiento, lo cual requiere la intervención de los funcionarios no solo por ser el personal específicamente idóneo para la tramitación por su formación contrastada, sino porque se les somete a un régimen de responsabilidad que no es sino garantía de los ciudadanos de una correcta tramitación de los procedimientos" (FDº 2).

[31] Ciertamente lo hace en un tono matizado y abriendo posibilidades que deberán ser objeto de escrutinio posterior en función de las circunstancias del caso concreto. En este sentido, el TS se limita a afirmar que: "... como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de los medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia" (FDº 3).

[32] Caro-Patón, I. (2020), "El golpe del Tribunal Supremo a TRAGSA", iAgua (accesible en <https://www.iagua.es/blogs/isabel-caro-paton/>). La autora nos recuerda que la STS, de 5 de octubre de 2012 (recurso núm. 5571/2011. Ponente: Teso Gamella), entre otras, declaró que la nulidad era radical y no atendió los argumentos desplegados por la representación procesal de la AGE para que se pudiera interpretar que la mencionada declaración de inconstitucionalidad sólo tenía efectos ex nunc o prospectivos.

[33] Vid. el excelente artículo de Gállego Córcoles, I. / Garrido Cuenca, N. / González Vicente, E. / Delgado Piqueras, F. (2020), "Caudales ecológicos y otros conflictos ambientales en la reciente jurisprudencia derivada de la planificación hidrológica en España", Revista Vasca de Administración Pública, núm. 117, 2020, pp. 341-386.

[34] Para un detallado análisis de esta jurisprudencia me remito in toto a este estudio, al que sigo en estas líneas, y a la bibliografía allí citada.

[35] *Ibidem*, p. 359.

[36] *Ibidem*, p. 362.

[37] *Ibidem*, p. 365. Los autores se lamentan de que al TS "le basta con afirmar que están basados en la metodología establecida en la normativa sobre planes hidrológicos; aunque es sabido que la mayor parte de la documentación de estos planes ha sido elaborada a partir de asistencias técnicas concertadas con empresas privadas, como acredita la publicidad de los anuncios de contratación por la Administración, que los asume como si fueran propios" (*Ibidem*).

[38] *Ibidem*, p. 375.

[39] FDº 4º: "La falta de una evaluación concreta y precisa de las medidas necesarias para llevar a cabo el predragado en relación con los concretos riesgos que conlleva, para los objetivos medioambientales de las masas de agua afectadas y el parque de Doñana, se desprende, igualmente, de la redacción del art. 26.3 de la normativa del PHG, cuando establece que las «actuaciones que describe deberán ajustarse a cuantos pronunciamientos administrativos y judiciales las condicionen», expresión que resulta superflua como genérico sometimiento al resultado de los correspondientes controles administrativos y judiciales y que refleja una imprecisión en las medidas y la ausencia del necesario contraste con los efectos y riesgos que el dragado representa para el ecosistema afectado y que resultan de los informes emitidos, limitándose el planeamiento a referir una serie de medidas a realizar, planificadas, en estudio, de seguimiento, así como consideraciones sobre los efectos de salud pública, seguridad pública y otras de naturaleza social y económica, las alternativas consideradas y los beneficios obtenidos, con una genérica e imprecisa referencia a los negativos efectos medioambientales, que minimiza sin una fundamentación que resulte respaldada por informes o documentos contrastados".

[40] Para una visión interdisciplinar de estas cuestiones vid. Torre-Schaub, M. (dir.) (2020), *Droit et Changement Climatique: comment répondre à l'urgence climatique? Regards croisés à l'interdisciplinaire*, Éditions mare & martin, París

[41] Cfr. Pérez Gabaldón, M. (2013), "El Estado autonómico en la lucha contra el cambio climático. Entre la imprecisión competencial y las deficiencias de las relaciones intergubernamentales", Cuadernos Manuel Giménez Abad, núm. 6, pp. 48-58.

[42] Vid. Etty, T. et al. (2018), "Transnational Climate Law", *Transnational Environmental Law*, vol. 7, núm. 2, pp. 191-200.

[43] La relevancia de la institución se ve potenciada cuando se convierte en contrapeso a la falta de evaluación económica de los riesgos potenciales de actividades peligrosas. Vid. por ejemplo la referencia a la reciente sentencia en Japón que condena a la empresa Tepco y al propio Gobierno por no atender los riesgos anunciados en la construcción de centrales nucleares en el que ha sido el peor accidente de este tipo de instalaciones desde el que se produjera en 1986 en Chernobyl y cuyos efectos perdurarán todavía muchos años. Vid. la noticia aparecida en *Le Monde*, 3 de octubre de 2020, "Catastrophe de Fukushima: un tribunal affirme la responsabilité de Tepco et du gouvernement japonais".

Sobre la centralidad de la responsabilidad como institución jurídica en este ámbito vid. el excelente trabajo de Soro Mateo, B. (2019), "Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 54, pp. 57-140.

[44] También deberá ser objeto de nueva reflexión la necesidad de apostar por medidas fuertes regulatorias y otorgar definitivamente un papel importante pero complementario a los llamados "instrumentos de mercado" —comercio de derechos de emisión, ecoetiquetas, auditorías ambientales, RSC, compliance...

El análisis sobre el acierto o fracaso del protocolo de Kyoto para limitar la emisión de GEI resulta esencial para dirimir esta cuestión. Cfr. Sanz Rubiales, I. (2014), *Cambio climático y Unión Europea. Presente y futuro del mercado europeo de emisiones*, Tirant lo Blanc, Valencia.

[45] Para una exposición del caso y sus consecuencias para la litigiosidad climática a nivel mundial vid. la web de la Fundación Urgenda (accesible en <https://www.urgenda.nl/en/themas/climate-case/global-climate-litigation/>).

Un detallado informe en Setzer, J. / Byrnes, R. (2019), *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot —Policy report*, Grantham Research Institute on Climate Change / the Environment and Centre for Climate Change Economics and

Policy —London School of Economics and Political Science, London.

[46] Vid. “El Tribunal Supremo admite a trámite el primer litigio contra el Gobierno en España por su acción climática insuficiente”, *Diario del Derecho*, 05/10/2020 (accesible en <https://www.iustel.com/>).

[47] Kotzé, L. J. (2020), “Earth system law for the Anthropocene: rethinking environmental law alongside the Earth system metaphor”, *Transnational Legal Theory*, vol. 11, núms. 1-2 (Transnational Environmental Law in the Anthropocene), pp. 75-104.