

# EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA DE PLANES URBANÍSTICOS Y PARTICIPACIÓN DEL PÚBLICO: UNA REVISIÓN

Héctor Iglesias Sevillano. Doctor en Derecho.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En la presente comunicación nos proponemos abordar un problema de innegable actualidad y relevancia científica que afecta de forma determinante a la consolidación de los derechos de los ciudadanos: la participación del público en materia ambiental mediante mecanismos de información pública. En particular, el enfoque se centra en un supuesto prominente de este fenómeno: la participación en la evaluación ambiental estratégica (EAE) de planes urbanísticos. No obstante, en la casuística hay también ejemplos de participación en la evaluación de proyectos mediante evaluación de impacto ambiental (EIA), y desde luego también de acceso a la justicia, lo que nos llevará a un ejemplo que demuestra la tendencia actual de extensión de estos modelos de participación.

En cualquier caso, lo que nos interesa en el presente trabajo no es hacer acopio y análisis de la jurisprudencia que anula planes urbanísticos por falta de cumplimiento del trámite de información pública<sup>1</sup>, ni examinar críticamente la legislación aplicable a esta fase de los distintos procedimientos de aprobación de planes -y, eventualmente, también de proyectos-urbanísticos o de ordenación<sup>2</sup>. Ambas líneas de análisis ya cuentan con representantes muy destacados en la doctrina reciente, que serán punto de partida de nuestro análisis. Nuestro objetivo, sin embargo, es efectuar una revisión dogmática del problema de la que puedan extraerse pautas para su justificación, aplicación y posterior desarrollo. No se trata sólo, creemos, de avanzar legislativamente, lo cual es sin duda necesario, o de una evolución jurisprudencial europea o nacional -que afortunadamente lleva ya años produciéndose-, sino de encontrar los correctos fundamentos de estos mecanismos de participación. En este aspecto, creemos, hay todavía fallas que dificultan la correcta comprensión de las técnicas de participación del público.

En suma, creemos que es posible describir el problema en los siguientes términos. El Convenio de Aarhus, adoptado en la UE por el Reglamento (CE) 1367/2006 como norma obligatoria para sus Estados miembros, regula diferentes mecanismos de incorporación del público, no ya al debate ambiental, sino a la propia actividad regulatoria de sus instituciones públicas que afecte a esta materia. El artículo 6 del Convenio regula estas formas de participación del público, desde luego con amplio margen de desarrollo para el Derecho Europeo y para los Estados firmantes<sup>3</sup>. El Convenio ha sido clave para la relevancia alcanzada por la participación pública, especialmente en la EAE de planes. Y, a pesar de que -por supuesto- la regulación nacional no es perfecta ni está exenta de crítica, es manifiesto que ha servido de base para situar la participación pública en el centro de la planificación, tanto urbanística como en el desarrollo de proyectos en los sectores ambientalmente relevantes. Buena prueba de ello es que no sólo la ausencia, sino la imperfección en el desarrollo del trámite de información pública, ha sido el fundamento de numerosas nulidades de planes urbanísticos desde antiguo<sup>4</sup>. La nulidad de planes es -como es sobradamente conocido- un aspecto candente del urbanismo español, que requerirá seguramente, de su propio desarrollo legislativo estatal para ordenar los supuestos en los que, quizá, cabría no recurrir a la nulidad y permitir la anulabilidad del plan con retroacción de actuaciones para la administración actuante. Pero, como se ha observado certeramente, no se plantea que uno de esos supuestos sea la ausencia de la participación pública en la elaboración del plan, y prueba de ello es que las propuestas de reforma de la Ley del Suelo

<sup>1</sup> En este sentido, vid. RAMOS MEDRANO (2019).

<sup>2</sup> CUBERO MARCOS (2020).

<sup>3</sup> PLAZA MARTÍN (2018:10). Sobre esto me extenderé más abajo.

<sup>4</sup> BAÑO LEÓN (2009:223).

en este sentido, aunque no han prosperado de momento, han contemplado expresamente la omisión del trámite de información pública como causa de nulidad radical en todo caso<sup>5</sup>. Por último, y quizá más importante, la jurisprudencia europea ha venido reforzando aún más si cabe la importancia de este trámite, exigiendo a los Estados miembros su cumplimiento en términos muy garantistas para los ciudadanos.

Nuestro objetivo, por tanto, no es llevar a cabo una prolija descripción de los avatares del fenómeno, sino abordarlo dogmáticamente, y perfilar algunos de sus rasgos, quizá también deshacer algún equívoco. Aquí habría que traer a colación, sobre todo, la idea de vincular la información pública como un mecanismo de «participación democrática». Esta asociación, aunque sorprendentemente común, nos parece desacertada y requiere una revisión en cierta profundidad. Esperamos poder contribuir al afianzamiento de la institución, integrándose como un trámite esencial y no sólo en el desarrollo formal del procedimiento, sino también con un contenido sustantivo de enorme relevancia: la defensa de los intereses del público afectado por los planes y la contribución a la reafirmación de la legalidad.

## II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

La jurisprudencia se ha enfrentado reiteradamente al problema de la participación ciudadana en la evaluación ambiental estratégica tanto en el nivel europeo como en el nivel nacional. No tiene sentido aquí hacer una relación de las numerosas sentencias que han, por una parte, subrayado la exigencia de una información pública efectiva en virtud del Convenio de Aarhus y su legislación europea de desarrollo y, por otra, vinculado la ausencia o manifiesta insuficiencia del trámite a la nulidad de los planes. Aquí hay una numerosa jurisprudencia que ya ha sido objeto de análisis<sup>6</sup>.

Vamos, no obstante, a destacar dos casos europeos como ejemplos, para que pueda entenderse la problemática. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sus dos órganos judiciales principales, es una de las puntas de lanza de la participación pública. Quizá una de las claves de su interpretación de la institución sea que, para este órgano judicial, no es suficiente con la celebración del trámite como formalidad, sino que éste debe ser verdaderamente eficaz y debe dar acceso al público afectado a valorar sustantivamente el avance del plan. La Sentencia *Flausch* del TJUE<sup>7</sup> ha puesto el dedo en la llaga sobre esta cuestión<sup>8</sup>.

Vamos a exponer los hechos de la sentencia resumidamente. El TJUE responde a una cuestión prejudicial del Consejo de Estado de Grecia, ante el cuál se estaba dilucidando el procedimiento principal, en el que se impugnaba el proyecto de creación de un complejo turístico en la isla de Íos, situada en el archipiélago de las Cícladas. El problema se centraba en el trámite de información pública de la EIA. El trámite existió, en las siguientes condiciones: el 2 de agosto de 2013 se publicó la convocatoria del trámite en el periódico local de la isla de Siros y en las oficinas de la región del Egeo Meridional, situadas en la misma isla, a 55 millas náuticas de Íos y cuyo acceso desde ésta exigía tomar un barco de cierto coste en términos de tiempo y dinero. En estas oficinas de Siros se guardaba la documentación de la evaluación de impacto ambiental y la consulta debía realizarse físicamente. El trámite se cierra y el 8 de agosto de 2014 los Ministerios competentes

---

<sup>5</sup> Esta era la propuesta del artículo 55.3.b) de la Proposición de Ley 122/000280 de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística, de 15 de octubre de 2018, que finalmente no prosperó. Disponible en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-319-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-319-1.PDF). Sobre esta propuesta vid. RAMOS MEDRANO (2019:3).

<sup>6</sup> RAMOS MEDRANO (2019:15-20) ha elaborado una lista de pronunciamientos judiciales de los tribunales españoles que anulan planes urbanísticos por defectos en el trámite de información pública. Esta lista incluye aquéllas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y por los Tribunales Superiores de Justicia desde 1986 hasta 2018. Sin duda, la lista podría actualizarse. No es este, sin embargo, nuestro objetivo en el presente trabajo, lo que no obsta reconocer el punto de partida indispensable que supone esta elaborada relación jurisprudencial.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2019, asunto *Flausch y otros*, C-280/18.

<sup>8</sup> Para un comentario de esta sentencia, en general, véase LÓPEZ FERRO (2019).

(Medio Ambiente y Turismo, respectivamente) aprueban el proyecto. Los demandantes en el procedimiento principal fueron, significativamente, tres personas físicas propietarias de bienes inmuebles en la isla de Íos, pero que residían en Bélgica, Italia y Francia, así como tres asociaciones. La resolución que aprobaba el proyecto se publicó el 11 de agosto de 2014 en un portal de anuncios griego, y el 8 de septiembre de 2014 en el sitio de Internet del Ministerio de Medio Ambiente de Grecia. Conoció del recurso frente a este acto el Consejo de Estado Griego.

Se plantean dos cuestiones prejudiciales. En la primera de ellas, el Consejo de Estado de Grecia consulta si es compatible con el Derecho Europeo -y, en particular, con derecho de participación del público en los procedimientos de evaluación ambiental del artículo 6.2 de la Directiva 2011/92- que los trámites ambientales de evaluación del proyecto sean incoados y gestionados principalmente por la entidad administrativa superior, la región, y no por el municipio interesado. En la segunda, pregunta si es compatible con el Derecho Europeo el régimen jurídico que contempla el Derecho nacional en este caso, que permite la publicación de la resolución de aprobación del proyecto ambientalmente relevante en un sitio de Internet específico, presumiéndose que cualquier interesado ha tenido pleno conocimiento de ésta a efectos de impugnación. En particular, pregunta si este sistema es compatible con la necesaria publicidad de los estudios de impacto ambiental y la información y participación del público en el procedimiento.

El TJUE resuelve la cuestión en los siguientes términos. En cuanto a la primera cuestión prejudicial, la preocupación del órgano jurisdiccional europeo es doble: por un lado, la efectividad de la notificación y, por otro, el acceso al expediente. Ambas dudas parecen sentenciadas cuando el Tribunal afirma con claridad que *«no parece que la publicación en las oficinas de la sede administrativa regional, situada en la isla de Siros, ni siquiera acompañada de una publicación en un periódico local de esta última isla, fuera adecuada para contribuir debidamente a la información del público afectado»* (FJ 34) y remata concluyendo que *«las condiciones de acceso al expediente relativo al procedimiento de participación deben permitir al público interesado ejercer sus derechos de manera efectiva, lo que implica que el expediente debe ser fácilmente accesible»* (FJ 38). En consecuencia, el Tribunal entiende que el artículo 6 de la Directiva 2011/92 (EIA) -precepto que regula la participación del público en la evaluación de proyectos- debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro celebre un trámite de participación del público a nivel de la autoridad administrativa regional y no a nivel municipal pero sólo si la fórmula de notificación y acceso al expediente no garantiza el respeto efectivo de los derechos del público interesado. Como es lógico, el TJUE aclara que esto último corresponde comprobarlo al órgano jurisdiccional nacional, pero por la contundencia de su análisis, caben pocas dudas de que en este caso concreto, tanto la notificación de la apertura de la información pública como el acceso al expediente incumplieron las exigencias de la Directiva EIA. En cuanto a la segunda cuestión, que se refiere al acceso a la justicia (artículo 11 de la Directiva 2011/92 y, por cierto, también artículo 9 del Convenio de Aarhus), el TJUE es incluso más contundente: *«el mero hecho de que una resolución de autorización esté disponible ex post en el sitio de Internet del Ministerio de Medio Ambiente no puede considerarse adecuado a la luz del principio de efectividad, dado que, a falta de información suficiente sobre el inicio del procedimiento de participación del público, no puede considerarse que nadie haya sido informado de la publicación de la resolución final correspondiente»* (FJ 59).

Centrándonos en la primera cuestión, esta conclusión es muy relevante porque, como hemos visto, está clara la nulidad de los planes que omitan este trámite, pero también se consolida en la jurisprudencia europea la invalidez -por contrarios al Derecho Europeo, y en concreto al artículo 6.2-6 de la Directiva 2011/92- de los planes que lo lleven a cabo, pero defectuosamente. Sin embargo, no nos queda claro si la sentencia *Flausch* exige descartar que el legislador nacional pueda sancionar la ejecución defectuosa del trámite de

información pública sólo con la anulabilidad, permitiendo entonces retrotraer las actuaciones. De hecho esta era, salvo error nuestro, la consecuencia de la proposición de Ley antes aludida, donde expresamente se contemplaba la nulidad de pleno Derecho en los casos en que «no se haya producido el trámite de información pública» (artículo 55.3.b) de l Texto Refundido 7/2015, de la Ley del Suelo, en la propuesta formulada). La Exposición de Motivos se refería inequívocamente a la nulidad en supuestos en los que se hubiera prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido<sup>9</sup> y se imputaban las perturbadoras consecuencias de la nulidad absoluta de los planes urbanísticos por causa de diferentes defectos en los procedimientos, sin posibilidad alguna de retroacción de las actuaciones y conservación de los trámites no afectados por la causa de la nulidad, a la concepción -mayoritaria en el Derecho administrativo español- que postula la naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos, «pese a no tener apoyo expreso en la legislación de ordenación territorial y urbanística, tanto la vigente, como la tradicional»<sup>10</sup>. La proposición de ley admitía que los planes pudieran incluir normas, pero no que todo el plan sea una disposición reglamentaria.

La teoría de la naturaleza dispositiva de los planes ha intentado ser reavivada entre nosotros recientemente con densos y depurados fundamentos, manifestando expresamente que su afección al aspecto de la nulidad del plan es todavía una cuestión «irresuelta»<sup>11</sup>. Tanto la reflexión doctrinal como algunos ejemplos comparados como el francés y el alemán justifican la flexibilización del régimen de la nulidad del plan<sup>12</sup>, camino que parece haberse iniciado también en España<sup>13</sup>. Esto, en realidad, es completamente lógico en lo que respecta al problema de la nulidad del plan en general: de hecho, quizá el verdadero problema de fondo no sea que el plan no encaje en la distinción norma-acto -como asume mayoritariamente la doctrina- sino el contrario, que dicha distinción se origina a raíz de un problema constitucional fundamental, la separación de poderes, al que el plan urbanístico es ajeno, y lo que es más, éste a su vez es un ejemplo muy singular y *sui generis* de plan<sup>14</sup>. De esta forma, la proposición de ley estaría en lo cierto identificando la planificación urbanística con un conjunto disímil de disposiciones reglamentarias, actos y actos de trámite, sometidos a diferentes regímenes de nulidad y anulabilidad. En fin, como es bien sabido, en la teoría del acto administrativo en general la distinción entre nulidad y anulabilidad tampoco tiene una respuesta definitiva<sup>15</sup>, con lo cual no es extraño que se sigan produciendo divergencias en estos casos específicos.

No obstante, no será tan sencillo dar una respuesta a este problema cuando lo que examinemos sea, específicamente, la nulidad o anulabilidad del plan urbanístico cuyo trámite de información pública es defectuoso. Como hemos visto, no creemos que el TJUE exija de forma definitiva la nulidad absoluta en caso de tramitación defectuosa, como efectivamente era el supuesto de la sentencia *Flausch*, y de hecho se remite -como corresponde a su ámbito de competencias- a los órganos jurisdiccionales nacionales, tanto para determinar cuáles son los medios de información al público disponibles (pues la determinación de modalidades y plazos de información pública corresponde al Derecho interno conforme a los artículos 6.5 y 6.6 de la Directiva 2011/92 respectivamente) como, lógicamente, para determinar la consecuencia jurídica de su cumplimiento defectuoso. La jurisprudencia española tiende, de nuevo, a la nulidad<sup>16</sup>. Quizá esto se deba al tipo de «defecto» en la información pública más común en nuestra jurisprudencia declarativa de

---

9 III, Primero.

10 I.

11 PAREJO ALFONSO (2020a:30).

12 Íd., 32.

13 PAREJO ALFONSO (2020b).

14 En este sentido, vid. el comentario de VELASCO CABALLERO al artículo de PAREJO ALFONSO (2020a) disponible en la página de la red de la *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*: Disponible en <http://revistasmarcialpons.es/revistaderechopublico/article/view/25/13>.

15 CANO CAMPOS (2017).

nulidad de los planes, que como recuerda RAMOS MEDRANO es la ausencia de reiteración del trámite en los casos en los que, tras valorar las alegaciones de distintas partes (incluido, de hecho, el público) se operan modificaciones sustanciales en el plan<sup>17</sup>. La necesidad de una nueva información pública en caso de modificaciones sustanciales antes de aprobarse el proyecto es ahora una obligación impuesta por el legislador estatal en el artículo 38.2 de la Ley 21/2013, en su reforma de 2018. Aquí, lógicamente, no cabe más opción que la nulidad absoluta, pues no reiteración en caso de modificaciones sustanciales equivale a ausencia del trámite. Por supuesto, otra cosa es dilucidar qué modificaciones son sustanciales, pero esa es una materia ajena a nuestro trabajo. Desde luego, un caso ineludible fue aquél en el que se eludió el trámite de información pública de un Plan General de Política Forestal decenal, so pretexto de «convalidarse» por el trámite de información pública efectivamente realizado para la aprobación del plan decenal anterior, cerca de diez años antes: obviamente este es un supuesto de ausencia del trámite y, por ende, de nulidad<sup>18</sup>. Un supuesto menos claro es aquel en el que, existiendo toda la documentación exigida por la legislación (lo cual incluye, desde luego, numerosos informes preceptivos) no toda esa información estuvo disponible en el expediente en el trámite de información pública. Quizá aquí sí que cabría la anulación y retroacción de actuaciones, si bien los tribunales españoles parecen optar por la nulidad, no sin cierto ánimo doliente<sup>19</sup>. Lo mismo vale para la falta de respuesta a la alegaciones, que el Tribunal Supremo hace equivaler a la ausencia del trámite de audiencia<sup>20</sup>. En fin, no es posible saber qué respuesta hubiera dado el Tribunal Supremo español al caso griego, aunque no es descartable que, a la vista de la abundante jurisprudencia declarativa de nulidad, hubiera optado por la misma solución directamente, quizá incluso sin necesidad de recurrir si quiera a la cuestión prejudicial. Dicho esto, nosotros no vemos impedimento alguno en el Derecho Europeo, y en particular en el artículo 6 de la Directiva 2011/92, para que el legislador nacional opte por la anulabilidad en los casos de tramitación defectuosa que no sean equivalentes a la ausencia del trámite. No se olvide además que, en el Derecho español, el órgano sustantivo (o, en su caso, el órgano ambiental) encargado de la información pública tiene el deber legal específico de adoptar «*las medidas necesarias para garantizar que la documentación que debe someterse a información pública tenga la máxima difusión entre el público, utilizando los medios electrónicos y otros medios de comunicación*» (artículo 36.3 de la Ley 21/2013). Esta es una obligación legal que opera dentro del procedimiento establecido para el trámite, pero no es esencial a la existencia del trámite mismo, lo que para nosotros es un argumento decisivo que abre la puerta a la posibilidad de que la ejecución defectuosa de esta obligación concreta sea subsanable.

Antes de continuar, en este párrafo final hemos querido acercarnos brevemente al problema del acceso a la justicia en materia ambiental (que ocupaba, como hemos dicho, la segunda cuestión del TJUE en la sentencia *Flausch*). Lo haremos mediante un caso muy reciente que, aunque estrictamente no se refiere a la participación ciudadana en una evaluación ambiental estratégica, sí que afecta decisivamente a la participación en materia ambiental

---

<sup>16</sup> RAMOS MEDRANO (2019:10-14) ha examinado algunos de los casos más comúnmente examinados por los tribunales españoles, análisis que seguimos en lo sucesivo.

<sup>17</sup> Así es desde la STS de 23 de abril de 1996 (rec 6396/1991), citada por el propio autor (p. 10).

<sup>18</sup> STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2017, rec. 1559/2016. Para un comentario de esta sentencia vid. SALGADO y DORESTE (2019).

<sup>19</sup> En la STSJ de Cantabria de 17 de enero de 2008, rec. 601/2006, se contiene un ejemplo singular, en el que se sometió el expediente de las Normas Urbanísticas Regionales de Cantabria a información pública, pero sin el esencial Informe Ambiental, que efectivamente existía en la misma sede administrativa en la que se desarrolló la consulta, pero no estaba disponible en el expediente que se ofreció a informar. Esta sentencia contiene una curiosa expresión del órgano jurisdiccional para justificar la nulidad absoluta de las Normas finalmente aprobadas por este defecto, nulidad que sin duda venía impuesta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (FJ 7, *in fine*). Lo que no obsta a que el legislador pueda intervenir y, en un caso de estas características, admitir la anulabilidad y la retroacción de actuaciones.

<sup>20</sup> STS de 6 de octubre de 2015, rec. 2676/2012, y las que cita.

que impone el Derecho Europeo, en lo que hemos denominado una «extensión» de este modelo de participación, mediante el reconocimiento de un nivel de intervención pública incluso *previo* al proyecto. Por añadidura, el caso afecta directamente a España. Se trata de la Sentencia del Tribunal General en el asunto *ClientEarth*<sup>21</sup>. En este asunto, una empresa española solicitó financiación del Banco Europeo de Inversiones (EIB por sus siglas en inglés) para desarrollar un proyecto industrial, la construcción de una planta de generación de energía de biomasa. El proyecto fue bien recibido en el organismo, que el 12 de abril de 2018 aprobó una financiación de hasta 60 millones de euros para su construcción. Sin embargo, ClientEarth, una asociación sin ánimo de lucro especializada en la defensa del medio ambiente, solicitó una «*internal review*» de la decisión, es decir, un mecanismo similar al recurso de reposición. La recurrente preguntaba al EIB, en lo sustantivo, por la justificación del proyecto desde el punto de vista de sus sostenibilidad ambiental y su contribución para alcanzar los fines de la UE en materia ambiental. El EIB rechazó la solicitud de acceso al recurso -sin resolverlo sobre el fondo-, argumentando que la decisión adoptada por su Consejo de Administración no constituía un «acto administrativo» recurrible. De hecho, la aprobación del crédito no implicaba automáticamente la suscripción del contrato de préstamo ni línea de crédito alguna. Sin embargo, el órgano judicial europeo considera que el acto de aprobación del proyecto es, efectivamente, administrativo y recurrible en reposición y, lo que es más, entiende que cualquier contrato posterior con el beneficiario del préstamo sería, en realidad, una decisión de mera ejecución del acto recurrido (FJ 170). Esto implica reconocer que el acuerdo del EIB aprobando la concesión de la financiación para el proyecto tenía por sí mismo efectos frente a terceros, y por tanto debía ser recurrible. El TG anula la resolución que rechazaba la interposición del recurso por parte de ClientEarth, lo que es tanto como obligar al EIB a resolver el recurso interno. Esta sentencia implica adelantar la participación del público al momento más temprano posible, el momento de concesión de la financiación, anterior incluso al inicio de la tramitación de cualquier proyecto local, y al máximo nivel normativo, el europeo. Lo curioso es que esto se logra, no mediante un mecanismo de participación en la toma de decisiones, sino mediante un mecanismo de acceso a la justicia administrativa. En cualquier caso, sirve como ejemplo de la ambiciosa consolidación de la participación del público en el desarrollo de la política ambiental ya desde sus mismas fuentes de financiación, al menos cuando éstas son públicas. Es decir, aquí la participación pública cumpliría una función de control de la actividad administrativa<sup>22</sup>.

### III. CUESTIONES DOGMÁTICAS IRRESUELTAS EN LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA

La participación del público en materia ambiental ha tenido un profuso desarrollo doctrinal. Entre nosotros, no es difícil encontrar material académico para el debate. Aquí vamos a analizar brevemente los puntos que nos parecen más problemáticos: las bases de su desarrollo normativo a partir del Convenio de Aarhus, su introducción en la EAE y la EIA, y sobre todo la cuestión más controvertida, su naturaleza de afirmación de la legalidad frente a la pretensión de convertirla en un instrumento impropriadamente democrático.

En cuanto a lo primero, se ha dicho del Convenio de Aarhus, en general, que recurre a menudo a «conceptos jurídicos indeterminados»<sup>23</sup>, lo que se traduce en un mayor margen de apreciación en favor del legislador nacional. Esto permite al legislador nacional intervenir, entre otras cosas, en la delimitación de la participación pública como instrumento de la política ambiental. La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que últimamente va dejando paso a concepciones unitarias de la discrecionalidad, no parece la más adecuada

---

21 STG de 27 de enero de 2021, asunto ClientEarth v EIB, T-9/19. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=237047&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2293774> . El proyecto de construcción se situaba en la localidad de Curtis (La Coruña).

22 Sobre la teoría de esta función vid. AGUDO GONZÁLEZ (2018).

23 PLAZA MARTÍN (2018:10).

para describir la «indeterminación» conceptual del Convenio de Aarhus -ni, en realidad, de cualquier tratado internacional-, porque fue diseñada para analizar y controlar la discrecionalidad administrativa sometida a la ley<sup>24</sup>, y no para determinar el margen de apreciación del legislador democrático dentro de sus competencias, y ésta es la posición del legislador español, estatal o autonómico, cuando desarrolla el Convenio o las normas europeas en el ordenamiento interno. Hablar de discrecionalidad donde no hay sometimiento al principio de legalidad, sino todo lo contrario, pura y simple decisión política en el marco de ciertas obligaciones internacionales, es quizá el primer punto común de la doctrina sobre el Convenio que no compartimos. Que las normas ambientales internacionales y europeas en materia de participación ambiental dejen margen para el legislador es, para nosotros, la consecuencia natural del Estado democrático. La participación pública no es una excepción. En segundo lugar, en este trabajo nos hemos centrado, sobre todo, en la EAE de planes urbanísticos, pero sin limitarnos exclusivamente a ella. Pero quizá convenga señalar algunas diferencias clave entre la EAE y la EIA que, aunque sobradamente conocidas, ayudarán a entender por qué nuestro análisis se mueve entre ambos instrumentos -a parte, claro, de las referencias a la participación del público en el acceso a la justicia-. Originalmente, en primer lugar, ambas estaban reguladas en normas diferentes, destacando algunas normas europeas (Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente y Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación ambiental de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente) y nacionales (la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, ya derogada). Ambos regímenes confluyen ahora en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

Antes de esta norma, se había dicho entre nosotros que la diferencia entre ambas instituciones podía resumirse en cuatro rasgos<sup>25</sup>. En primer lugar, la EAE está concebida para analizar el plan o programa ambientalmente relevante en su fase preparatoria («*el avance del plan*»<sup>26</sup>). De ahí que muchas de sus dificultades, especialmente atinentes a la fase de información pública, tengan que ver con que los resultados de esta información pública se vean en el plan finalmente aprobado, y con la información a la que efectivamente el público accede y su identificación con los contenidos sustantivos finalmente aprobados. Por el contrario, la EIA evalúa proyectos concretos, y lo hace en una fase posterior, con el proyecto ya bien desarrollado y antes de aprobarse. En segundo lugar, una antigua diferencia que se señalaba entre ambas era que la EAE exigía el análisis de la alternativa cero, mientras que la EIA no alcanzaba este aspecto. Esta diferencia, sin embargo, ya no es válida a la luz de la Ley 21/2013. Por el contrario, ahora la inclusión de la alternativa cero en el Estudio de Impacto Ambiental de la EIA es también una exigencia ineludible en virtud del artículo 35.1.b) de esta norma (también en la EIA simplificada, art. 45.1.c). De hecho, la norma sólo menciona ya expresamente la alternativa cero en el contexto de la EIA. En fin, la extensión sustantiva de la información pública abarca ahora, necesariamente, los análisis y propuestas que el público considere procedentes no sólo sobre el plan propuesto (en la EAE) o sobre el proyecto (en la EIA), sino también sobre sus alternativas, incluida la alternativa cero. Además, otras posibles diferencias entre la EAE y la EIA también se han ido diluyendo: es cierto que la primera es «más completa» que la segunda porque, obviamente, su objeto es mucho mayor, pero tampoco parece que esto sea un dato determinante de las

---

24 Para la dogmática clásica de los conceptos jurídicos indeterminados, vid. WOLFF, BACHOF y STOBER (1999:443), donde por cierto, se recogen ejemplos diversos de estos «conceptos jurídicos indeterminados», que resultan ser conceptos debatidos, pero que la dogmática del Derecho Administrativo debe perfilar: «bien público», «interés público», «necesidad pública», «Estado y técnica», «efecto dañoso en el medio ambiente» o «mejor técnica disponible» son algunos de los ejemplos que ponen los autores.

25 BAÑO LEÓN (2009:228).

26 Íd., 227.

diferencias entre ambas. Efectivamente, sus procedimientos también son diferentes y están regulados en la Ley 21/2013 por separado, pero en contenido se han ido aproximando en algunos aspectos, como la alternativa cero o la propia información pública. En fin, puede resumirse el problema con CUBERO en que, actualmente, las diferencias se reducen a dos: la escala y su carácter sectorial<sup>27</sup>. En cuanto a la nulidad del plan o el proyecto que omite el trámite de información pública, no cabe duda alguna de que es idéntica en ambos casos. De ahí que creamos que el trámite de información pública puede tratarse como una unidad.

En tercer lugar, es necesario abordar para terminar el mayor equívoco dogmático que, en nuestra opinión, se produce en esta materia: la vinculación de los mecanismos de participación ambiental con los de participación democrática. Conviene detenerse a explicar esto en mayor detalle. Es necesario aclarar, en primer término, que los sujetos de la participación pública ambiental no son los ciudadanos del Estado democrático de Derecho. Las expresiones «participación ciudadana» y «participación del público» no significan exactamente lo mismo. Hay una diferencia sustancial entre ambas, que por supuesto se reflejará posteriormente en los mecanismos de participación, su naturaleza, extensión y justificación. La primera enfatizaría la vinculación nacional, y por tanto democrática de la participación. Sin embargo, no sólo los ciudadanos participan en los procedimientos de información pública, pues esta no es la opción del Derecho Europeo. Por ejemplo, la Directiva 2011/92 opta claramente por la participación del «público interesado», y éste aparece bien definido en su artículo 1.2.e) como *«el público afectado, o que pueda verse afectado, por procedimientos de toma de decisiones medioambientales [...] o que tenga un interés en el mismo; a efectos de la presente definición, se considerará que tienen un interés las organizaciones no gubernamentales que trabajen en favor de la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos pertinentes previstos por la legislación nacional»*. Este público no tiene nada que ver con el sujeto titular de la voluntad democrática, que son los ciudadanos. Este público amplio es cualquier persona física afectada y un número importante de personas jurídicas interesadas. Es un público que participa en defensa de sus propios derechos e intereses, y también en defensa de la legalidad a la que está sometido por razón del territorio, pero en cuya elaboración no necesariamente tiene que haber participado. Pero no participa democráticamente en la toma de decisiones políticas. No estamos ante ninguna clase de mecanismo de legitimación de las decisiones administrativas, menos aún, de legitimación democrática<sup>28</sup>. Esta idea de que la participación del público, en general e incluso sin ser un público ciudadano, «legitima democráticamente» las decisiones políticas «mediante su participación» sin duda proviene de la «crítica» materialista de los años setenta<sup>29</sup> a la legitimación del Estado de Derecho<sup>30</sup>, que finalmente da lugar a los modelos de democracia deliberativa<sup>31</sup>. Se trata de una puesta en cuestión del sistema genuinamente democrático so pretexto de su «formalismo» y que pretende sustituir su sistema de garantías por mecanismos más próximos a los sujetos particulares, aún a riesgo de su fiabilidad. Si se pretende que esta sea la función de la participación pública, sin duda no se está intentando defender ni la legalidad ni el medio ambiente, sino ensayar métodos no parlamentarios de acción política.

Por el contrario, en nuestra opinión, puede decirse que, desde un punto de vista dogmático, la función de la participación del público en la evaluación ambiental administrativa dentro del sistema jurídico es la de defensa de sus propios derechos como sujetos afectados por la intervención ambientalmente relevante, en primer lugar; y la reafirmación de la eficacia de

---

27 CUBERO MARCOS (2020:77).

28 A favor entre nosotros y recientemente, entre otros muchos, RAMOS MEDRANO (2019:4) y, muy efusivamente, SALGADO y DORESTE (2019), quienes hablan de la participación pública ambiental como un mecanismo de «calidad democrática», algo sorprendente, teniendo en cuenta que no es un mecanismo democrático en absoluto, y de hecho, no es siquiera un mecanismo decisorio.

29 HABERMAS (1973).

30 MANDT (1991:342).

31 Clásicamente, COHEN (1989).



la legalidad, en general, y de la legalidad ambiental, en particular, en segundo lugar. La participación pública es un trámite con gran importancia y contenido sustantivo, pero un trámite que legitima el resultado como parte de un procedimiento fundado en la legalidad<sup>32</sup>, no como procedimiento democrático. Esto no significa tampoco que la legalidad ambiental sólo pueda realizarse por intermediación del público, ni siquiera que éste sea indispensable, pero sí que, dado que es el público quien en último término padece los efectos de la intervención ambiental, es precisamente ese mismo público el que debe tener acceso a un mecanismo que le permita participar en su protección, siempre a través de la legalidad. La participación «del público» no es en ningún caso un mecanismo de acción política ambiental, ni puede justificadamente ser entendido como tal, sino que es una vía de acceso al procedimiento administrativo y a la justicia contenciosa, en defensa de los derechos de los participantes, y que contribuye a la afirmación de la legalidad. Los participantes, en estos procedimientos (EAE, EIA, etc.) y en esos recursos ante la justicia, se representan a sí mismos. La decisión política, sin embargo, incumbe al legislador y no a la «participación del público», ni tampoco al juez que se encargue de dicha revisión. No se trata de «corregir» a la Administración, ni mucho menos al legislador democrático, ni de conjurar el «miedo a la legalidad». Esto último es especialmente difícil en el contexto de la distinción entre principios y reglas: la legalidad en un contexto constitucional contemporáneo tiene más aristas que su mera afirmación interpretativa clásica por la boca del juez, y exige siempre una interpretación de principios, y en este caso, especialmente, de los principios del Derecho ambiental. La participación del público contribuye a incentivar ese control de legalidad, pero en esa contribución concurre con otros mecanismos, entre los que destacan el principio de legalidad administrativa (art. 103.1 CE) y el sometimiento del juez al imperio de la Ley (*sensu lato*, art. 117.1 CE). El ciudadano, y las organizaciones que representan intereses ambientales, son figuras clave en este proceso de afirmación de la legalidad, pero su importancia no niega que en esa función concurren con otros operadores jurídicos, ni desde luego les otorga dimensión política alguna. En definitiva, la participación pública es una figura clave, como mecanismo de participación en el procedimiento administrativo ambiental de los interesados y como mecanismo de control. Es una figura que ya marca, con toda justicia, la dinámica del planeamiento urbanístico y la ordenación del territorio, y en la línea que marca la jurisprudencia europea y nacional, continuará haciéndolo los próximos años.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2018): *La función administrativa de control: una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Madrid: Civitas.
- BAÑO LEÓN, J.M. (2009): *Derecho urbanístico común*, Madrid: Iustel.
- CANO CAMPOS, T. (2017): «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2017.
- COHEN, J. (1989): «Deliberation and Democratic Legitimacy», en HAMLIN, A. y PETTIT, P., *The Good Polity. Normative Analysis of the State*, Oxford: Blackwell.
- CUBERO MARCOS, J.I. (2020): «La participación del público en la elaboración de planes con incidencia ambiental: algunas cuestiones irresueltas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 117, págs. 75-106.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R. (2017): «El contencioso urbanístico y su necesaria reforma», *Revista de administración pública*, n. 203, págs. 137-162.
- HABERMAS, J. (1973): *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- LÓPEZ FERRO, A. (2019): «La participación del público en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos, a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2019 (Asunto C-280/18)», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 96 (Diciembre), págs. 44-78.

<sup>32</sup> Es decir, en el clásico sentido de LUHMANN (1989).

- LUHMANN, N. (1989): *Legitimation durch Verfahren*, 2ª ed, Frankfurt: Suhrkamp.
- MANDT, H. (1991): «Legitimität [I]», en NOHLEN, D. (ed.), *Wörterbuch Staat und Politik*, Piper: München-Zürich, pp. 338-344.
- PAREJO ALFONSO, L.J. (2020a): «La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, n.1-1, págs. 7-40.
- PAREJO ALFONSO, L.J. (2020b): «El giro jurisprudencial, con autoimposición de límites, en materia de nulidad de los planes urbanísticos», *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, n. 166.
- PLAZA MARTÍN, C. (2018): «La aplicación de las disposiciones del segundo pilar del Convenio de Aarhus en España. Los avances y los viejos retos», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 9, núm. 1, págs. 1-70.
- RAMOS MEDRANO, J.A. (2019): «Más de 90 planes de ordenación territorial y urbanística anulados por errores en la participación ciudadana», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 91 (Junio), págs. 4-24.
- RUIZ SALGADO, A. y DORESTE HERNÁNDEZ, J. (2019): «De la importancia de la participación pública en la planificación de los recursos naturales: El caso del Plan General de Política Forestal de Cataluña (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de julio de 2017)», *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 96 (Diciembre), págs. 31-43.
- WOLFF, H.J, BACHOF, O. y STOBER, R. (1999): *Verwaltungsrecht, Band I*, 11ª ed., Munich: C.H. Beck.