

ENERGÍAS RENOVABLES Y MEDIO AMBIENTE: CASOS EN QUE ENTRAN EN CONFLICTO Y SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES EN LOS ÁMBITOS DEL TS Y DEL TJUE

Javier MUÑOZ-BLANCO GARCÍA¹

Becario de la Fundación Biodiversidad
Miembro de la Asociación Internacional
de Juristas Inter Iuris
jmunoizblanco@aol.com

Fernando GONZÁLEZ BOTIJA

Profesor Titular de la UCM
dp143@ucm.es

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Estamos ante un periodo clave en el desarrollo tecnológico de las conocidas como energías renovables, y es debido a este desarrollo que se está dando una expansión de estas tecnologías por la geografía española y europea. La promoción de estas tecnologías es considerada por muchos como un paso en la buena dirección hacia la preservación del medio ambiente, pero surge la cuestión de en qué casos dicha instalación puede ser contraria a la conservación de la naturaleza. Centrándonos en la energía eólica, abordaremos dos pronunciamientos judiciales: un recurso de casación en España y una cuestión prejudicial en el ámbito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para ilustrar la lógica de la jurisprudencia ante situaciones en las que la instalación de aerogeneradores puede ser perjudicial para el medio ambiente.

¹ Javier Muñoz-Blanco García declara la autoría del presente texto en nombre propio y no en representación de la Fundación Biodiversidad ni de la Asociación Internacional de Juristas Inter Iuris.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 1039/2011

1. Resumen ilustrativo

Esta sentencia versa sobre el recurso de casación interpuesto por dos empresas de aerogeneradores (Desarrollos Eólicos de Lugo, S. A. U., y Desarrollos Eólicos, S. A.), con la Junta de Galicia como parte recurrida.

El litigio en el que se funda el recurso tiene por objeto los acuerdos por los que se aprueba la instalación de aerogeneradores en los parques eólicos de Monseivane, Penas Da Mosas y Fonte Toxoso, que se extendían a Monte Toxoso, un monte vecinal en mano común enclavado en la Sierra do Xistral, territorio perteneciente a la Red Natura 2000², espacio natural merecedor de protección para la Unión Europea (UE).

En anterior instancia, el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Galicia falló anulando dichos acuerdos por no encontrarlos ajustados al ordenamiento. Los fundamentos de Derecho que fueron aducidos señalaban la indudable utilidad pública que tenían los aerogeneradores por ser medios de producción de electricidad, y además no contaminante. Pero también destacaron los valores ambientales, paisajísticos y de producción agroforestal y ganadera de los montes vecinales, relevantes tanto para las personas privadas como para la sociedad en general. El problema es que al instalar los molinos se deforestaba parte del monte, y en ese caso la instalación tenía consecuencias ambientales negativas. En el caso en el que se tenga que sacrificar uno de los dos bienes, tiene que haber un informe técnico que indique expresamente la prevalencia de un bien sobre el otro. El TSJ de Galicia no estimó probada la prevalencia de las energías renovables sobre el monte vecinal en la forma exigida en el procedimiento. Según el Tribunal, debería haberse contemplado y tenido en cuenta que los molinos se situarían en un espacio de la Red Natura 2000, y tras ello haberse con-

² La Red Natura 2000 es una red ecológica europea de áreas de conservación de la biodiversidad. Consta de Zonas de Especial Conservación (ZEC), designadas de acuerdo con la Directiva Hábitats, así como de Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA), establecidas en virtud de la Directiva Aves. Para su declaración es necesario, en primer lugar, la aprobación de una lista de Lugares de Importancia Comunitaria (LIC) por la Comisión Europea. Su finalidad es asegurar la supervivencia a largo plazo de las especies y los hábitats más amenazados de Europa, contribuyendo a detener la pérdida de biodiversidad ocasionada por el impacto adverso de las actividades humanas. Es el principal instrumento para la conservación de la naturaleza en la Unión Europea. *Vid.* a este respecto María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Medioambiente y uso del suelo protegido*, Madrid, Iustel, 2010, p. 104.

tenido una declaración de prevalencia en la memoria que debían presentar las empresas promotoras del parque eólico. Ello no fue incluido en dicha memoria, y por ello se estimó que el procedimiento incurría en un defecto procedimental que acarrearía la anulación de los acuerdos de promoción y construcción del parque eólico.

Este defecto procedimental fue considerado aun concurriendo informes de la Dirección General de Montes y Medio Ambiente y del consejero de Medio Ambiente, en los que se especificaba la superficie que ocuparían los aerogeneradores de los tres parques eólicos y en los que se indicaba la prevalencia de la instalación de los aerogeneradores sobre la finalidad del monte. Pero tanto para el TSJ de Galicia como para el Alto Tribunal español, la declaración de prevalencia exige ir acompañada de un estudio técnico, el cual admita una contradicción técnica por otras partes interesadas. Es decir, en la memoria presentada por los promotores del proyecto debería haberse incluido un informe técnico que justificara la prevalencia. Al estar dicho informe técnico ausente en la memoria no hay, por tanto, posibilidad de realizar un juicio técnico de contraste.

Además, en el fallo se apunta que existe un interés general de conservación del medio ambiente, el cual tiene que defender la Administración, aparte de los intereses propios de los productores eléctricos y de los titulares de los terrenos forestales³.

2. Análisis del fallo

En este pronunciamiento se habla de la importancia de probar la prevalencia de un bien jurídico sobre otro de rango parecido. En este caso, los bienes en juego eran el interés natural, paisajístico, ganadero y agrícola de un monte vecinal, por un lado, y la utilidad pública que tienen las energías renovables como medio de producción eléctrica, por otro⁴.

³ El TS falló no haber lugar y, por tanto, desestimar el recurso de casación núm. 624/2007, interpuesto por las entidades mercantiles Desarrollos Eólicos de Lugo, S. A. U., y Desarrollos Eólicos, S. A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha de 26 de octubre de 2006, en su recurso contencioso-administrativo núm. 7370/2003. Ciertamente es que en este texto no voy a entrar en los argumentos procesales que motivaron no estimar el recurso, pero sí que destaco los argumentos que expone el TS y el planteamiento que hace de la revisión de los argumentos de los que se valió el TSJ de Galicia para motivar su sentencia.

⁴ Las energías renovables constituyen una alternativa tecnológica de producción eléctrica que contribuye a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero causantes del

El territorio objeto de litigio es, según el Derecho español, un monte vecinal de mano común, es decir, es un monte aprovechado por los vecinos de una población⁵. Estos montes son de propiedad privada, perteneciendo al común de los vecinos de manera mancomunada. Se requiere una autorización administrativa para las ocupaciones, usos y aprovechamientos. Estas ocupaciones deberán ser solicitadas, acompañando el expediente por el que se acredita la compatibilidad de la ocupación y uso con utilidad pública. En el caso de realizarse obras en dicho monte, la autorización de la obra estará condicionada a la adjudicación del proyecto⁶. En este caso podríamos decir que sí que hubo un expediente, pues sí que hubo un informe favorable de la Dirección General de Montes y Medio Ambiente y del consejero de Medio Ambiente, pero ello no es suficiente, pues lo que importa no es sólo qué autoridad lo apoye, sino que toda la documentación exigida por el ordenamiento sea correcta y completa. El procedimiento exigido en España para la realización de proyectos que puedan afectar al medio natural será la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)⁷.

Es precisamente al principio de las actuaciones encaminadas a la aprobación de los parques eólicos cuando surgen las irregularidades bastante

cambio climático. Sobre la existencia o no de dicho fenómeno hay bibliografía a favor y en contra. En contra de su existencia están los conocidos como *negacionistas* (Christopher HORNER, *Guía políticamente incorrecta del calentamiento global*, Ciudadela, 2007, y Bjorn LOMBORG, *El ecologista escéptico*, Madrid, Espasa, 2003, entre otros), sin embargo, parece que existe un consenso científico acerca de la existencia del fenómeno, según concluye el Panel Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), órgano de las Naciones Unidas especializado en ese ámbito. *Vid.* también Diego AZQUETA, *Introducción a la economía ambiental*, Madrid, McGraw-Hill, 2002, p. 2.

⁵ Al respecto *vid.* el excelente trabajo de Raúl BOCANEGRA SIERRA, *Bienes comunales y vecinales*, Madrid, Iustel, 2008.

⁶ *Vid.* Carmem BAUTISTA PAREJO y Luis MECATI GRANADO, *Guía práctica de la gestión ambiental*, Madrid, Mundi-Prensa, 2000, pp. 143-147. Los montes vecinales de mano común se han regido en el nivel estatal por la Ley 55/1980, de 27 de julio, de Montes Vecinales de Mano Común.

⁷ Una Evaluación de Impacto Ambiental es un instrumento de acción preventiva en la preservación del entorno el cual surgió en España con el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio. La EIA utiliza una noción amplia de medio ambiente, pues pondera no sólo valores naturales, sino también culturales o sociales. Su finalidad es la de introducir variables ambientales en la toma de decisiones públicas para elegir la mejor opción dentro de las distintas técnica y económicamente viables. Se divide en tres fases: 1) estudio de impacto ambiental; 2) procedimiento de impacto ambiental; 3) declaración de impacto ambiental. En el ámbito comunitario esta cuestión está regulada en la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo 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 (DO, núm. L 26, de 28 de enero de 2012, p. 1). *Vid.* Carmem BAUTISTA PAREJO y Luis MECATI GRANADO, *Guía práctica de la gestión ambiental*, pp. 235-244.

relevantes, como la omisión de que el monte donde se iban a instalar los molinos era un territorio incluido dentro de la Red Natura 2000, el cual exige de una EIA⁸. Este hecho no fue tenido en cuenta por los promotores del parque, y como consecuencia no llevaron a cabo una EIA en sentido estricto, respetando las fases del procedimiento, sino que presentaron en su lugar informes que hablaban de una prevalencia a nivel genérico sin expresar la extensión, la categoría de los terrenos afectados por la obra, y como tal no presentaron una memoria que daría pie a las siguientes fases de una EIA⁹. Esta irregularidad es causa de invalidación de los acuerdos que permitían la instalación de los aerogeneradores. La obligación de llevar a cabo una EIA correctamente afecta tanto a los proyectos públicos como privados, y por ello la normativa de impacto ambiental es indiferente de la titularidad del promotor¹⁰.

Así, el verdadero motivo por el que se rechazó la instalación de los molinos no fue el hecho de que fueran obras que afectaran a la Red Natura 2000 o que estuviéramos ante energías muy agresivas con el medio ambiente. El motivo real fue que, para poder comparar los dos bienes jurídicos (monte vecinal y aerogeneradores), si uno de ellos guarda relación con el medio natural, se va a exigir una EIA respetando todas las fases de que consta, pues se entiende la naturaleza como un bien a preservar, y si alguna actividad puede perjudicarlo requerirá de un juicio técnico y con contradicción que dilucide si prevalece el medio natural en cuestión o procede otro bien en su lugar. Las políticas encaminadas a la conservación de la naturaleza encuentran su justificación en los beneficios que obtiene la sociedad (o incluso la humanidad en su conjunto) derivados de la misma,

⁸ El art. 3.2.b) del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, dispone que sólo deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental en la forma prevista en esta Ley, cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso, los siguientes proyectos: los proyectos públicos o privados no incluidos en el anexo I que puedan afectar directa o indirectamente a los espacios de la Red Natura 2000 (Anexo I, grupo 9.9, Otros proyectos, Parques eólicos que tengan más de diez aerogeneradores).

⁹ La responsabilidad de elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental recae sobre el promotor de la actividad sujeta a la EIA, y la primera obligación que surge es la de la presentación ante el órgano ambiental competente de una memoria-resumen que recoja las características más relevantes del proyecto u obra. El art. 5.1.c) del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, dispone: «La evaluación de impacto ambiental de proyectos comprenderá las siguientes actuaciones: elaboración del estudio de impacto ambiental por el promotor del proyecto». *Vid.* Carmem BAUTISTA PAREJO y Luis MECATI GRANADO, *Guía práctica de la gestión ambiental, op. cit.*, pp. 235-244.

¹⁰ *Ibid.*, p. 237.

siendo la mayor parte intangibles que afectan a las generaciones presentes y futuras. Estos beneficios constituyen el valor total del activo ambiental a conservar¹¹. Para perjudicar estos activos tenemos que justificarlo con juicios técnicos que admitan un contraste, tras el cual el valor del activo que sustituya a la naturaleza tal cual se encontraba antes del proyecto sea de mayor valor que el activo ambiental sacrificado.

Así, a pesar del indudable valor medioambiental que tiene el fomento y la promoción de instalaciones generadoras de electricidad por medio de tecnologías limpias, se requiere de una EIA con todas sus fases y exigencias para contrastarlos con el valor de la naturaleza. La prevalencia se tiene que demostrar en todo momento, y las renovables no son inmunes a dicho contraste.

III. SENTENCIA TJUE DE 21 DE JULIO DE 2011

1. Resumen ilustrativo

Resuelve la cuestión prejudicial interpuesta por un tribunal italiano. En el litigio principal son parte demandante las sociedades Azienda Agro-Zootecnia Franchini y Eolica di Altamura, y parte demandada la Regione Puglia.

La normativa a considerar es la Directiva de las Aves¹², la de Hábitats¹³, la Directiva 2001/77¹⁴, la Directiva 2009/28 y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁵.

¹¹ Vid. Ramón BARBERÁN y Pilar EGEA, *Análisis económico de los costes de conservación de la naturaleza*, Zaragoza, Ceddar, 2006, p. 11.

¹² Vid. Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres (DO, núm. L 20, de 26 de enero de 2010, p. 7), que ha derogado la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres (DO, núm. L 103, de 25 de abril de 1979, p. 1).

¹³ Vid. Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (DO, núm. L 206, de 22 de julio de 1992, p. 7).

¹⁴ Vid. Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad (DO, núm. L 283, de 27 de octubre de 2001, p. 33).

¹⁵ Vid. Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DO, núm. L 140, de 5 de junio de 2009, p. 16).

La sociedad Eolica di Altamura compró a una tercera sociedad los derechos de instalación de un parque eólico con fines comerciales en los territorios de Agro-Zootecnia. Los territorios en cuestión estaban incluidos en el Parque Nacional Murgia Alta, incluido en la Red Natura 2000, y considerados LIC¹⁶ y ZEPA. Eolica Altamura solicitó la no oposición a la instalación del parque eólico a la autoridad del parque y la compatibilidad medioambiental a la Regione Puglia. Ambas instituciones rechazaron las pretensiones de Eolica Altamura argumentando que el terreno en cuestión estaba considerado como LIC y ZEPA, y, por tanto, calificado como «inapropiado» para dicha instalación, y a falta de desarrollo normativo para las instalaciones eólicas, los LIC y ZEPA deben considerarse como terrenos «no aptos». La Regione Puglia tenía un reglamento que establecía la prohibición de forma absoluta de construcción de instalaciones eólicas en los LIC y ZEPA previstos en las Directivas sobre los Hábitats y las Aves.

Azienda Franchini y Eolica di Altamura interpusieron recurso ante el Tribunale Administrativo de la Regione Puglia, el cual anuló las disposiciones reglamentarias que impedían la instalación.

Mientras estaba en curso el recurso entró en vigor una ley regional¹⁷ que prohibía la construcción de nuevas instalaciones eólicas no destinadas al autoconsumo en toda la Red Natura 2000. Ante esta situación, el Tribunale Administrativo de la Puglia decidió suspender el proceso y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial: «¿Es compatible con el Derecho de la Unión [...] la ley regional, en la medida en que prohíbe de forma absoluta e indiferenciada la instalación de aerogeneradores no destinados al autoconsumo en los LIC y las ZEPA que integran la Red Natura 2000, en lugar de prever la realización de la correspondiente evaluación de impacto medioambiental que analice los efectos del proyecto particular en el lugar concreto afectado por la actuación?».

¹⁶ El art. 1.k) de la Directiva Hábitats dispone lo siguiente: «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “lugar de importancia comunitaria” un lugar que, en la región o regiones biogeográficas a las que pertenece, contribuya de forma apreciable a mantener o restablecer un tipo de hábitat natural de los que se citan en el anexo I o una especie de las que se enumeran en el anexo II en un estado de conservación favorable y que pueda de esta forma contribuir de modo apreciable a la coherencia de Natura 2000, tal como se contempla en el art. 3, y/o contribuya de forma apreciable al mantenimiento de la diversidad biológica en la región o regiones biogeográficas de que se trate».

¹⁷ El art. 2, apartado 6, de la Ley regional núm. 31 prohíbe la construcción de nuevas instalaciones eólicas, no destinadas al autoconsumo, en todos los lugares de la red Natura 2000, es decir, también en los lugares de importancia comunitaria designados con arreglo a la Directiva Hábitats.

Ante esta cuestión planteada hay que tener en cuenta, como indican Azienda Franchini y Eolica di Altamura, que las Directivas arriba mencionadas no prohíben la instalación de parques eólicos en la Red Natura 2000, sino que supeditan su autorización a la realización previa de una EIA. Según los demandantes, la ley regional vacía pues de contenido la normativa comunitaria.

Sin embargo, la Comisión y la Regione Puglia rechazan tal argumentación con base en el art. 193 TFUE, por el que se autoriza a los Estados miembros la adopción de medidas de protección superiores a las establecidas en las Directivas, exigiéndose ciertos requisitos¹⁸.

Según el art. 14 de la Directiva de Aves, se pueden establecer medidas de protección más estrictas¹⁹. La Directiva de Hábitats no dice nada expresamente, pero su aprobación deriva del art. 192 TFUE²⁰. Así pues, según el TJUE, nada obsta para que las normas nacionales superen los requisitos mínimos de las Directivas, siempre que las normas nacionales persigan el mismo objetivo. Siguiendo el razonamiento, el TJUE entiende que la prohibición de construir nuevos aerogeneradores en la Red Natura 2000 es una medida de mayor protección para las aves.

Los demandantes en el litigio principal argumentaron igualmente que existe normativa comunitaria que específicamente trata el tema de las energías renovables y de su fomento por parte de los Estados miem-

¹⁸ El art. 193 TFUE dispone lo siguiente: «Las medidas de protección adoptadas en virtud del art. 192 no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados y se notificarán a la Comisión». Así pues, del artículo se desprende que los requisitos exigidos son la compatibilidad con los Tratados de la UE y la notificación a la Comisión. Pero también hay que apuntar que no se demostró que hubiera habido notificación a la Comisión; sin embargo, debe señalarse que el referido artículo impone a los Estados miembros la obligación de notificar a la Comisión las medidas de mayor protección que quieran mantener o adoptar en materia de medio ambiente, pero no supedita la aplicación de las medidas contempladas al acuerdo o a la oposición de la Comisión. En este contexto debe observarse que ni el tenor literal ni la finalidad de la disposición examinada permiten, por tanto, considerar que el incumplimiento de la obligación de notificación que corresponde a los Estados miembros en virtud del art. 193 TFUE provoque, por sí mismo, la ilegalidad de las medidas de mayor protección así adoptadas.

¹⁹ El art. 14 de la Directiva Aves dispone: «Los Estados miembros podrán tomar medidas de protección más estrictas que las previstas por la presente Directiva».

²⁰ El art. 192.1 TFUE establece lo siguiente: «El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, decidirán las acciones que deba emprender la Unión para la realización de los objetivos fijados en el art. 191». El art. 191.1 TFUE aclara que «la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente».

bros. En concreto aluden al art. 194 TFUE²¹, en el que se indica el objetivo de desarrollo de las energías renovables en los territorios de la Unión, y estiman que tal objetivo debería primar sobre el de protección del medio ambiente perseguido por las Directivas de Aves y Hábitats. También aluden a la Directiva 2001/77, cuyo objetivo es fomentar las energías renovables y eliminar las trabas administrativas a su instalación²². Fue precisamente por esta normativa en concreto por la que el Tribunal Administrativo italiano tuvo dudas de si la normativa italiana violaba el Derecho comunitario.

Ante este argumento el TJUE se pronunció diciendo que el hecho de promulgar una ley prohibiendo la instalación no constituye ninguna traba administrativa. La ley regional italiana prohibía únicamente la energía eólica, cosa que los demandantes interpretaron como una medida discriminatoria. No lo estimó así el Tribunal, al indicar que existen diferencias objetivas entre la energía eólica y otro tipo de tecnologías de energía renovable en el contexto de la Red Natura 2000, pues los aerogeneradores constituyen un riesgo objetivo para las aves²³.

Por último, los demandantes se remitieron a la Directiva 2009/28, que enuncia que las normas relativas a las instalaciones de electricidad, y en

²¹ El art. 194.1.c) TFUE estipula: «En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior, y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros [...] c) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables».

²² El art. 6.1 de la Directiva 2001/77/CEE dispone: «1. Los Estados miembros o los organismos competentes designados por los Estados miembros evaluarán el marco legislativo y reglamentario vigente respecto a los procedimientos de autorización o los demás procedimientos mencionados en el art. 4 de la Directiva 96/92/CE, aplicables a las instalaciones de las centrales de producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables, con objeto de: reducir los obstáculos reglamentarios y no reglamentarios al incremento de la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables; racionalizar y agilizar los procedimientos al nivel administrativo que corresponda, y asegurarse de que las normas sean objetivas, transparentes y no discriminatorias y tengan debidamente en cuenta las particularidades de las diferentes tecnologías que utilizan fuentes de energía renovables».

²³ La American Bird Conservancy apunta que en Estados Unidos muere al menos un pájaro cada minuto por colisiones con molinos de viento. Sin embargo, también puntualizan que las construcciones recubiertas de cristal como muchos rascacielos suponen una mortalidad 1.000 veces superior a la provocada por los aerogeneradores. *Vid.* a este respecto http://www.washingtonpost.com/national/health-science/wind-farms-under-fire-for-bird-kills/2011/08/25/gIQAP0bVlJ_story.html. Una relación de 5.820 a 1 es la que apunta el periódico británico *The Guardian* cuando compara la mortalidad de aves provocada por el hombre en general y la mortalidad provocada por energía eólica en concreto. Sobre este particular puede consultarse <http://www.guardian.co.uk/environment/2012/feb/27/wind-energy-myths-turbines-bats>.

especial renovables, serán proporcionadas y necesarias²⁴. El TJUE estimó que no se rompe el principio de proporcionalidad indicado en la Directiva, puesto que la ley regional sólo afecta a los aerogeneradores comerciales, quedando otras alternativas renovables y los aerogeneradores con fines de autoconsumo²⁵.

Por ello, el TJUE acaba concluyendo que la normativa comunitaria no se opone a la ley regional italiana que prohíbe la instalación de aerogeneradores con fines comerciales sin llevar a cabo una EIA dentro de la Red Natura 2000²⁶.

²⁴ El art. 13.1 de la Directiva 2009/28 estipula lo siguiente: «Los Estados miembros velarán porque las normas nacionales relativas a los procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias que se aplican a las instalaciones e infraestructuras conexas de transporte y distribución para la producción de electricidad, calor o frío a partir de fuentes de energía renovables, y al proceso de transformación de la biomasa en biocarburantes u otros productos energéticos, sean proporcionadas y necesarias».

²⁵ El art. 5.1 del Decreto de 17 de octubre de 2007, que lleva por título «Criterios uniformes mínimos para la definición de medidas de conservación aplicables a todas la ZEPA», establece: «Con respecto a todas las ZEPA, las regiones y las provincias autónomas establecerán, mediante el acto previsto en el art. 3, apartado 1, del presente Decreto, las siguientes prohibiciones: la construcción de nuevas instalaciones eólicas, con excepción de las instalaciones respecto de las cuales en la fecha de adopción de la presente norma ya se haya iniciado el procedimiento de autorización previa presentación del proyecto. Las autoridades competentes deberán evaluar los efectos del proyecto, teniendo en cuenta los ciclos biológicos de las especies por las que se designó el lugar, previa consulta con el INFS (Instituto Nacional para la Fauna Silvestre). Las obras de sustitución y modernización, incluidas las de carácter tecnológico, que no supongan un aumento del impacto sobre el lugar a la vista de los objetivos de conservación de la ZEPA y las instalaciones destinadas a la producción propia con una potencia global inferior a 20 kW también quedarán excluidos de la prohibición». Esta normativa se dicta en el nivel nacional, y la ley regional complementa esta normativa. Sin embargo, de la ley nacional podemos deducir que sí se permiten las instalaciones de aerogeneradores para uso propio con potencia inferior a 20 kW.

²⁶ La sentencia del TJUE declara: «La Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres; la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres; la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad, y la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa que prohíbe la instalación de aerogeneradores no destinados al autoconsumo en lugares que formen parte de la red ecológica europea Natura 2000 sin llevar a cabo ninguna evaluación previa de los efectos medioambientales del proyecto sobre el lugar específicamente afectado, siempre y cuando se respeten los principios de no discriminación y de proporcionalidad».

2. Análisis del fallo

Como en el caso anterior, estamos ante la comparación del bien jurídico naturaleza y el de la promoción de energías limpias. En este caso el conflicto no está en que haya o no una EIA previa o una declaración de prevalencia, sino que existe una prohibición de instalar aerogeneradores. Si las energías renovables deben ser promocionadas y facilitadas, y la eólica es una energía renovable, ¿por qué no se permite la instalación de molinos? ¿Por qué no se exige una EIA y en su lugar se prohíbe directamente? ¿Es eso correcto de acuerdo con la normativa comunitaria?

Según el TJUE, sí que es posible la prohibición, en el caso que estemos ante espacios protegidos por la UE, y siempre que se establezcan medidas de protección superiores. Es decir, la protección de la normativa comunitaria es una protección de mínimos, y los Estados podrán proteger dichos espacios en un grado superior siempre que se respete la normativa comunitaria²⁷. En este caso el TJUE interpreta que sí se respeta dicha normativa, luego procede la prohibición. Sin embargo, hay que aclarar por qué procede y en qué casos no procedería.

No procedería en los casos en que no se respetara la normativa comunitaria o en casos de discriminación arbitraria de la energía eólica, por ejemplo. Azienda y Eólica Altamura entendían que había una clara discriminación a la energía eólica, pues nada decía la norma italiana sobre la prohibición de otras energías renovables, como la solar o la biomasa, por ejemplo. También estimaban una discriminación a las instalaciones con fines comerciales, porque dentro de la energía eólica sí que se permitían las instalaciones de molinos para consumo propio, siempre que no superen los 20 kW de potencia. Esta prohibición parece lógica si se tienen en cuenta que los aerogeneradores de 20 kW o menos de potencia son relativamente pequeños comparados con los industriales, que son bastante más grandes y, por tanto, suponen un riesgo objetivo mucho mayor para las aves. Pero ese límite establecido en la normativa italiana puede no cumplir con su objetivo último de protección de las aves, porque podría haber molinos muy grandes y poco potentes (potencia inferior a 20 kW) o colocados en un lugar estratégico que afecte negativamente a las aves u otros animales voladores. Quizá la normativa, más que fijar el límite en los 20 kW, podría haber establecido una prohibición en los casos en los que afectarían negati-

²⁷ Y se notifique a la Comisión, como hemos visto más arriba.

vamente a la fauna silvestre, sin especificar la potencia, pues no motiva por qué se establece el límite en 20 kW y no en 25 kW, por ejemplo. A su vez, podría darse el caso que hubiera molinos para autoconsumo mucho más perjudiciales que los industriales o comerciales.

Que se prohíba la instalación sin dejar opción a una EIA previa puede parecer excesivamente riguroso y merecer ciertas críticas a la luz del principio de proporcionalidad contemplado desde la perspectiva de la sistemática de la Directiva 2011/92/UE arriba citada. Efectivamente, en la Directiva se distingue entre los proyectos que, según su art. 4.1, al estar enumerados en su anexo I, «serán» obligatoriamente objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los arts. 5 a 10, y los proyectos que, de acuerdo con el art. 4.2, al estar contenidos en su anexo II, no existe esa obligación automática. Así se dispone que «los Estados miembros determinarán» si el proyecto será objeto de una evaluación de conformidad con lo establecido en los arts. 5 a 10. La discrecionalidad de las autoridades nacionales en este terreno no es absoluta. Así, se precisa en el texto legal que los Estados miembros realizarán dicha determinación: *a)* mediante un estudio caso por caso, o *b)* mediante umbrales o criterios establecidos por el Estado miembro en cuestión. Los Estados miembros podrán decidir la aplicación de ambos procedimientos contemplados en las letras *a)* y *b)*. En el apartado 3 del mismo precepto se señala que cuando se examine caso por caso o se establezcan umbrales o criterios a los efectos del apartado 2, se tendrán en cuenta los criterios pertinentes de selección establecidos en el anexo III. Entre esos criterios se encuentra el relativo a la ubicación de los proyectos²⁸. En relación con este criterio se tiene que valorar que la sensibilidad medioambiental de las áreas geográficas que puedan verse afectadas por los proyectos deberá considerarse teniendo en cuenta, en particular²⁹: *c)* la capacidad de carga del

²⁸ El Anexo III recoge además los siguientes criterios de selección: 1. Las características de los proyectos. Las características de los proyectos deberán considerarse, en particular, desde el punto de vista de: *a)* el tamaño del proyecto; *b)* la acumulación con otros proyectos; *c)* la utilización de recursos naturales; *d)* la generación de residuos; *e)* contaminación y otros inconvenientes; *f)* el riesgo de accidentes, considerando en particular las sustancias y las tecnologías utilizadas [...] 3. Características del potencial impacto. Los potenciales efectos significativos de los proyectos deben considerarse en relación con los criterios establecidos en los puntos 1 y 2, y teniendo presente en particular: *a)* la extensión del impacto (área geográfica y tamaño de la población afectada); *b)* el carácter transfronterizo del impacto; *c)* la magnitud y complejidad del impacto; *d)* la probabilidad del impacto; *e)* la duración, frecuencia y reversibilidad del impacto.

²⁹ También hay que tener en cuenta: *a)* el uso existente del suelo; *b)* la relativa abundancia, calidad y capacidad regenerativa de los recursos naturales del área.

medio natural, con especial atención a las áreas siguientes: i) humedales; ii) zonas costeras; iii) áreas de montaña y de bosque; iv) reservas naturales y parques; v) áreas clasificadas o protegidas por la legislación de los Estados miembros en aplicación de las Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, y la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres; vi) áreas en las que se han rebasado ya los objetivos de calidad medioambiental establecidos en la legislación de la Unión; vii) áreas de gran densidad demográfica; viii) paisajes con significación histórica, cultural y/o arqueológica. Hay que llamar la atención sobre el hecho de que en el punto 3 (Industria energética), letra i), del anexo II de la mencionada Directiva 2011/92/UE, se contemplan las «instalaciones para la utilización de la fuerza del viento para la producción de energía (parques eólicos)».

Y es que puede ser razonable defender que el legislador no debería ser el encargado de determinar de forma general cuándo procede o no la instalación de molinos aportando datos técnicos restrictivos. Como acabamos de ver, en relación con los proyectos del anexo II, si por algo existe el procedimiento de una EIA es porque parece más conveniente hacer un informe técnico caso a caso. Y es que podría haber supuestos en donde el impacto de un molino de 25 kW fuera prácticamente nulo, y aun así la normativa lo limitaría sin más.

En cuanto al posible incumplimiento del art. 6.1 de la Directiva 2001/77/CEE³⁰, en este caso se puede considerar que la normativa italiana no ralentiza el procedimiento de concesión o promoción de las tecnologías afectadas (molinos de viento comerciales o industriales y los de autoconsumo con potencia superior a 20 kW), puesto que qué resolución más rápida que la prohibición inicial. No hace falta iniciar un procedimiento, puesto que no se pueden instalar aunque concurriera una EIA favorable.

IV. ANÁLISIS CONJUNTO DE AMBOS PRONUNCIAMIENTOS

Lo primero que tenemos que destacar es que ambos pronunciamientos comparan los efectos de la instalación de aerogeneradores en espacios protegidos. Esos espacios protegidos en ambos casos forman parte de lo

³⁰ *Vid.* nota 21.

conocido como Red Natura 2000, una red ecológica configurada por espacios naturales especialmente protegidos por la UE con la finalidad de preservar ciertos hábitats naturales y determinada biodiversidad que allí habita. Es considerada como «un baluarte adicional en la defensa de espacios naturales de alto valor ecológico»³¹.

Es, pues, la Red Natura 2000 una clara manifestación del bien jurídico naturaleza o medio ambiente. Pero a efectos prácticos resulta bastante complejo delimitar el alcance de este bien jurídico³².

En la Constitución Española el derecho al medio ambiente aparece en el art. 45³³. El titular del derecho es el ser humano y no los animales ni las plantas. El enfoque del artículo resalta que un medio ambiente en buenas condiciones contribuye a la mejora de la calidad de vida de las personas, y a su vez se enuncia la necesidad de utilización racional de los recursos naturales, siendo éstos sobre los que se debería proyectar la protección para garantizar el derecho del que todos somos titulares³⁴.

En el nivel comunitario, el Tratado de la UE, en su art. 3, apartados 3 y 5, establece como disposiciones comunes a todos los Estados miembro la consecución de «un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente» y «el desarrollo sostenible del planeta». Combinando ambos conceptos, la protección y mejora del medio ambiente es condición *sine qua non* para conseguir un desarrollo sostenible³⁵ en el mundo, o al menos en Europa.

³¹ Vid. María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Medioambiente y uso del suelo protegido*, op. cit., p. 104.

³² Pues un rasgo característico del mismo es su *horizontalidad* o *transversabilidad*, es decir, su inclusión dentro del Derecho administrativo, penal o civil, el hecho de que se protege desde multitud de puntos de vista (protección de especies animales, calidad del aire, sostenibilidad, calidad de vida, etc.) y afecta a materias científicas, administrativas, sociales, económicas y políticas (biodiversidad, usos del suelo y bienes demaniales, ONGs, industria del turismo y la construcción, y política comunitaria, respectivamente, por ejemplo). Vid. Blanca LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo*, Madrid, Dykinson, 2006, y José Eugenio SORIANO GARCÍA, Pedro BRUFAO CURIEL y Blanca LOZANO CUTANDA, *Claves del Derecho Ambiental*, vol. II, *Medio natural, biodiversidad y riesgos tecnológicos*, 1.ª ed., Madrid, Iustel, 2011.

³³ El art. 45 CE dispone: «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

³⁴ Vid. Luis ORTEGA ÁLVAREZ, *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 55-60.

³⁵ El concepto de desarrollo sostenible ha tenido muchas definiciones; sin embargo, yo me quedo con la definición del concepto contenida en el Informe Bruntland de 1987: «El

Así pues, podemos concluir que la normativa busca la protección de la naturaleza de manera directa, protegiendo dicho bien jurídico directamente. Pero también podría hablarse de una protección de la naturaleza de manera indirecta. Sabemos que existen instrumentos que fomentan la protección ambiental o contribuyen a mitigar o neutralizar el daño que con nuestras actividades causamos al medio ambiente³⁶. En otros casos hay instrumentos que causan un impacto bajo, y cuando se sustituyen por otros que causan un mayor impacto se produce una reducción neta del impacto ambiental igual a la diferencia de impactos de ambos instrumentos. En este segundo caso hablamos, entre otras, de las energías renovables como medio de producción eléctrica, que cuando se sustituyen por los medios de producción eléctrica convencionales³⁷ redundan en una reducción de emisiones de CO₂ y otros elementos contaminantes del medio terrestre y acuático, y, por ende, de las especies animales y vegetales, y a la larga, de los seres humanos.

Dentro de las energías renovables, las más eficientes son la eólica, la solar y la hidroeléctrica³⁸. Podríamos decir que, a día de hoy, la sustitución de las tecnologías convencionales empleadas para la producción de electricidad por energías renovables supondría de manera indirecta un paso adelante en el camino hacia la protección y mejora del medio ambiente. Por ello, la energía eólica puede considerarse, al menos por la reducción neta de emisiones causantes de contaminación y efecto invernadero, como una tecnología a promover.

Pero el hecho que contribuya a reducir el daño³⁹ que producen las tecnologías de quema de combustibles fósiles no implica necesariamente que

desarrollo que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» (traducción obtenida de Blanca LOZANO CUTANDA, *Derecho Ambiental Administrativo, op. cit.*, p. 52).

³⁶ Hablamos de los proyectos de restauración de ecosistemas, descontaminación, reforestación, extinción de incendios y cría de especies amenazadas con fines de repoblación; actividades que contribuyen a mejorar la situación anterior y mitigar los impactos provocados en la mayoría de los casos por la actividad humana.

³⁷ Entendidos como convencionales los denominados combustibles fósiles (carbón, petróleo y gas natural). Su combustión, junto con los cambios en los usos del suelo, constituyen la principal causa del calentamiento global, provocando a su vez una contaminación del aire, tierra y agua con compuestos como el monóxido de carbono (CO), óxidos de nitrógeno (NO_x), óxidos de azufre (SO_x) y otros que producen irritación en personas, plantas y animales. *Vid.* «The hidden costs of fossil fuels», en <http://www.ucsusa.org>.

³⁸ Siendo las más prometedoras, por orden, la eólica, la solar concentrada, geotérmica, mareomotriz, solar fotovoltaica e hidroeléctrica. *Vid.* a este respecto Louis BERGERON, «Wind, water and sun beat other energy alternatives, study finds», en <http://news.stanford.edu>, 2008.

³⁹ En realidad, a evitar que ese daño sea mayor, pues las energías renovables no son buenas para el medio ambiente *per se*, sino que son mucho menos perjudiciales que otras.

no puedan comportar un riesgo para la naturaleza. Ese riesgo es el que obliga en el primer pronunciamiento a la elaboración de una EIA que permita un juicio técnico de contraste y prevalencia sobre el monte vecinal, y que autoriza al legislador italiano a establecer una prohibición a su instalación, en el segundo. Centrándonos en la energía eólica, el riesgo más claro y evidente, como hemos apuntado anteriormente, es el de colisión de las aves con las aspas de las turbinas.

Por ello concluimos que, aunque con ciertos matices, la jurisprudencia española y europea aplican la misma lógica. Pues, si bien elogian el papel de las energías renovables (las consideran beneficiosas para el medio ambiente, de manera indirecta), también entienden que pueden comportar un riesgo y ser una amenaza directa para la naturaleza. Por ello, si se permitieran las instalaciones de parques eólicos en espacios catalogados como ZEPA de tal forma que implicaran un riesgo objetivo para las aves, se llegaría a un absurdo, pues para llevar a cabo la protección de manera indirecta del medio ambiente estaríamos perjudicando al mismo de manera directa⁴⁰.

⁴⁰ Aunque también hay que apuntar que las energías renovables contribuyen a la reducción de las emisiones de efecto invernadero y de contaminantes atmosféricos, y el riesgo que comportan es para las aves, es decir, para la biodiversidad faunística. Por ello, si pudiéramos desgajar el medio ambiente en varios pilares (aire y agua limpios, sostenibilidad, cambio climático y biodiversidad, por ejemplo), en realidad haríamos un juicio sobre cuánta biodiversidad querríamos poner en riesgo para tener un aire y agua más limpios y paliar los efectos del cambio climático. Evidentemente, lo ideal es que se evitaran estos conflictos lo más posible, pues los molinos, en vez de instalarse en una ZEPA, se podrían instalar donde hubiera centrales térmicas, sustituyendo fuentes de producción de electricidad convencionales por energías renovables.