

# LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO<sup>1</sup>

JESÚS JORDANO FRAGA  
Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO: A) *El desarrollo sostenible como objetivo y parámetro de la juricidad de actuación de las Administraciones públicas.* B) *El principio de legalidad y el control jurisdiccional de la Administración ambiental. El principio de cautela:* 1. El principio de legalidad ambiental y sus límites: ¿sistema cerrado o abierto? 2. El principio de precaución o cautela. 3. Norma y Administración en el espacio. 4. Norma y Administración en el tiempo. C) *El medio ambiente como integrante de las políticas públicas y la penetración en ámbitos materiales administrativos.* D) *Especialidades en la Administración ambiental: la gobernanza ambiental.*—III. MUTACIONES EN EL ROL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ÁMBITO DEL MEDIO AMBIENTE: PERSPECTIVAS Y PROBLEMAS: A) *La transformación de los modos de intervención.* B) *Los problemas que plantean los nuevos modos de intervención.*—IV. RETOS INMEDIATOS EN EL ROL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

## RESUMEN

Este trabajo pretende analizar las particularidades de la Administración ambiental. El estudio se centra en el principio de legalidad ambiental, el estudio de la norma y administración en el tiempo y el espacio, la gobernanza ambiental, la desregulación y sus problemas. El autor propone ideas para mejorar la Administración ambiental y su control jurisdiccional: medidas de naturaleza constitucional como la introducción del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado en núcleo duro de derechos fundamentales o, al menos, la prioridad de los contenciosos ambientales en su tramitación y la necesidad de afirmación de poderes federales; la necesidad de fijación de fronteras ciertas entre delitos e infracciones administrativas; la introducción de mecanismos reales de participación, y la devolución de poderes a la ciudadanía mediante la imposición de la información ambiental no sólo en términos de excelencia.

*Palabras clave:* Derecho ambiental; desregulación; desarrollo sostenible; *paretto efficiency* cuestionada.

## ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the peculiarities of public administration in environmental matters. The analysis focuses specifically on the application of the rule of law, territoriality in this area, as well as on the retroactivity of environmental statutes, on environmental governance and on deregulation and its problems. Some ideas are suggested with a view to improving environmental administration and judicial review of agency action. At the constitutional level, it is argued that the right to enjoy a healthy environment should be included among fundamental rights, or alternatively that environmental pleas should be granted procedural priority. It is also argued that the power and responsibilities of federal states should be reinforced in environmental matters. In addition, the author argues for the need to set a clear separation between environmental crimes and

<sup>1</sup> Estudio realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ 2004-01046/JURI, «Régimen jurídico de los recursos naturales», del Ministerio de Educación y Ciencia.

administrative infractions; the need of real mechanisms of public participation and a devolution of power process to citizen giving environmental information not only in terms of excellence.

*Key words:* rule of environmental law; deregulation; sustainable development; *paretto efficiency* revised.

## I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la Administración ha ido desempeñando diversas misiones satisfaciendo las demandas de la sociedad. A esos fines se ha incorporado con rango constitucional la protección del medio ambiente. Una de las principales misiones encomendadas a las Administraciones públicas es la conservación, protección y promoción del medio ambiente. La Constitución española, en su artículo 45, ordena a los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales. Los artículos 3.1.1) y 174 TCEE incorporan la política ambiental dentro del ámbito de actividad de la Unión Europea. El desarrollo de la Administración ambiental ha sido imparable en los últimos treinta años. Ha surgido una organización (Administración en sentido subjetivo) ambiental, con personal a su servicio; ha surgido un Derecho que rige la Administración ambiental, y se ha desarrollado la ejecución en sentido amplio de la ley ambiental (administración en sentido objetivo). Las Administraciones públicas ejecutan las leyes ambientales dictando reglamentos, actos (licencias, sanciones, subvenciones, etc.), planes, convenios y contratos, prestando servicios públicos, etc. En el ámbito del medio ambiente existe un papel creciente de las Administraciones públicas, que constituye un campo de ensayo de técnicas e instrumentos jurídicos nuevos. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. En materia de medio ambiente existe una no desdeñable peculiaridad. Ese servicio objetivo, que es uno de los pilares de nuestro Estado social, tiene como destinatarios a las generaciones presentes y futuras. En este estudio intentaremos dar cuenta del proceso y sus perspectivas.

## II. LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO

### A) *El desarrollo sostenible como objetivo y parámetro de la juricidad de actuación de las Administraciones públicas*

En el ámbito internacional, desde la Conferencia Mundial sobre el Medio Humano de Estocolmo, de 1972, se ha incorporado al círculo de protección a las generaciones futuras (Principio primero). Éste es uno de los elementos esenciales del desarrollo sostenible. El Informe Brundtland de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1987), presidido por Gro Harlem Brundtland, ha definido a éste como el desarrollo «que satisface las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades en un proceso solidario, ilustrado y equitativo». La idea del desarrollo sostenible se ha afirmado especialmente en los Principios primero y tercero de la Declaración de Río, en el sentido de que el derecho al desarrollo de los diferentes países no es absoluto y se encuentra limitado, entre otros factores, por el respeto al medio ambiente.

El Principio primero de la Declaración de Río, con marcado acento antropocentrista, dice así:

«Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible».

El Principio tercero dispone que:

«El derecho al desarrollo debe ejercerse en tal forma que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras».

Un importante esfuerzo en la precisión del concepto se ha realizado en la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (Sudáfrica), del 2 al 4 de septiembre de 2002. En esta Declaración se pone el acento (punto 11) en que la erradicación de la pobreza, la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico son objetivos primordiales y requisitos fundamentales de un desarrollo sostenible. El mecanismo es la cooperación, el multilateralismo y fortalecer y mejorar la gobernanza en todos los planos para lograr la aplicación efectiva del Programa 21, los objetivos de desarrollo del milenio y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre (puntos 26 y 30).

Pero el desarrollo sostenible, aun con origen en el denominado *soft law* del que hemos dado cuenta, es hoy el macroprincipio que rige el papel de las Administraciones públicas. No puede olvidarse que hoy se configura como uno de los objetivos de la Unión Europea promover «un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible» y lograr «un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente» (art. 2 TCEE). España cuenta con un cuerpo jurisprudencial importante que delimita qué es el desarrollo sostenible. Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado especialmente sobre esta materia en las sentencias 64/1982, de 4 de noviembre; 25/1989, de 3 de febrero; 170/1989, de 19 de octubre; 73/2000, de 14 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio, que pasamos a examinar a continuación.

Ha sido la STC 64/1982, de 4 de noviembre, la que ha marcado la línea jurisprudencial. Las principales consecuencias que se extraen de esta sentencia son las siguientes:

1. El Tribunal Constitucional ha interpretado, en función del artículo 45, que el modelo constitucional del desarrollo es de carácter cualitativo y no meramente cuantitativo, basado en un ciego productivismo.
2. El reconocimiento de un modelo de desarrollo cualitativo no es una conclusión únicamente aplicable a las actividades extractivas, pues son consideraciones predicables de cualquier sector económico y extensibles más allá del estricto ámbito de los espacios protegidos.
3. El medio ambiente y el desarrollo son bienes constitucionales que es necesario compaginar en la forma en que decida el legislador competente.

Que el medio ambiente y el desarrollo sean ambos bienes constitucionales que es necesario compaginar es una conclusión de una gran importancia. Pero la remisión a «la forma que en cada caso decida el legislador competente» plantea inmediatas y necesarias reflexiones por las implicaciones delimitadoras de la primera conclusión.

Un ejemplo de la aplicación de esa ponderación que ha de realizarse es la STC 170/1989, de 19 de octubre, en la cual el Tribunal Constitucional, al examinar la constitucionalidad de la prohibición del ejercicio de actividades extractivas en la zona de reserva natural, tanto integral como educativa, operada por el artículo 14.2.c) de la Ley de la Comunidad de Madrid antes citada, consideró que, en función del *carácter territorialmente limitado* de la prohibición y su escasa

repercusión en el interés general económico, permitían entender que el legislador autonómico había ponderado adecuadamente los valores constitucionales protegibles (STC 170/1989, FJ 7).

Así planteadas las cosas en la jurisprudencia, parece haberse identificado como un elemento relevante en la ponderación de intereses la reducción o limitación territorial de las prohibiciones y la repercusión económica de las mismas.

De otro lado, el Tribunal Constitucional avala la discriminación positiva de las actividades menos lesivas para el medio ambiente. No es contrario al principio de igualdad la discriminación positiva de una determinada clase de actividad económica en detrimento de otra del mismo sector por razones de protección del medio ambiente. En este sentido se ha pronunciado la STC 25/1989, de 3 de febrero (Sala 2.<sup>a</sup>, Ponente BEQUÉ CANTÓN<sup>2</sup>, FJ 3).

La siguiente sentencia que pasamos a analizar es la STC 73/2000, de 14 de marzo, «caso Itoiz», dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2853/1998, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en relación con la posible inconstitucionalidad de los siguientes preceptos de la Ley Foral 9/1996, de 17 de junio<sup>3</sup>. La anulación del Proyecto se había basado en el hecho de que la zona que sería inundada por el vaso del embalse supondría la desaparición de parte de las bandas de protección de las Reservas Naturales 9, 10 y 11 (Foz de Iñarbe, Poche de Chinchurrenea y Gaztelu), al quedar bajo las aguas. Tales bandas de protección estaban sujetas por la Ley Foral 6/1987 al mismo régimen de protección de las Reservas. La Ley Foral 9/1996 derogaba expresamente el artículo 17.2.b) (determinante del sentido de la sentencia cuya ejecución se pretendía). Como consecuencia de este nuevo marco legal, las Reservas Naturales no tenían que contar necesariamente con bandas de protección; de tenerlas, se permitían en ellas actividades constructivas ligadas a obras de interés general [art. 18.3.b)] y, en particular, respecto de las tres Re-

<sup>2</sup> BOE de 28 de febrero de 1989, *Jurisprudencia Constitucional*, tomo XXIII, págs. 250-259.

<sup>3</sup> PULIDO QUECEDO, «Ejecución de sentencias y validaciones legislativas (el caso de la Presa Itoiz, STC 73/2000, de 14 de marzo)», *Tribunal Constitucional*, núm. 5, mayo 2000, págs. 9-11. La STEDH Estrasburgo (sección 4.<sup>a</sup>) de 27 abril 2004, TEDH 2004/27, ha descartado que haya existido violación del artículo 6.1 del CEDH: así, la interferencia del poder legislativo en el resultado del litigio alegada por los demandantes no vulneró el carácter equitativo del procedimiento (parágrafos 70-72). Para un análisis de la evolución posterior del asunto, véanse PULIDO QUECEDO, «La presa de Itoiz ante el TEDH», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 634, 2004, Parte Comentario, pág. 2; EZEIZABARRENA SÁENZ, «Itoiz y la Tutela Judicial Efectiva», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 672, 2005, BIB 2005/1113, y FERNÁNDEZ VALVERDE, «La historia interminable de la presa de Itoiz», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 12, 2005, págs. 111-135.

servas Naturales afectadas por el embalse de Itoiz, se decía en la Exposición de Motivos, y se especificaba en el Anexo de la nueva Ley, que en la parte referida a la zona inundable no habría ya bandas, *estimándose como protección suficiente la lámina de agua resultante del llenado del embalse*.

Pues bien, la cuestión sobre la articulación de bienes jurídicos en conflicto fue resuelta en el FJ 14, que transcribimos parcialmente:

«14. ... en el presente caso existe otro dato particularmente significativo a los fines de nuestra ponderación: que junto al interés general encarnado en la protección del medio ambiente, el régimen jurídico aquí considerado también ha querido salvaguardar otros intereses generales, como cabe apreciar en los preceptos de la Ley Foral 9/1996 relativos a las actividades constructivas en los espacios naturales...

*De lo que se desprende que la Ley Foral 9/1996 es conforme con el criterio que se deriva del artículo 45 CE y al que hemos hecho referencia en la STC 64/1982, de 4 de noviembre, esto es, el de armonizar la "utilización racional" de los recursos naturales con "la protección de la naturaleza". Lo que es claramente aplicable a una obra pública como el embalse de Itoiz, que fue declarada de interés general en el Anexo del Real Decreto-ley 3/1992, de 22 de mayo (RCL 1992\1192) y, más tarde, aprobada y declarada de interés general junto con el canal de Navarra por la Ley 22/1997, de 8 de julio (RCL 1997\1753); ... Y dado que en el Auto de planteamiento no se ha alegado que el nuevo régimen de las zonas periféricas de protección sea arbitrario en sí mismo, ni tampoco que la concreta delimitación de dichas zonas deteriore gravemente el medio ambiente, como antes se ha dicho, forzoso es admitir que en dicho régimen está presente ese equilibrio de intereses generales...».*

Se nos antoja que el fallo es tautológico y formal porque hace depender el equilibrio en la ponderación de la declaración de «interés general», que en estos proyectos está en manos del poder público «promotor», bien por la vía de la iniciativa legislativa, bien por la declaración en acto administrativo o norma reglamentaria. Parece que sólo se abre la puerta a los intereses ambientales cuando exista arbitrariedad o se deteriore gravemente el medio ambiente, lo que cierta-

mente nos sitúa en la excepcionalidad, como hace en materia de ruido la jurisprudencia constitucional.

Es interesante destacar en este momento que uno de los motivos invocados por los recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones ha sido la presunta conculcación del orden constitucional de distribución de competencias por imposición de un modelo urbanístico determinado, y del artículo 45 CE por la regulación y definición del suelo no urbanizable como residual en el sistema de clasificación instaurado por la legislación estatal. Pues bien, la STC 164/2001, de 11 de julio, en el FJ 15, ha descartado tal tacha de inconstitucionalidad. Y en los FF.JJ. 31 y 32 *in fine* se dice, rechazando que la LRSV imponga un modelo urbanístico determinado:

«Debemos recordar, en coherencia con lo señalado al enjuiciar el artículo 9.2 LRSV, que la clasificación del suelo no urbanizable común es (a diferencia del suelo no urbanizable de especial protección) una decisión urbanística no condicionada por la LRSV: a los órganos urbanísticos (sean locales, sean autonómicos) corresponde determinar qué parte del suelo municipal es urbanizable y qué parte es no urbanizable común» (FJ 31).

«Además, debe recordarse que la clasificación del suelo como no urbanizable común no viene impuesta por la LRSV. *De tal manera que cuando la opción urbanística del órgano competente consista en la transformación sistemática y lucrativa del suelo (en lugar de simples actuaciones específicas y de interés público) bastará con adoptar la clasificación del suelo más adecuada a aquella opción: suelo urbanizable*» (FJ 32).

Creo que, a la vista de lo que está ocurriendo en la realidad, estas elaboraciones son inasumibles ni como *obiter dicta*. Entiendo que un plan urbanístico es una norma reglamentaria que ha de respetar el artículo 45 CE porque lo impone el artículo 53.3 CE. Un acto administrativo o un reglamento tienen, por tanto, un deber de respeto del mandato de utilización racional de los recursos naturales. Entendemos que un plan urbanístico que promueva el desarrollo a ultranza es nulo de pleno derecho *ex* artículos 45.2 CE y 62.2 de la Ley 30/1992.

No dejan de sorprender estos planteamientos. Pero el TC es, en cierto modo, coherente con su propia doctrina. El suelo no urbanizable y su regulación (SSTC 61/1997, de 20 marzo, FJ 16, y 164/2001, de 11 de

julio, FJ 32) «excede en mucho de lo estrictamente medioambiental». Quizá aquí es donde deba abrirse un foro de discrepancia. La tesis del TC no sólo fortalece las competencias autonómicas, sino que debilita la visión ambiental del problema, una visión *ex* artículo 149.1.23 CE que, a nuestro juicio, es absolutamente necesaria. Un principio rector sólo puede tener virtualidad para el control de decisiones desmedidas. Es preciso, por tanto, desarrollo legislativo que convierta en derecho subjetivo el urbanismo ambientalizado. *Son necesarias no sólo normas de procedimiento, sino normas sustantivas de directa aplicación. Normas ambientales (básicas de competencia estatal y de desarrollo autonómico) y normas urbanísticas (de competencia autonómica) que limiten sustantivamente los desafueros urbanísticos.* Me refiero, en concreto, a normas de directa aplicación y estándar urbanísticos aplicables al suelo no urbanizable. Hoy regulamos cuáles han de ser las plazas de aparcamiento o los metros cuadrados de zona verde, pero no el suelo no urbanizable. Son necesarias igualmente normas sustantivas y de procedimiento que limiten la potestad de revisión del planeamiento.

Vemos mucho más acertada la posición del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, que en un reciente Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha suspendido un PAI en Parcent (un municipio de poco más de mil habitantes), estimando, entre otras razones, que este PAI —que reclasificaba millones de metros cuadrados de suelo rústico (para un proyecto de construcción de 1.496 viviendas)— viola el principio de desarrollo sostenible que requeriría una instrumentación de carácter más general<sup>4</sup>. Se echa de menos un planteamiento más defensor acorde con los tiempos, sin caer en integrismos ético-pseudoecologistas. Los propios términos que utiliza el TC revelan una sobrevaloración del interés económico. ¿No se podía haber resuelto el conflicto desde la valoración de los valores ambientales, o al menos desde una posición neutra? Sabemos cuál puede ser la posición futura del TC cuando esté en juego un yacimiento de interés estratégico (hidrocarburos, titanio, uranio, etc.). Lo que no sabemos es cuál será la posición futura del TC ante una zona de alto o insustituible valor ecológico.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE ha desbordado los planteamientos economicistas y rechaza que la existencia de intereses estrictamente económicos sea motivo bastante para la reducción del patrimonio medioambiental. En la sentencia de 28 de febrero de 1991, Asunto C-57/1989, *Comisión v. Alemania*, ha considerado que la facultad de los Estados miembros para reducir la superficie de una zona de protección especial sólo puede estar justificada *por ra-*

---

<sup>4</sup> Diario *El País*, sábado 11 de noviembre de 2006.



*zones excepcionales*<sup>5</sup>. La Comisión interpuso recurso con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE solicitando la declaración de incumplimiento por parte de la República Federal de Alemania, al decidir ésta emprender unas obras que deterioraban el hábitat de aves protegidas en una zona de protección especial, infringiendo lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril, relativa a la conservación de las aves silvestres. Se trataba de operaciones de dragado y terraplenado realizadas en *Rysumer Nacken* y unas obras de construcción de un dique en *Leybucht*.

Según el Tribunal de Justicia (FJ 22), «estas razones deben de obedecer a un interés general superior al interés al que responde el objetivo ecológico al que se refiere la Directiva. En este contexto, *no se pueden tomar en consideración los intereses enunciados en el artículo 2 de la Directiva, a saber, las exigencias económicas y recreativas*». Sin embargo, el Tribunal entendió que el peligro de inundaciones y la protección de la costa constituían razones suficientemente importantes como para justificar las obras de construcción del dique y de refuerzo de las estructuras costeras mientras estas medidas se limitasen al estricto mínimo y sólo acarreasen la menor reducción posible de la zona de protección especial. El artículo 6.4 de la Directiva de Hábitats ha sido reformado después de este fallo, admitiéndose que las razones de naturaleza económica o social constituyen razones imperativas de interés público. Hoy la clave del proceso son las medidas compensatorias. Pero de unos veintidós supuestos examinados por la Comisión hasta la fecha, sólo en escasas ocasiones el dictamen ha sido negativo —p. ej., minas subsidiadas de carbón en Alemania—. *Vid.* GARCÍA URETA, «Habitats Directive and Environmental Assessment of Plans and Projects», *JEEPL*, 2, 2007, págs. 8-20. Esta tendencia apuntada se ha visto confirmada en el importantísimo fallo del TJCE de 7 de noviembre de 2000, Asunto C-371/98, *First Corporate Shipping*, también conocida como sentencia *Serven*, en la que se otorga prioridad a los factores ambientales sobre los económicos. La Comisión, a la luz de este fallo, es la única que puede determinar la estrategia de conservación implícita en la Red Natura 2000. Según esta sentencia, la discrecionalidad del Estado en el proceso de designación de ZECs es limitada. En una primera fase el Estado no puede entrar en valoraciones socioeconómicas. En esta fase su papel se limita a comprobar si existen o no valores ecológicos. El parágrafo 25 de esta sentencia es claro:

<sup>5</sup> *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1991, vol. I, págs. 883-933.

«el artículo 4, apartado 1, de la Directiva sobre hábitats debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede tomar en consideración exigencias económicas, sociales y culturales, así como particularidades regionales y locales, como las mencionadas en el artículo 2, apartado 3, de dicha Directiva, a la hora de elegir y delimitar los lugares que deben proponerse a la Comisión como lugares que pueden calificarse de importancia comunitaria».

Sólo en un momento posterior, conforme a la Directiva, si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado. En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden.

La doctrina del Tribunal Constitucional, por tanto, puede calificarse como moderada entre esas dos posibles posiciones ambientalistas y desarrollistas a ultranza. En este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ mantiene que la tensión entre medio ambiente y desarrollo no se resuelve en favor de ninguno de los bienes jurídicos en presencia, «sino que se canaliza hacia una fórmula de síntesis, consistente en un desarrollo cualitativo que, partiendo de la situación actual, tiende a hacerla evolucionar mediante una reducción progresiva de las disfunciones y desigualdades heredadas del pasado, en un sentido, pues, de igualdad y de equilibrio tanto en el plano individual como en el colectivo o territorial»<sup>6</sup>. Para LÓPEZ MENUDO, «hay una cierta tendencia al fortalecimiento de la posición de los bienes medio ambientales». Con un cierto escepticismo, no exento de razón, a nuestro juicio, LÓPEZ MENUDO exponía la cruda realidad: «... la verdad es que al TC no se ha planteado la oportunidad de emitir un pronunciamiento sobre la con-sabida tensión “medio ambiente-desarrollo” ante un caso de verdadera

<sup>6</sup> «Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo», REDA, núm. 24, enero-marzo 1980, pág. 9.

*envergadura*»<sup>7</sup>. Esta oportunidad fue Itoiz, nuestro *snail darter* TVA *versus* Hill. Y el resultado no fue precisamente satisfactorio.

Con respaldo constitucional, se ha optado por una vía intermedia que podríamos denominar de desarrollo ecológico, en la cual no se descarta en determinados supuestos la constitucionalidad de la prevalencia del bien jurídico ambiental sobre el desarrollo de determinadas actividades económicas en los casos en que el ejercicio de éstas sea incompatible con los objetivos de la preservación del medio ambiente.

B) *El principio de legalidad y el control jurisdiccional de la Administración ambiental. El principio de cautela*

Afirmar el Estado ambiental de Derecho no es una opción inocente. Hoy se habla del Estado ambiental (LETTERA) como fórmula superadora constitucional (después del Estado de Derecho y del Estado Social) para significar que la preocupación ambiental es la determinante en la forma de Estado de nuestros días<sup>8</sup>. Afirmar el Estado ambiental de Derecho (MONTORO CHINER) no es sólo una apuesta ideológica, sino que supone sobre todo importantes consecuencias prácticas<sup>9</sup>. Destacamos dos: la juridificación de los conflictos ambientales y la afirmación del principio de legalidad ambiental.

1. *El principio de legalidad ambiental y sus límites: ¿sistema cerrado o abierto?*

La primera gran consecuencia del Estado de Derecho ambiental es que los conflictos son resueltos por el Derecho. En este sentido, el Derecho ambiental puede ser visto como un conjunto de límites o decisiones jurídicas sobre los conflictos que genera el uso del ambiente. Las normas de calidad ambiental ponen la barrera entre las acciones

<sup>7</sup> Vid. «El Derecho a la Protección del Medio Ambiente», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, septiembre-diciembre 1991, págs. 186-187 —la cursiva es nuestra—.

<sup>8</sup> LETTERA, *Lo Stato ambientale*, Giuffrè editore, Milano, 1990, y «Lo Stato ambientale e le generazioni future», *RGA*, núm. 2, junio 1992, págs. 235-255. La doctrina alemana también ha sido precursora en la expresión *Umwel Staat*. Lejos del uso de meras expresiones, deben destacarse las construcciones que ellas implican. MONTORO CHINER es, sin duda, uno de los pioneros en este sentido. Véase su impresionante estudio «El Estado ambiental de derecho. Bases constitucionales», en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo xx. Homenaje al Profesor Martín Mateo*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 3437-3465.

<sup>9</sup> MONTORO CHINER, por ejemplo, ve el desarrollo sostenible como una cláusula de interpretación finalista y título de intervención; y, en lo ambiental, un elemento de restricción de la discrecionalidad administrativa a tener en cuenta en toda decisión con efecto o repercusión ambiental.

permitidas y prohibidas (estableciendo niveles de emisión e inmisión). No obstante, más allá de las normas se sitúan los principios. En España, con fundamento en el viejo *tria praecepta iuris neminem laedere*, se ha afirmado la responsabilidad civil de quien contamina aunque cumpla las normas y obre al amparo de autorizaciones administrativas. Así lo han hecho, entre otras, las SSTs de 30 de octubre de 1963, 12 de diciembre de 1980, 3 de diciembre de 1987, 16 de enero de 1989, etc. En Alemania, en casos idénticos de lluvia ácida causada por centrales térmicas se ha rechazado la responsabilidad del Estado. El Tribunal Supremo Federal (BGH) en esta sentencia no consideró responsable civil al Estado por los daños forestales provocados por la lluvia ácida generada por la industria privada<sup>10</sup>. La acción fue suscitada por un propietario de una explotación forestal de 54 hectáreas en la Selva Negra. Lo cierto es que la decisión del Tribunal ha sido objeto de una profunda crítica dentro y fuera de nuestras fronteras. Se ha dicho, y no sin razón, que la decisión estuvo condicionada por las repercusiones económicas de la misma (ALBIEZ DOHRMANN). La sentencia de 10 de diciembre de 1987 no resolvió la cuestión desde las estructuras jurídicas. Creemos que la solución de la jurisprudencia española debe inspirar futuras soluciones, sin perjuicio de que en determinados supuestos pudiera ser declarada responsable solidaria la Administración. Esta cuestión ha sido objeto de regulación por la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales. Dispone el artículo 8, apartado 4, de la Directiva:

«4. Los Estados miembros podrán permitir que el operador no sufrague el coste de las acciones reparadoras adoptadas en virtud de la presente Directiva cuando demuestre que no ha habido culpa o negligencia por su parte y que el daño medioambiental ha sido causado por:

a) una emisión o un hecho autorizados mediante autorización expresa, y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas, concedida por, u otorgada de conformidad con, las disposiciones legales y reglamentarias nacionales aplicables que incorporan las medidas

---

<sup>10</sup> Un amplio comentario y resumen de esta sentencia ha sido realizado por ALBIEZ DOHRMANN, en «La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar», *ADC*, tomo XLIII, fascículo IV, octubre-diciembre 1990, págs. 1215-1244. *Vid.* también MONTORO CHINER, en el estudio «Inactividad y responsabilidad administrativa del Estado legislador por la "muerte de los bosques"». La cuestión de la causalidad», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. II, Dirección General de Servicio Jurídico del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988, págs. 1141-1173.

legislativas adoptadas por la Comunidad especificadas en el Anexo III, tal como se apliquen en la fecha de la emisión o del hecho en cuestión; L 143/62 30.4.2004 Diario Oficial de la Unión Europea;

b) una emisión o actividad, o cualquier forma de utilización de un producto en ejercicio de una actividad, respecto de las cuales el operador demuestre que no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el medio ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad».

Esto es, la Directiva permite que los Estados excluyan la responsabilidad en dos supuestos: daños por actividades autorizadas y riesgos del desarrollo. El planteamiento, si bien dulcificado, es *pro* exclusión en aras de un sistema de responsabilidad subjetiva. Basta leer la Exposición de Motivos:

«(20) ... Los Estados miembros podrán permitir que los operadores que no hayan incurrido en culpa o negligencia no sufraguen el coste de las medidas reparadoras en aquellas situaciones en las que el daño de que se trate sea resultado de emisiones o actos explícitamente autorizados, o en que no pueda haberse conocido el daño potencial de dichas emisiones o actos cuando tuvieron lugar».

Respecto de las actividades autorizadas, el planteamiento es regresivo en relación con nuestro ordenamiento. La jurisprudencia ha afirmado que se ha de responder incluso si se obra al amparo de licencias o autorizaciones (STS de 30 de noviembre de 1990) o incluso de las normas. La razón es la idea de abuso de derecho. El artículo 7.2 del Cc es terminante: «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso». Una de las vías que han conducido a una objetivación *de facto* en la jurisprudencia civil sobre responsabilidad extracontractual ha sido la rigorización de la diligencia que se exige, de tal modo que no basta el cumplimiento de las disposiciones legales

reglamentarias. En el mismo sentido que la sentencia de 25 de marzo de 1954 se pronuncian la STS de 12 de diciembre de 1980, Ar. 1980 (la conocida sentencia de la Central de Soto de Ribera), y la STS de 3 de diciembre de 1987, Ar. 9176. Y la STS de 16 de enero de 1989, Ar. 101, que examinaba una reclamación de daños frente a la empresa ENSI-DESA, en la cual el Tribunal Supremo afirmó que

«... el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o lesionados, puesto que si aquéllas contemplan intereses públicos sociales, éstas resguardan el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño»<sup>11</sup>.

También en Francia se admite la responsabilidad en estos supuestos. STEICHEN valora el régimen de la Directiva como reductor en relación a la legislación francesa, aunque, conforme al artículo 174 TCEE, estima posible la adopción de un régimen más riguroso. El Senado francés, en su proposición de resolución en sesión extraordinaria —de la que el autor da cuenta—, se manifestó en el sentido de admitir la responsabilidad incluso en actividades autorizadas y aunque se hubieran respetado leyes y reglamentos en vigor<sup>12</sup>. En otros ordenamientos el cumplimiento de normas no es causa de exoneración incondicionada, admitiéndose gradaciones de diferentes supuestos: por ejemplo, se admite la responsabilidad si los requisitos regulatorios han sido ampliamente inadecuados para proteger de un riesgo razonable de daño si la información relevante ha sido ignorada o menospreciada por el regulador; o sujetando la exclusión, como hace el *American Law Institute*, a la información completa y a tiempo de todos los datos relevantes sobre el riesgo, incluyendo su significado de control de riesgo<sup>13</sup>. También en Gran Bretaña y Austria se ha admitido la responsabilidad en daños causados con licencia, rechazándose la *Regulatory Compliance Defence*<sup>14</sup>. Existen múltiples fundamentos:

<sup>11</sup> La sentencia más reciente que recoge esta tendencia objetivadora es la STS de 7 de abril de 1997, Ar. 2743, Ponente MORALES MORALES, Fundamento de Derecho Quinto, con ocasión de los daños provocados por una industria química.

<sup>12</sup> «La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation de dommages environnementaux», *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 2, junio 2003, págs. 181-182.

<sup>13</sup> STALLWORTHY, «Environmental liability and the impact of statutory authority», *Journal of Environmental Law*, vol. 15, núm. 1, 2003, pág. 22.

<sup>14</sup> WILDE, *Civil liability for environmental Damage: A comparative Analysis of Law and Policy in European and the United States*, Kluwer Law International, 2002, págs. 223-224. El autor propone una sugestiva idea: condicionar las licencias a la obligación de mantener al

por ejemplo, ESTEVE PARDO ha apuntado la necesidad del respeto no sólo de las normas, sino de los estándares técnicos y sus avances<sup>15</sup>. El primer problema que plantea la Directiva 2004/35 es que permite una diversidad de regulación en el espacio de la Unión Europea. Este aspecto con finalidad contraria (unificación a la baja) ya fue argumentado en una enmienda en segunda lectura. Este efecto mosaico resulta especialmente criticable en materia de daños ambientales, donde es fácilmente probable la producción de daños transfronterizos que con la Directiva pueden tener distinta regulación en diferentes Estados. Los agravios potenciales —estamos hablando de supuestos de exclusión de responsabilidad— son difícilmente justificables desde el prisma de la protección ambiental como valor en el sistema jurídico de la Unión, del principio de no discriminación, e incluso del mercado único europeo<sup>16</sup>.

El imperio de la ley ambiental determina que las decisiones de la Administración son controlables. Son muchos los ejemplos de actuaciones de la Administración en las que existe una amplia discrecionalidad. Pero discrecionalidad no significa arbitrariedad. Y por eso son predicables las técnicas de control sobre las decisiones de la Administración con incidencia en el medio ambiente. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado griego, en la Decisión 366/1993, ha anulado una decisión del Ministro de Agricultura al entenderla ilegítima «por no haber sido precedida de una adecuada indagación sobre la realidad fáctica fundamento de la decisión administrativa»<sup>17</sup>. El control de la discrecionalidad adquiere especial relieve en materias donde se encuentra presente un amplio margen de discrecionalidad (la evaluación de impacto ambiental, la planificación ambiental y territorial, la potestad reglamentaria en ejecución de leyes ambientales). Veamos ejemplos extraídos de la jurisprudencia española sobre la evaluación de impacto ambiental. La incomplitud originaria del Estudio de Impacto Ambiental hace atacables las resoluciones ulteriores de la «Administración ambiental» y de la «Administración sustantiva». Y es que, como declara de modo constante la jurisprudencia del TS, la li-

---

día la información sobre las últimas evidencias científicas sobre los efectos de la actividad y de informar a la autoridad competente de cualquier nuevo dato significativo (pág. 226).

<sup>15</sup> *Tecnología, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, págs. 197-198.

<sup>16</sup> En este sentido, FARNSWORTH considera que la regulación de los riesgos del desarrollo del artículo 8.4 de la Directiva es contraria al principio de subsidiariedad y al principio del *sic utere tuo* ("Subsidiarity - A Conventional Industry Defence. Is the Directive on Environmental Liability with Regard to Prevention and Remedying of Environmental Damage Justified under the Subsidiarity Principle?", *European Environmental Law Review*, núm. 13, 2004, pág. 179).

<sup>17</sup> CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, cit., pág. 106.

bertad característica del poder discrecional no alcanza a los hechos, siendo el primer elemento del *test* de racionalidad comprobar si la realidad de los hechos ha sido respetada (control de los hechos determinantes de la decisión). Irracionalidad del estudio, falta de rigurosidad y omisión de información relevante implican una actuación prohibida por la Constitución (art. 45 CE). Esto lo afirma hoy nuestro Tribunal Supremo. En la STS de 30-11-1999, Ar. 8695, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Ponente MENÉNDEZ PÉREZ (FD 4), se sostiene que los valores, principios y derechos que definen y sustentan nuestro ordenamiento constitucional rechazan decisiones (se trata en este caso de la EIA de una presa) «de esa naturaleza sin una previa justificación rigurosa y estricta, acomodada al orden o prelación de valores propio de ese ordenamiento». En Francia, la justicia administrativa ha adoptado el principio de proporcionalidad para controlar la calidad de los estudios de impacto ambiental. Se rechaza un control formal de verificación de los estudios y se llega al escrutinio del valor de su contenido especialmente cuando la actuación proyectada pueda tener graves efectos sobre el medio ambiente (por ejemplo, *CAA de Nantes, Arrêt de 30 décembre 1996*, respecto de una granja de 80.000 pollos en atención a su incidencia previsible sobre el medio ambiente)<sup>18</sup>. Este control se extiende al análisis del inventario ambiental, al análisis de los efectos sobre el medio ambiente y de las medidas correctoras: eventualmente se ha admitido la responsabilidad de la Administración en estos supuestos. Y las graves insuficiencias se equiparan a la ausencia del estudio a efectos de suspensión<sup>19</sup>.

Las declaraciones de impacto ambiental como actos discrecionales son controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, aplicándose respecto de ellas los usuales controles de la discrecionalidad establecidos en Derecho público antes aludidos: control de los hechos determinantes de la decisión, principios de igualdad y proporcionalidad, balance coste-beneficio (así, específicamente aplicando estos controles respecto declaraciones de impacto ambiental, la STSJ de 20 de junio de 1997, Ar. 2172, Ponente GÓMEZ CÁCERES, TSJ de Canarias, Sala de Las Palmas)<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> DUPUY, «Méthode de contrôle du juge administratif sur les études d'impact», *RJE*, número especial, 2004, pág. 84.

<sup>19</sup> CASADEI-JUNG, «Le délicat choix des armes», *RJE*, número especial, 2004, pág. 92.

<sup>20</sup> Idéntica solución es la existente en Alemania (véase HARTLOFF, «Le contentieux de l'environnement en République Fédérale Allemande», *RJE*, número especial, 1995, págs. 95-98). BOTHE afirma en este sentido que la Administración, en el ejercicio de un poder discrecional, no puede desconocer las exigencias de protección ambiental tal cuan son fijadas por el artículo 20 de la Ley Fundamental («Le Droit à l'environnement dans la Constitution Allemande», *RJE*, número especial, 2005, pág. 38).



## 2. El principio de precaución o cautela.

Recogido hoy en el artículo 174 TCEE, el principio de cautela significa la afirmación de la regla *in dubio pro natura* aunque no exista una certidumbre científica absoluta<sup>21</sup>. Ha dicho REMOND-GOULLAUD que este principio está destinado a dotar a nuestra sociedad de un margen de seguridad nueva de cara a los riesgos inéditos, instituyendo una actitud de prudencia<sup>22</sup>. Hoy son múltiples sus manifestaciones en control de la actuación de la Administración. En el asunto de la radiación electromagnética, primero los tribunales y después la Administración han ido desplegando a su luz una progresiva actividad (por ejemplo, *Cour administrative d'appel de Marseille*, de 13 de junio de 2002<sup>23</sup>).

La verdadera virtualidad del principio de precaución es la legitimación para la intervención, incluso para imponer fuertes estándares a pesar de que existan cuestiones científicas por «contestar» o por hacer, como en el caso de la prohibición del plomo en la gasolina; prohibiendo aunque no existe la tecnología alternativa como en los CFCs, y aunque el coste aparentemente supere los beneficios como en la lluvia ácida —de un coste de 1.000 dólares por tonelada estimado por las empresas a 200 dólares en la actualidad (BROWNER<sup>24</sup>)—.

Igualmente debe destacarse el reforzamiento de la EAE desde la jurisprudencia europea *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels contra Staatssecretaris van Landbouw*, *Natuurbeheer en Visserij*, §§ 46 y 47, sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de septiembre de 2004 (Gran Sala) en el Asunto C-127/02 (Cuestión prejudicial planteada por el Raad van State<sup>25</sup>), en la cual se refuerza la exigencia de EAE en función del principio de cautela.

El Consejo de Estado francés, en su *Arrêt* de 9 de octubre de 2002, *Union nationale de l'apiculture française*, ha anulado por el principio de prevención —frente a cautela, aquí los riesgos son ciertos— una

<sup>21</sup> Al respecto, véase FOUCHER, *Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, L'Harmattan, Collection Logiques Juridiques, 2002.

<sup>22</sup> «A propos du principe de précaution», *Revue Juridique de l'Environnement*, número especial, 2003: «La Charte d'environnement», pág. 70.

<sup>23</sup> *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 1, 2003, págs. 117 y ss.

<sup>24</sup> BROWNER, «Environmental protection: meeting the challenges of twenty-first Century», *The Harvard Environmental Law Review*, vol. 25, núm. 2, 2001, pág. 333.

<sup>25</sup> Al respecto, véase el certero comentario de GARCÍA URETA y CUBERO MARCOS, «Directiva de Hábitats: principio de precaución y evaluación de planes y proyectos», *RVAP*, núm. 70, septiembre-diciembre 2004, págs. 361-381.

decisión implícita de no retirar una autorización del insecticida Gaucho<sup>26</sup>. En Derecho francés dichos principios se han consagrado en el artículo L 110-1 del *Code de l'environnement*<sup>27</sup>. Recordemos de la mano de ROANY algunas reglas básicas para el funcionamiento operativo de este principio: las medidas tomadas a título de cautela deben ser proporcionadas al nivel de protección perseguido, no deben ser arbitrarias ni introducir una discriminación, deben ser coherentes a las medidas similares ya adoptadas, y deben, por último, ser revisables<sup>28</sup>.

Las palabras de N. DE SADELEER sintetizan la importancia de este megaprincipio de la Administración y la legislación ambiental: reflejando el adagio *better safe than sorry*, el principio de precaución hace una llamada a una mejor anticipación del riesgo<sup>29</sup>.

### 3. Norma y Administración en el espacio.

Preguntarse por los límites de la norma ambiental en el espacio es, sin duda, una cuestión de interés. El problema admite diversos enfoques. Hacia dentro de un Estado descentralizado plantea la cuestión de hasta dónde son aplicables las normas de los diversos poderes territoriales. En concreto, ¿cuáles son los límites territoriales de aplicación de las normas de municipios (poder local) y Comunidades Autónomas (poder regional)? Es claro que las normas de un Estado son aplicables en todo territorio nacional. Distinto es el supuesto de otras instancias territoriales en las que *ratione materiae* pueden existir desapoderamientos. En España un municipio carece de competencia sobre un río (aquí la competencia puede ser autonómica o estatal, según la cuenca hidrográfica sea comunitaria o intercomunitaria). Pero ¿los límites de la legislación ambiental autonómica se extienden al mar territorial o la zona económica exclusiva —12 millas o 200 millas—? Piénsese que el problema no es teórico pues, por ejemplo, pue-

<sup>26</sup> *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 1, 2003, págs. 113-166. Al final, un *Arrêt* de 31 de marzo de 2004 ha dado la razón sobre el fondo a la UNAF. La suspensión final de Gaucho y su utilización sobre las semillas de maíz ha sido ordenada el 25 de mayo de 2004 hasta 2006. *Vid.* DOUSSAN, «Consumation et environnement», *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 4, 2005, pág. 396.

<sup>27</sup> No obstante, LANDAIS y LENICA ponen en cuestión, a la vista de decisiones recientes del Consejo de Estado, la virtualidad del principio de cautela en las últimas ocasiones en que éste se ha pronunciado («Premières précisions sur la portée juridique de la Charte de l'environnement», *AJDA*, núm. 29, 2006, págs. 1584-1589).

<sup>28</sup> «Des principes de précaution. Analyse des critères communs et interpretation différenciée», *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 2, 2004, especialmente págs. 150-156.

<sup>29</sup> «Gli effetti del tempo, la posta in gioco e il diritto ambientale», *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2001, pág. 606.

de existir contaminación generada por buques (focos móviles de contaminación) no provocada por vertidos (los vertidos desde buques serían competencia estatal y así lo ha afirmado la STC 40/1998, FF.JJ. 43 y 44, y, de otro lado, como recuerda mi buen amigo VALENCIA MARTÍN, al Estado le corresponden las principales funciones públicas previstas por el Derecho del Mar<sup>30</sup>), sino por olores o emisiones a la atmósfera. Y este problema afecta a todos los países con estructura federal o descentralizada. En España el territorio de una Comunidad Autónoma termina en el litoral comprensivo de la zona marítimo-terrestre, pero ello no obsta a la existencia de competencias (por ejemplo, en materia de espacios protegidos). Sin embargo, en este caso de contaminación atmosférica desde buques, parece que la competencia aplicable sería la marina mercante y que la Administración competente sería el Estado, y que sólo sería aplicable su legislación. Una sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 38/2002, de 14 de febrero de 2002, ha reafirmado estas consideraciones<sup>31</sup>. El Estado impugnaba normativa autonómica en relación con el Parque Natural del Cabo de Gata. La sentencia reduce la posibilidad de incidencia de las CC.AA. sobre el mar territorial, incidencia que para nuestro Tribunal Constitucional será excepcional desde los espacios naturales protegidos (FJ 6). SÁNCHEZ LAMELAS reconoce que el TC no admite expresamente que el mar territorial sea territorio de la Comunidad Autónoma, sino que más bien el mar territorial forma parte del territorio autonómico a determinados efectos<sup>32</sup>.

En la Unión Europea hoy se postula la ultraterritorialidad de las normas ambientales. De un lado, se estima legítima la restricción al comercio con causa en la protección ambiental con fundamento en el artículo 30 del Tratado de la Unión (versión Ámsterdam), aunque, como recuerda KRÄMER, el TJCE hasta ahora ha resuelto en sentido contrario, declarando inválida la prohibición de comercio de una especie establecida por Holanda respecto de una especie legalmente comercializada en el Reino Unido, o prohibiciones de exportación de residuos a otros Estados miembros de la Unión [Asuntos C-169/89, *Gourmetterie van den Burg*, Rec. 2143 (1990); 172/82, *Inter-Huiles*,

<sup>30</sup> Sobre esta cuestión existe un brillante estudio, verdadera poesía jurídica, de VALENCIA MARTÍN, referido a la realidad española, bajo el sugestivo título «¿De quién es el mar?», en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XX. Homenaje al Profesor Martín Mateo*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, especialmente págs. 3609-3616.

<sup>31</sup> Véase el excelente comentario de SÁNCHEZ LAMELAS, «Dos cuestiones a propósito del título competencial "pesca marítima": el mar territorial como territorio autonómico y la delimitación de títulos competenciales concurrentes (Comentario a la STC 38/2002, de 14 de febrero de 2002, sobre el Parque Natural y la reserva Marina de Cabo de Gata-Níjar», *Tribunal Constitucional*, septiembre 2002, núm. 10, págs. 13-32.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, págs. 17-18.

Rec. 555 (1983), y 118/86, *Nertsvoederfabriek*, Rec. 3883 (1987), respectivamente]<sup>33</sup>. En casos relativos a pesticidas se ha respaldado la legalidad de prohibiciones y restricciones relativas a su comercio [por ejemplo, Asunto 125/88, *Criminal Proceedings against Nijman —pesticide residues in apples—*, Rec. 3533 (1989)]<sup>34</sup>.

Pero estos asuntos no hacen dudar a KRÄMER (el mejor especialista en Derecho ambiental europeo, el mejor y el de mayor legitimidad ética): «un Estado miembro puede proteger a las personas o a la flora y fauna de otros Estados miembros, cuando existe una amenaza a la salud de las personas o a la vida de los animales o de las plantas». ZIEGLER, siguiendo a varios autores (entre ellos, EVRLING), por el contrario, cree que el artículo 30 sólo justifica medidas nacionales para el propio territorio<sup>35</sup>. Aduce como razones el principio de cooperación y la prohibición de interferencia en la soberanía, así como la prohibición de interferencia existente en el Derecho de la Unión. Ello hace, en su opinión, preferible que este tipo de decisiones sean tomadas en el nivel comunitario de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la limitación de soberanía inherente al mercado común. Sin embargo, el propio ZIEGLER reconoce que hay campos donde este principio sufre inflexión, como el de los residuos, donde ya por el principio de autosuficiencia en el tratamiento/reciclaje de residuos o por decisiones del TJCE, como el Asunto 2/90, *Wallon waste*, relativo a restricciones de importación, hacen legítima como principio de política nacional ambiental la limitación de exportación de residuos a otras regiones o países<sup>36</sup>. Nos parece, pues, que esta discusión no es más que el efecto de la fragmentación sectorial del Derecho ambiental, donde las soluciones varían según el ámbito en que nos encontremos (habría que añadir a esto las circunstancias propias de cada caso: existencia o no de normas de la Unión Europea o convenciones). Esto tiene que ver con una ausencia de integración técnica o dogmática del conjunto causada por una estructura formada de modo sectorializado por el aluvión histórico-normativo. En ámbitos distintos (comercio de especies, afección de recursos comunes como la capa de ozono, exportación de residuos) existen diversidad de soluciones. Olvidamos que siempre el objeto al que van destinadas dichas medidas es el mismo ambiente planetario. Creo también que en todo conflicto jurídico debe estudiarse la jerarquización de los valores en presencia. La liber-

<sup>33</sup> *Derecho ambiental y Tratado de la Unión Europea*, cit., págs. 183-184.

<sup>34</sup> ZIEGLER, *Trade and Environmental Law of the European Community*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

<sup>35</sup> ZIEGLER, *op. cit.*, págs. 85-88.

<sup>36</sup> ZIEGLER, *op. cit.*, pág. 90.

tad de comercio se nos antoja de rango inferior a la protección ambiental<sup>37</sup>. Pero también es cierto que para que esa prevalencia sea efectiva debe existir una estructura jurídica que la articule. Y siempre será preferible en este campo una actuación multilateral que unilateral. Y empleamos la expresión multilateral en un sentido amplio, incluyendo acciones unilaterales con fundamento en un convenio internacional<sup>38</sup>. Una actuación unilateral sólo es pensable en ausencia de acción multilateral. La falta de marcos multilaterales es el verdadero problema de raíz. Existen, sin duda, muchos modelos para lograr ese tratamiento multilateral en sentido amplio. Modificando las reglas de la WTO cabría, como ha apuntado ROTH-ARRIAZA, lograr ese efecto a través de la estandarización mediante ISO estándares mínimos e incluyendo obligaciones sustantivas<sup>39</sup>.

Un nivel de protección elevada del ambiente debe tener como presupuesto ético la igualdad y justicia planetaria. Creo que por eso, sin esa justicia y solidaridad entre los pueblos, el campo unilateral de la ultraterritorialidad debe reducirse<sup>40</sup>. El respeto de los principios de igualdad y proporcionalidad debe ser, en cualquier caso, el punto de partida para evitar falsos ambientalismos como coartada del proteccionismo. El campo para la ultraterritorialidad es la aplicación de los estándar nacionales a la actividad exterior de los países financiada con fondos públicos. Y, desde luego, la interdicción de exportación de miseria ambiental. Pero la prueba definitiva de la necesidad de marcos multilaterales es la inefectividad de estas medidas unilaterales. Pues una gran empresa para burlar una prohibición unilateral sólo tiene que cambiar su sede a un país menos permisivo. La necesidad

---

<sup>37</sup> Ésta es en realidad la idea que fundamenta las propuestas de GURUSWAMY en su estudio «The promise of United Nation Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) Justice in Trade and environmental disputes», *Ecology Law Quarterly*, vol. 25, núm. 2, 1998, págs. 189-228.

<sup>38</sup> GURUSWAMY propone en este sentido ejemplos que permiten medidas comerciales incluso contra Estados que no sean parte: Protocolo de Montreal, CITES, Convención de Basilea, o la Convención para la prohibición de la pesca con grandes redes en el Pacífico Sur («The promise of United Nation Convention on the Law of the Sea...», cit., págs. 211-222).

<sup>39</sup> «Shifting the Point of Regulation: The International Organization for Standardization and the Global Lawmaking on Trade and the Environment», *Ecology Law Quarterly*, núm. 3, 1995, págs. 479-539.

<sup>40</sup> La Unión Europea, en el marco de WTO, ha defendido la posibilidad de adopción de medidas unilaterales para la protección de la salud y el medio ambiente, aunque evitando el excesivo proteccionismo comercial, y ello unido a la potenciación y clarificación de los instrumentos multilaterales (GERBERS, «La posizione dell'Unione europea sul Millenium Round del WTO», *RGA*, núm. 1, enero-febrero 2000, págs. 215-218). La preferencia por un tratamiento multilateral tiene detrás razones de peso; por todos, véase KENNEDY, «Reforming U.S. trade policy to protect the global environment: a multilateral approach», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 18, 1994, págs. 185-234. El largo plazo, el carácter punitivo y no constructivo, y la afeción de países y economías débiles, son razones de peso desarrolladas en este estudio.

de un marco internacional coordinado es obvia; ¿también de una autoridad administrativa con poderes reguladores?

#### 4. Norma y Administración en el tiempo.

Gran interés tiene igualmente determinar los límites en el tiempo de las normas ambientales. Son las propias normas las que marcan su entrada en vigor (y, si no dicen nada al respecto, siguen las reglas generales: en España y la UE a los veinte días de su publicación en los Diarios oficiales). Es consolidada jurisprudencia que la legalidad aplicable a una licencia municipal de apertura o actividad es la vigente al tiempo de formularse la solicitud, salvo cuando entre la fecha de la petición y la resolución deviene nueva normativa, pues entonces la norma aplicable es la vigente al tiempo de resolver (STS de 24 de noviembre de 1981, Ar. 4110; STS de 22 de abril de 1991, Ar. 3514; STS de 30 de mayo de 1996, Ar. 574), debiendo distinguirse los supuestos en que la Administración resolvió dentro de plazo o no; pues si lo hizo en plazo, la normativa aplicable es la vigente al tiempo de resolver; y si no, la vigente al tiempo de la solicitud (STS de 16 de abril de 1981, Ar. 1850; STS de 1 de septiembre de 1988, Ar. 7212; STS de 22 de abril de 1991, Ar. 3514, FD 5 y FD 4 de la sentencia apelada, sentencia de la A.T. de Madrid de 15 de mayo de 1989; STS de 27 de julio de 1992, Ar. 6593; STS de 30 de mayo de 1996, Ar. 574, FD 4 —*calificando expresamente esta jurisprudencia como consolidada*—). Convendrá recordarse que, según la jurisprudencia española, en materia de licencias de actividad no existen derechos adquiridos (STS de 22 de julio de 1996, Ar. 1996/6203); que sin licencia no hay derecho adquirido (STS de 23 de marzo de 1992, Ar. 1992/3229), y que *las licencias ambientales como actos-condición no generan derechos adquiridos a contaminar*, debiendo adaptarse a la legislación ambiental que se vaya dictando (STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 1999, RJCA 1999\371, Sala en Sevilla de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Ponente MONTERO FERNÁNDEZ, y STSJ de Andalucía de 1 de diciembre de 1999, RJCA 1999\4772, Sala en Málaga de lo Contencioso-Administrativo, Ponente MÁRQUEZ ARANDA). Que las licencias ambientales son actos-condiciones es claro en la jurisprudencia. Así se pronuncia la STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 1999, RJCA 1999\371, Sala en Sevilla de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, Ponente MONTERO FERNÁNDEZ. En la misma línea se pronuncia el FD 3 de la STSJ de Andalucía de 1 de diciembre de 1999, RJCA 1999\4772, Sala en Málaga de lo Contencioso-Administrativo, Ponente MÁRQUEZ ARANDA, en este caso respecto

de los ruidos emanados de una estación de bombeo propiedad de REPSOL-YPF<sup>41</sup>.

Las leyes ambientales suelen, no obstante, incorporar previsiones de adaptabilidad a dificultades inherentes a su puesta en marcha. Esta flexibilidad la impone no sólo la racionalidad, sino evitar normas de imposible cumplimiento (ya decían los romanos que *ad impossibilia nemo tenetur*). Por eso contemplan frecuentemente largos plazos de adecuación. Las normas ambientales habitualmente miran al futuro (por ejemplo, se someten a Evaluación de Impacto Ambiental las futuras actividades que se implanten), pero cada vez es más usual que también contemplen el pasado desde la premisa que nadie tiene ganado el derecho adquirido a contaminar (si se amplían actividades existentes o se trasladan habrán de someterse a Evaluación de Impacto Ambiental). Suele afirmarse en este sentido que las autorizaciones ambientales son actos-condiciones con *rebus sic stantibus* incorporado. Muchas veces las normas llevan esa cláusula de progreso clásica de los servicios públicos, normalmente formulada en el Derecho ambiental como *Best Available Technology* (BAT)<sup>42</sup>. El Estado social lleva implícito ese poder transformador pues, de otro modo, ese deber de transformación de la sociedad (deber que en España ostenta rango constitucional) sería de imposible realización. Veamos ahora algunos ejemplos en el Derecho de la UE. Quizá el más llamativo sea el relativo a las Directivas de última generación, como la relativa al Control Integral de la Contaminación, aplicable a todas las actividades reguladas por ella el 30 de octubre de 2007<sup>43</sup>. Este plazo tiene probablemente por misión facilitar la adecuación, pero también excluir la responsabilidad del Estado legislador, pues dicho plazo excluye la violación del principio de confianza legítima determinante de la misma<sup>44</sup>. Existen otros supuestos de falsa retroactividad, como el relativo a descontaminación de suelos. Creo que éstos son más supuestos de procedi-

<sup>41</sup> Fundamento de Derecho 3.

<sup>42</sup> Destacadamente, el artículo 18.2.a) de la Ley 37/2003, de 17 noviembre, del ruido.

<sup>43</sup> Consumando así la evolución hacia la negación de derechos adquiridos (*droit acquis*) de las instalaciones ya existentes frente a las nuevas regulaciones ambientales. Véase la evolución descrita por DEHARBE en el Derecho francés respecto de las inicialmente excluidas de modo absoluto y su contraste con la Directiva IPPC («Les ambiguïtés de l'approche intégrée de la pollution des milieux récepteurs: la directive n.º 96/61/CE du Conseil de l'Union européenne du 24 septembre 1996», *RJE*, núm. 2, 1998, págs. 174-176).

<sup>44</sup> Hemos sostenido con fundamento en la jurisprudencia sobre EIA el efecto directo de la Directiva IPPC, culminado su plazo de transposición. Véase nuestro estudio «Efecto directo horizontal» de determinadas directivas ambientales: la consagración jurisprudencial de la invocabilidad por particulares de las directivas en relaciones triangulares (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004 en el Asunto C-201/02), *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, 2004, especialmente págs. 655-656.

mientos innovados que de creación de responsabilidad *ex novo*. Todos los ordenamientos reconocen la responsabilidad por daños. Si se afirma *ex novo* el deber de descontaminar suelos no se está creando *ex novo* la responsabilidad con carácter retroactivo, sino especificando un procedimiento en el que se otorgan poderes a la Administración (con la eventual supervisión, en su caso, de los tribunales). También existen referentes en esta materia en el Derecho comparado de opción por la «retroactividad». Destacadamente, la CERCLA y su conocida Section 107 establecen dicha retroactividad. En la jurisprudencia norteamericana, varios fallos descartan que la aplicación «retroactiva» de la CERCLA estableciendo responsabilidad para conductas que ocurrieron antes de la aprobación de la misma viole el *Due Process* [*Unites States v. South Carolina Recycling & Disposal, Inc.*, 653 f. Supp 984 8 D.S.C. 1984; *Northeastern Pharmaceutical & Chemical Co., Inc* 810 F. 2d 726 (8 Cir. 1986); *State of New York v. Shore Realty Corp.*, 759 F. 2d 1032 (2d Cir. 1985)]<sup>45</sup>.

C) *El medio ambiente como integrante de las políticas públicas y la penetración en ámbitos materiales administrativos*

El VI Programa de Acción (Medio Ambiente 2010: «El futuro está en nuestras manos»)<sup>46</sup> sitúa como uno de sus grandes ejes la integración de la problemática ambiental en el resto de las políticas, y como uno de los mecanismos jurídicos a emplear la introducción del valor ambiental en la contratación pública. La STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland OY Ab et at.*, ha admitido la toma en consideración de los aspectos ecológicos de una oferta como criterio de adjudicación siempre que las condiciones tengan relación con el objeto del contrato. Esta solución está consagrada por el artículo 14 del *Code des marchés publics* en Francia<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. FINDLEY y FARBER, *Environmental Law*, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, 1988, págs. 176-177. La retroactividad en esta materia es una falacia pues siempre ha sido ilícito contaminar. Se trataría, como ha estimado la jurisprudencia italiana respecto a la *legge* 349, de 8 de julio, de un *innesto* —injerto— sobre la normativa precedente (arts. 2043 y 2050 Cc) o un *ritrovamento* (PRATI, «Il danno ambientale nella prospettiva della culpa», *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, núm. 1, 1997, págs. 36-40; Pozzo, «Il danno ambientale», *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, núm. 5, 1999, págs. 745-756).

<sup>46</sup> Bruselas, 24.1.2001, COM (2001) 31 final.

<sup>47</sup> Al respecto, véase PINAUD, «La intégration de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics», *Les Cahiers du Cricleau*, núm. 7, Pulim, 2003.



D) *Especialidades en la Administración ambiental:  
la gobernanza ambiental*

La reciente Ley 27/2006, de 18 julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), constituye uno de los pilares de la gobernanza ambiental<sup>48</sup>. La Ley 27/2006 deroga la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, por la que se transpuso tardíamente la Directiva 1990/313. La Ley regula tres círculos de gobernanza: la libertad de información en su dimensión activa sin necesidad de solicitud (arts. 6-9 Ley 27/2006, de 18 julio) y pasiva mediada solicitud (arts. 10-15 Ley 27/2006, de 18 julio), la participación administrativa (arts. 16-20 Ley 27/2006, de 18 julio) y el acceso a la justicia (arts. 21-23 Ley 27/2006, de 18 julio). No vamos a dar cuenta aquí de esta importante norma, pero sí vamos a destacar algunos de sus rasgos esenciales. En libertad de información, por imperativo europeo, el acceso a la información se separa del tronco común regulado en la Ley 30/1992: no hace falta probar ningún interés determinado<sup>49</sup>. Es de destacar la asistencia en el ejercicio de libertad de acceso como previsión destinada a dotar de efectividad. De esta forma se obliga a publicar listas de autoridades que poseen información, listas de información disponible, se obliga a asistir en el ejercicio, y se favorece la utilización de las tecnologías de la sociedad de la información (art. 5). La nueva regulación incorpora buena parte de la jurisprudencia europea codificada en la Directiva 2003/4: imponiendo una interpretación restrictiva de las causas de denegación, el suministro parcial cuando sea posible separarla (art. 14). Nos hallamos ante una regulación más detallada que la general y divergente por razón del interés protegido; una relación común-especial dentro del Derecho público, una autonomía en formación. Este sector está siendo decididamente impulsado por sentencias del TS, que declara que no es abusiva la solicitud de información en relación con las emisiones del incinerador de Valdemingómez (STS de 4 de abril de 2006, Ponente FERNÁNDEZ-VALVERDE), o que las actas de inspección no son documentos o datos inconclusos (STS de 17 de febrero de 2004, Asunto *Acerinox*).

---

<sup>48</sup> Existe ya una excelente exégesis de la Ley. Me refiero a la monografía de los profesores RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA, *Información, Participación y Justicia en materia de medio ambiente (Comentario sistemático a la ley 27/2006, de 18 de julio)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

<sup>49</sup> Cfr. artículo 3.1.a) de la Ley 27/2006.

Más pobres son las previsiones en materia de participación administrativa que dicen transponer las Directivas europeas. Hacen hincapié en la efectividad, en la participación en una fase temprana y en la obligación de tener en cuenta los resultados de la participación pública (art. 16). Pero esta filosofía ya estaba en gran medida en el artículo 86 de la Ley 30/1992. A nuestro juicio, falta la tecnificación jurídica que se ha operado en libertad de información: determinando cómo se produce esa efectividad, tecnificando las fases de procedimiento que constituyen la *early stage* y, sobre todo, abriendo nuestro ordenamiento a nuevas formas de participación. La regulación del Consejo Asesor de Medio Ambiente, en el que destacadamente deja de tener mayoría el MMA, es un avance en el marco de funciones adjetivas de esta clase de órganos sin poderes decisorios.

En el ámbito de acceso a la justicia esta nueva norma limita la acción popular a las personas jurídicas en sus artículos 22 y 23. Desde luego, esto no es una acción popular, que supone el decaimiento de todos los requisitos de legitimación en vía administrativa y contencioso-administrativa. No deja de resultar paradójico que la reciente Ley de Suelo estatal establezca en tan corto espacio temporal una regulación divergente —ésta sí es una verdadera acción popular—. Creemos criticable una regulación que restringe el estado de la cuestión actual, que al amparo del artículo 9 LOPJ ha admitido sin problemas la legitimación de las asociaciones ecologistas. Creemos un error la monopolización del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado que puede dar lugar a un nuevo neocorporativismo ambiental (¿resurrección de la legitimación corporativa contraria al art. 24 CE?). Pero, sobre todo, no compartimos la acción ciencia ficción hipotética posibilidad.

### III. MUTACIONES EN EL ROL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN EL ÁMBITO DEL MEDIO AMBIENTE: PERSPECTIVAS Y PROBLEMAS

#### A) *La transformación de los modos de intervención*

En los últimos tiempos, por influencia norteamericana, se extiende una reforma regulatoria que impacta de lleno en el rol de las Administraciones públicas.

Se ha dicho que hemos pasado de un modelo de administración de intervención a un modelo de administración de control (SORIANO

DÍAZ)<sup>50</sup>. Esto es especialmente cierto en el ámbito de la Administración ambiental, donde muchas veces proliferan entidades colaboradoras en el control directo de los estándares ambientales, o existen verificadores (como en la EMAS) que realizan funciones técnicas de comprobación. Incluso en EIA, donde documentos tan importantes como los estudios de impacto ambiental, o ahora los informes de sostenibilidad ambiental en EAE, son realizados por sujetos privados no intervenidos por el sistema.

El otro gran fenómeno es la regulación negociada (y no sólo en el ámbito ambiental). Se ha pasado de un procedimiento de elaboración de disposiciones generales (*regulation by rulemaking process*) a un procedimiento negociado de regulación (*negotiated rulemaking*) y, por último, a un procedimiento de regulación litigiosa (*regulation-by-litigation*) en el cual la regulación es sustituida por un acuerdo alcanzado en sede judicial tras una demanda. Un reciente estudio advierte que las ventajas esgrimidas a favor de los procedimientos negociados de establecimiento de disposiciones generales son falsas: no se reduce el tiempo en la adopción de nuevas regulaciones ni se reduce la litigiosidad. Y estas nuevas formas de regulación conllevan peligros de disminución del debate público (p. ej., sobre una nueva sustancia) y establecimiento de negociaciones directas entre los grupos de interés y la Administración reguladora; marginación de aspectos importantes que requerirían consensos imposibles de alcanzar; peligro de ambigüedad en las normas fruto del consenso; contradicción con la base teórica y principios de la APA (destacadamente, COGLIANESE)<sup>51</sup>. En cualquier caso, debe señalarse que las presuntas ventajas (que hoy parecen dogmas indiscutidos) han sido objeto de un intenso debate. Toda «verdad» es esencialmente cuestionable.

Igualmente existe una transformación en la actuación de la Administración ambiental. La pretensión es el abandono del esquema clásico regulatorio (establecimiento de estándar, permisos, vigilancia e inspección y poderes sancionadores). La ideología desreguladora se suele centrar en la creencia de la ineficacia de la gestión burocratizada y en la preferencia del sector privado abogando por una reducción del peso del Estado en la vida social. La desregulación como tendencia o alternativa política ha tenido diversas manifestaciones en el mundo anglosajón. Como ha dicho AMAN, sintetizando el debate,

---

<sup>50</sup> Para un análisis completo de las manifestaciones del fenómeno, especialmente intensas en industria, véase el soberbio estudio de CARRILO DONAIRE, *El Derecho de seguridad y la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

<sup>51</sup> MORRISS, YANDLE y DORCHACK, «Choosing how to regulate», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 29, 2005, págs. 180-196-202.

«aquellos que son partidarios de la desregulación a menudo ponen el acento en la pesadez, ineficiencia y en la invasión de la *all-too visible hand* del gobierno federal, mientras que la desregulación representa la libertad individual y el libre mercado»<sup>52</sup>. Junto a los problemas detectados hace una década, hoy habría que situar otros nuevos. En el plano doctrinal, la defensa de la desregulación, *self-regulation* o *reflexive law*, sigue teniendo partidarios más (por ejemplo, FIORINO<sup>53</sup>, siguiendo a TEUBNER) o menos moderados (MEINERS y YANDLE<sup>54</sup>: ¡la desregulación es la lucha contra la dictadura soviética! y debemos volver al *Common law*). También sigue habiendo detractores en esta batalla con sólidos fundamentos (por todos, véanse LESHY<sup>55</sup>, NESPOR<sup>56</sup>, LÜBBE-WOLFF<sup>57</sup>). Pero los planteamientos desreguladores nacidos desde la ideología ultraliberal y potenciados durante la era Reagan ha sido impulsados y elevados a la categoría de joya de la corona de política legislativa ambiental bajo el mandato presidencial de Clinton, siendo el paradigma de dichos esfuerzos el *Projet XL —standing for «excellence and leadership»*, lanzado en mayo de 1995<sup>58</sup>—, promoviendo una experiencia piloto pionera como alternativa a la regulación. Siguiendo a STEINZOR, merece la pena sintetizar su análisis:

— Las empresas XL serán permitidas para desarrollar planes específicos propios para lograr una mejora de la calidad ambiental a cambio de la exención de los requisitos exigidos por la actual y futura

<sup>52</sup> *Administrative Law in a Global era*, cit., págs. 44-45.

<sup>53</sup> «Toward a new system of environmental regulation: the case for an industry sector approach», *Environmental Law*, vol. 26, núm. 2, verano 1996, págs. 457-489, y «Rethinking environmental regulation: perspectives on law and governance», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 23, núm. 2, 1999, págs. 441-469.

<sup>54</sup> «Common law and the concept of modern environmental policy», *George Mason Law Review*, vol. 7, verano 1999, págs. 923-963. La idea de la vuelta al paraíso del *Common law* como vía de escape a la legislación federal centralizada ya ha sido sostenida antes. Vid. RUH, «The Fitness of Law: Using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and Its Practical Meaning for Democracy», *Vanderbilt Law Review*, vol. 49, noviembre 1996, págs. 1407-1489.

<sup>55</sup> «Challenges to environmental law», *Environmental Law*, vol. 25, núm. 4, otoño 1995, págs. 967-972.

<sup>56</sup> «Mitti dei nostri tempi: la deregulation ambientale e gli Stati Uniti», *RGA*, núm. 6, noviembre-diciembre 1997, págs. 851-859.

<sup>57</sup> Negando que en el Derecho ambiental exista un principio de cooperación que exija de la Administración la renuncia a los instrumentos de policía o intervención, siempre que por parte de los afectados se insinúe una disposición a soluciones cooperativo-informales («El principio de cooperación en el Derecho medioambiental», *DA*, núms. 235-236, 1993, págs. 427-428).

<sup>58</sup> STEINZOR, «Reinventing Environmental Regulation: The dangerous journey from command to self-control», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 22, núm. 1, 1998, págs. 122-140. Junto al XL deben destacarse otros programas: el CSI (*Common Sense Initiative*); el *Sustainable Industry Projet*, y el *Environmental Leadership Program*. Véase también FIORINO, «Toward a new system of environmental regulation...», cit., págs. 470-476.

regulación intervencionista... Ello, en teoría, a cambio de lograr una mejora en la protección ambiental.

— Los presuntos beneficios de este tipo de iniciativas son dudosos. Ahorro; incertidumbre de la determinación de cuándo se consigue esa mejora ambiental<sup>59</sup>; propuestas complejas que dependen de permisos transferibles bajo una incertidumbre<sup>60</sup> científica<sup>61</sup>, a lo que habría que añadir que la evitación de litigios puede ser una quimera.

La iniciativa CSI ponía el acento en el establecimiento de una regulación por industrias en vez de por contaminantes, afectando a seis grandes sectores industriales, en diálogo con la EPA, con el propósito de reducir el coste de cumplimiento, introducir flexibilidad y evitar litigiosidad a través de decisiones participadas<sup>62</sup>.

La Administración Bush II ha extremado estos planteamientos: incremento de estrategias desreguladoras; promoción del desarrollo frente a la preservación en *publics lands*; desarrollos en zonas sin carreteras en *national forests*; prohibición de identificación de *wilderness areas* nuevas; sustitución de la base científica en las decisiones; recortes de programas en materia de especies amenazadas; exclusión de amplias zonas de desarrollo de recursos de la NEPA —EIA—; consideración de la legislación ambiental como un freno al desarrollo<sup>63</sup>.

En el plano doctrinal se cuestionan incluso las subvenciones con finalidad ambiental y se propugna la legislación negociada como mecanismo de aceptación (GREEN)<sup>64</sup>. Esta búsqueda de instrumentos hacia una administración negocial o convencional no sólo se extiende a la lucha contra la contaminación. En Francia la contractualización de la Red Natura 2000 ha desatado un debate intenso, a pesar de invitar la propia Directiva 92/43 a la introducción de medidas contractuales. Es el Derecho ambiental negociado. Siguiendo a TRUILHÉ-MARENGO, éstas han sido las principales objeciones: déficit democrático, restricciones a la impugnabilidad por terceros, voluntariedad de los acuerdos, riesgos de ineffectividad de los contratos concluidos, ineficacia de

<sup>59</sup> STEINZOR, cit., pág. 140.

<sup>60</sup> Para una descripción de este programa y de la política legislativa ambiental de los noventa en Norteamérica, véase HAHN, OLMSTEAD y STAVINS, «Environmental Regulation in the 1990's: A retrospective analysis», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 24, 2003, págs. 377-415.

<sup>61</sup> STEINZOR, cit., págs. 135-138 y 201.

<sup>62</sup> HAHN, OLMSTEAD y STAVINS, cit., pág. 396

<sup>63</sup> Véase GETCHES, «The legacy of the Bush II Administration in natural resources: A work in progress», *Ecology Law Quarterly*, vol. 32, núm. 2, 2005, págs. 235-248, y THOMPSON, «Conservative environmental thought: The Bush Administration and Environmental Policy», *Ecology Law Quarterly*, vol. 32, núm. 2, 2005, págs. 307-347.

<sup>64</sup> GREEN, «You can't pay them enough», *The Harvard Environmental Law Review*, vol. 30, núm. 2, 2006, págs. 435, 436, 439.

los mecanismos de control respecto de las obligaciones contractuales y de las sanciones en caso de inejecución previstos por la Directiva<sup>65</sup>. Estas experiencias incluyen la evolución desde la contractualización a la reglamentación en *Port-Cros*, donde de una carta multilateral ratificada entre el organismo de gestión de un espacio protegido y los operadores se ha pasado a un texto reglamentario negociado con dichos operadores, coexistiendo los modos de regulación contractual y reglamentaria<sup>66</sup>.

### B) *Los problemas que plantean los nuevos modos de intervención*

Creo que ha llegado el momento de reflexionar en Derecho y no sólo en términos pragmáticos o de análisis económico del Derecho. El principal riesgo de la *public choice* o la *paretto efficiency* es precisamente el abandono o la sustitución de la base jurídica de discusión. En mi opinión, instrumentos jurídicos como el Projet XL contienen elementos que los hacen inasumibles desde un punto de vista jurídico. Ya decían los romanos que existen cosas fuera del comercio de los hombres, *res extra commercium*. Iniciativas como el Projet XL suponen negociar una potestad soberana fuera del comercio de los hombres. No sólo se garantiza la inmunidad frente a demandas (excluidas las *citizen suits*<sup>67</sup>), sino la aplicación de futuras regulaciones. Esto último es ir más allá de lo posible pues la soberanía no puede ser objeto de contrato. Superar los actuales niveles de protección puede ser objeto de recompensa (en Derecho de la UE, la utilización de una marca de calidad empresarial, EMAS —*European Ecomanagement and Auditing Scheme*—; subvenciones, etc.). Una cosa es esto y otra bien distinta dar lo que no se puede dar. El poder de crear leyes radica en el pueblo, y en una democracia representativa dicho poder se confiere al Parlamento. Ningún Parlamento puede negociar la libertad de promulgar leyes en el futuro para la defensa de los intereses generales. Este principio base de la convivencia desde 1789 no tiene precio, y por no tener precio, por ser un valor (como la propia vida humana), no puede negociarse. Obsérvese que, en el ámbito del Derecho ambiental, blindar frente al futuro, dada la incertidumbre científica y la movilidad vertiginosa del estado de la ciencia, puede ser no sólo inconstitucional, sino una decisión poco sensata. El prin-

<sup>65</sup> «Contractualisation, réglementation: quelle articulation entre les outils de gestion des sites Natura 2000», *RJE*, núm. 2, 2005, págs. 131-146.

<sup>66</sup> TRUILHÉ-MARENGO, cit., págs. 145-146.

<sup>67</sup> STEINZOR, cit., pág. 148.

cipio de prevención, una de las bases del Derecho ambiental, es aniquilado *ex post* por iniciativas como el Projet XL. La incertidumbre *ex ante* es común a la *command* y *self-control regulation*. Y el principio de precaución debiera excluir tomar una decisión que permita dañar legalmente el medio ambiente en el futuro<sup>68</sup>. Otro de los fundamentos posiblemente amenazados vía desregulación y *self-regulation* es el principio de igualdad ante la ley (*equal protection*), generando regímenes diversos e incluso zonas ambientalmente desfavorecidas: *self-regulation* es pan para hoy pero hambre (o al menos incertidumbre de hambre) para mañana. En definitiva, los juristas podemos enriquecer el análisis jurídico con análisis económico del Derecho, pero esto no es un fin, sino un medio. Una herramienta, como dice BROWNER, sujeta a manipulaciones y subjetividades: dado que una vida humana no tiene precio, «no debería ser la herramienta decisiva en el establecimiento de estándar de contaminación, ni en el establecimiento de estándar de la clase que necesitamos para hacer frente a los desafíos del calentamiento global»<sup>69</sup>.

La pretensión de la marginación de los valores en la construcción del Derecho de momento está siendo frenada en los Tribunales. En el 2001, en *Whitman v. American Trucking Associations*, la Corte Suprema ha respaldado la Section 109 de la *Clean Air Act*, la cual requiere de la EPA promulgar estándar de calidad del aire para proteger la salud pública. Los proponentes defensores del análisis coste-beneficio trataban de anular esta regulación por violación de la *non-delegation doctrine* (la prohibición al Congreso de delegar la potestad legislativa). La demanda fue rechazada, como también la pretensión de los proponentes de introducir en la Sección 109 la consideración de costes. Parece que ha sido respaldada la legislación que refleje una específica elección entre valores en conflicto sobre consideraciones económicas o, como dice DRIESEN (del que extraemos estos datos), que la Constitución no prohíbe la *one-sided legislation*<sup>70</sup>. Y éste es el camino para DRIESEN. El papel de la legislación no es ser neutral y promover la eficiencia económica ni garantizar que no hay imposiciones de un grupo sobre otro. La legislación debe establecer

<sup>68</sup> Suscribimos la conclusión fundamental de STEINZOR: hace falta mejorar la información disponible en manos de la Administración ambiental para el control de la contaminación. Ésta es una prioridad o base sobre la cual debe descansar la *command and control* y, eventualmente, la *self-regulation*. Estamos de acuerdo, igualmente, en que cabe mejorar los beneficios ofrecidos para incentivar supuestos de *self-regulation*, pero siempre que entre ellos no se encuentren patentes de curso *pro futuro*.

<sup>69</sup> BROWNER, «Environmental protection: meeting the challenges...», cit., págs. 334-335.

<sup>70</sup> «Regulatory reform: the new lochnerism?», *Environmental Law*, vol. 38, núm. 3, verano 2006, pág. 605.

elecciones entre valores antes que establecer valores clave para la acción administrativa<sup>71</sup>.

El claro riesgo que contiene la metodología de la *public choice* es olvidar que somos juristas y que las opciones de regulación o desregulación están sometidas a un sistema jurídico y, en última instancia, a un sistema de valores como soporte del propio Derecho. Éste es el análisis que se echa de menos en la dialéctica regulación-desregulación. El mercado no es ni malo ni bueno, es sólo mercado. En vez de estudiar exclusivamente la eficiencia económica de un sistema, hay que estudiar su compatibilidad con el Derecho. Esto es lo que ha hecho NASCH, por ejemplo, cuando sostiene la existencia de un conflicto entre los permisos de contaminación transferibles y el principio quien contamina<sup>72</sup>; MANK, cuando sostiene la necesidad de autorización legislativa para esta clase de iniciativas<sup>73</sup>; o BREGER, cuando sugiere la existencia de problemas (y sus posibles soluciones) de adaptación entre los modelos de *self-regulation* y la APA (el modelo de Derecho administrativo)<sup>74</sup>. Ése es el camino que nunca debiéramos haber perdido los juristas. Otra cosa corre el riesgo de no ser Derecho (y quede claro que hablamos de metodología, no de concretos resultados) y se asemeja más a la adoración de tótems o, cuando es hecho con mayor destreza técnica, a las religiones.

KOEPFER ha destacado tres serias objeciones frente a los nuevos instrumentos desde el punto de vista del Estado de Derecho: seguridad jurídica, reserva de ley y principio de igualdad; problemas de tutela jurídica para los terceros y pérdidas de la posibilidad de impugnar, y, por último, problemas derivados de la acumulación desordenada de instrumentos<sup>75</sup>.

Las técnicas de administración informal o acuerdos voluntarios conllevan implícito un peligro de descafeinamiento de la legalidad ambiental. Existe una justificada desconfianza sobre esa pléyade de nuevos instrumentos. Hablar de autorregulación, códigos de conducta voluntarios<sup>76</sup>, libertad para decidir cuánto contaminar en sustitu-

<sup>71</sup> *Op. cit.*, pág. 648.

<sup>72</sup> «Too much market? tradeable pollution allowances and the “polluter pays” principle», *Harvard Environmental Law Review*, vol. 24, núm. 2, 2000, págs. 465-535.

<sup>73</sup> «The environmental Protection Agency’s projet XL and other regulatory reform initiatives: the need for legislative authorization», *Ecology Law Quarterly*, vol. 25, núm. 1, 1998, págs. 1-88.

<sup>74</sup> «The firtieyth anniversary of the administrative procedure act. Past and prologue: regulatory flexibility and the administrative state», *Tulsa Law Journal*, vol. 32, invierno 1996, págs. 325-353.

<sup>75</sup> «En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado», *DA*, núms. 235-236, julio-diciembre 1993, págs. 50-53.

<sup>76</sup> Destacando los peligros y los medios de juridificación de estos códigos de conducta, véase RACINE, «Le valeur juridique des codes de conduite privés dan le domaine de l’environnement», *RJE*, núm. 4, págs. 409-424.



ción del imperio de la ley o como alternativa radical a dicho imperio nos parece, cuando menos, un exceso. Esta justificada desconfianza —después de todo, ponemos a la zorra para guardar las gallinas—, y sobre todo los logros históricos de la legislación ambiental más clásica, no deben, sin embargo, justificar un rechazo *a radice* de nuevos instrumentos. Eso sería caer en el mismo error que los desreguladores que, a menudo, han descalificado por completo el sistema clásico de Derecho ambiental. Y cualquier exceso es un error. Por ejemplo, no son malas en sí mismas algunas premisas sugeridas por FIORINO<sup>77</sup>.

Hoy los acuerdos voluntarios se han situado entre el arsenal técnico-jurídico. El VI Programa de Acción (Medio Ambiente 2010: «El futuro está en nuestras manos») contempla la utilización de una estrategia de acuerdos voluntarios. En esta materia son ejemplos destacados en nuestro Derecho la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos en materia de descontaminación de suelos, que los admite en su artículo 28; los acuerdos en materia de envases al amparo de la Ley 11/1997, de 24 abril, o los convenios de colaboración ambientales al amparo del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. También se están extendiendo en la legislación autonómica<sup>78</sup>. Estas nuevas técnicas, desprovistas de su intencionalidad ideológica originaria y con las prevenciones debidas, no son buenas o malas, simplemente son técnicas que pueden enriquecer el arsenal técnico-jurídico para el loable objetivo de la preservación ambiental.

#### IV. RETOS INMEDIATOS EN EL ROL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Pensar sobre el rol futuro de las Administraciones en el medio ambiente es, como siempre que se habla del futuro, una tarea complicada. Siendo más modestos, sí podemos hablar de desafíos inmediatos. Éstos, a nuestro juicio, son al menos los siete siguientes:

<sup>77</sup> Como la integración del sistema y un mayor énfasis en los resultados, dando a las compañías flexibilidad en la decisión de cómo conseguir esos resultados («Toward a new system of environmental regulation...», cit., págs. 466-467).

<sup>78</sup> Al respecto, véase la impresionante monografía de SÁNCHEZ SÁEZ, *Los convenios administrativos para la protección ambiental*, IAAP, Sevilla, 2004, que examina por sectores y Comunidades Autónomas los instrumentos paccionados para la protección del medio ambiente en España, en sus págs. 675-754. El autor, destacado ambientalista, propone la generalización de los convenios ambientales inspirándose en la figura de los convenios colectivos, sometidos a la ley y los reglamentos, respetando los límites del artículo 88 LRJAP y PAC, sometidos a publicidad, sin interpretación unilateral de la Administración, sin *ius variandi*, con deber de paz (*op. cit.*, págs. 773-783).

1. Introducción del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado en el núcleo duro de derechos fundamentales. Admisión, al menos, de la protección jurisdiccional (amparo judicial) de este derecho. Regulación de la especialidad de la tutela cautelar ambiental en los contenciosos ambientales.

2. Redefinición de los roles. Necesidad de poderes federales ambientales no sólo limitados a la normación básica y comprensivos de poderes de ejecución. «Federalización» en la escala autonómica.

3. Redefinición de la gobernanza ambiental, incluyendo mecanismos reales y efectivos.

4. Calidad total (integración y verificación, codificación y simplificación procedimental, evaluación normativa retrospectiva).

5. Redefinición del *soft-law* en relación con el desarrollo sostenible.

6. Redefinición de las fronteras entre la jurisdicción penal y Administración sancionadora y reestructuración de los mecanismos de colaboración entre los dos sistemas.

7. Educación y devolución de poderes a la ciudadanía mediante la información veraz en los actos de consumo, no sólo en términos de excelencia.

Veamos desarrolladas sintéticamente estas siete directrices:

1. En un Estado ambiental de Derecho, el valor medio ambiente ha de ser reconocido sin complejos en el núcleo duro de derechos fundamentales. Con todas las consecuencias. La situación actual es insatisfactoria. Por un lado, no hemos llegado al máximo que nuestra Constitución permite *ex* artículo 45 CE en relación con el artículo 53 CE. De otro lado, la tutela refleja ambiental de la mano de derechos fundamentales clásicos se ha revelado limitada e insuficiente, reservándose en una discutible jurisprudencia constitucional para los supuestos más graves (por ejemplo, en materia de ruido, con la consiguiente desprotección). Sé que hoy destacados ambientalistas (MANTINI) postulan la evolución del *dirito all'ambiente* al *diritto dell'ambiente*. Creo que puede ser acertada una cierta superación del antropocentrismo, pero no la eliminación de la perspectiva subjetiva. El ladrillo o la molécula de los ordenamientos jurídicos son los derechos subjetivos. Todo el ordenamiento opera desde esa premisa. Por eso, es necesario el reforzamiento máximo del núcleo subjetivo del Derecho ambiental y configurar, con las especialidades que sean precisas, un derecho fundamental, un Derecho público subjetivo en el núcleo del Estado de derechos fundamentales (HÄBERLE). Probable-

mente, la estructura del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado reclama la intermediación normativa a imagen y semejanza de los tipos en blanco del Derecho penal. Es precisa una determinación que requiere la labor del legislador. Aunque esto sea en parte cierto, ello sucede en el ámbito de otros derechos fundamentales clásicos (como el derecho de huelga, la libertad sindical, el derecho a la educación). Es muy posible que la inercia histórica que colocó desde 1789 la propiedad y la libertad como elementos polarizadores del sistema haya marginado otros derechos del núcleo duro. Hoy esto no tiene sentido cuando amenazas como la pérdida de biodiversidad, el efecto invernadero o los peligros bioquímicos de las nuevas sustancias son mucho más poderosas que las limitaciones o peligros potenciales que acechan a los derechos clásicos. En cualquier caso, una diferente estructura no es razón bastante para una marginación del núcleo duro. Por ejemplo, en términos de garantías procesales. Probablemente, en medio ambiente sea mucho más necesaria una protección jurisdiccional ágil que en otras materias. Este objeto procesal no resiste demoras.

Creo que los ordenamientos deben superar dogmas (derecho objetivo ambiental, como el artículo 20 de la Ley Fundamental) y situar al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado en el núcleo duro de derechos fundamentales. Ello requeriría una reforma constitucional. Más fácil probablemente sería extender la vía de los artículos 114 y ss. LJ, dando la posibilidad de un procedimiento de tramitación preferente en asuntos ambientales, para lo cual bastaría una ley ordinaria que extendiera el procedimiento de protección jurisdiccional en determinadas materias desarrolladas (pretensiones en materia de ruido, residuos, espacios naturales, información ambiental, sustancias peligrosas, control integrado de la contaminación ambiental, suelo no urbanizable de especial protección). No se trataría, en esta reforma de mínimos, de alterar la naturaleza de principio rector, sino extender a materias ciertas y reguladas el cauce procesal preferencial. Por otro lado, parece necesaria una regulación que expresamente excluya a los actores *pro* medio ambiente del coste de las medidas cautelares en contenciosos ambientales. A pesar de extender el artículo 23.2 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, a estos actores los beneficios de justicia gratuita, el artículo 6.5 de la Ley 1/1996, de 10 enero, de asistencia jurídica gratuita, está siendo interpretado en el sentido de no excluir el pago de cauciones en el ámbito de las medidas cautelares [así, por ejemplo, JUR 2006\288704, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 111/2006 (Sección 11), de 31 de mayo]. Es obvio que sin una previsión de este cariz la justicia ambiental es una quimera.

2. La dialéctica unidad-autonomía no es un problema de hoy. Unidad como garantía de la igualdad (COLMEIRO), diversidad como garantía de la democracia (POSADA). En medio ambiente, los peligros son evidentes (tentación de derogación de las reglas de protección del litoral, desequilibrios territoriales, riesgos de gestión no solidaria<sup>79</sup>).

Acatamos la jurisprudencia constitucional, pero no podemos compartirla. Creemos un error negar poderes federales ejecutivos. Creemos un error que se legisle difiriendo decisiones a las Comunidades Autónomas, como hace la Ley 9/2006, renunciando a establecer normas básicas *ex* artículo 149.1.23 CE. Esto cuando se están transponiendo Directivas roza la legalidad comunitaria, cuando no la conculca por transposición incompleta. Creemos un error que no puedan dictarse normas con carácter supletorio con «normalidad», y que haya de explicitarse que son normas del Estado (a la postre, supletorias *ex art.* 149 CE). Para el nuevo sistema de Administraciones públicas, el Estado es una «anormalidad» que sólo tiene poderes en anormalidades. Y la legislación estatal, ¿una anormalidad del Derecho comparado? Esto es sencillamente inaceptable. La historia de los Estados Unidos debiera servirnos de ejemplo. Ha sido la legislación federal la que ha terminado con los ríos ardiendo (el Cuyagoga, de la canción de Randy Newman). La descripción de BROWNER merece ser transcrita literalmente:

*«Prior to that time, the responsibility for the regulation of pollution had been largely left to states. In many instance, the immediate pressures on the states and on the legislature of managing the competing demands between the needs of local bussinesses, the need to grow, and resource protection had simply proven too much. City after city, state after state, had essentially failed in their efforts to protect their air and their water, the land, and the health of their citizens. By 1970, our city were so polluted that in many places it was all but impossible to see one city skyscraper to another»<sup>80</sup>.*

Hacia abajo creemos necesaria esa federalización ante una balcanización local creciente que irrumpe en ámbitos como la contaminación electromagnética. Creemos en la autonomía local, pero sin posibilidad de injerencia destructora de los intereses generales y del principio de unicidad del orden económico. Vemos ejemplar la STJ de

<sup>79</sup> Así, LAMBERT-HABIB, «Décentralisation constitutionnelle et environnement», *RJE*, núm. 1, 2004, págs. 17-32.

<sup>80</sup> BROWNER, «Environmental protection...», cit.

Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, núm. 1338/2006, de 18 de septiembre, Ponente LÓPEZ AGULLÓ, FF.JJ. 4 y 5, que niega competencia a las Entidades Locales para establecer mediante Ordenanza una prohibición de implantación a menos de 150 metros de edificios públicos de antenas de telefonía móvil, por estimar que dicha competencia es del Estado y de la Comunidad Autónoma. Saludamos la retirada del Anteproyecto de Ley estatal de Régimen Local que atribuía la disciplina urbanística a los Ayuntamientos.

No podemos hacer una lectura de la Constitución que margine al Estado de la legislación ambiental y de la gestión (en todo caso). Y el suelo es problema con dimensión ambiental que muestra lo acertado del retrato de BROWNER. Creo que todo está dicho, si tenemos en cuenta que uno de los ejes de la «política ambiental» de la Administración Bush II ha sido la devolución de poderes a los Estados y municipios<sup>81</sup>.

3. La participación debe posibilitar la implicación de la sociedad en la gestión ambiental, convirtiendo a la ciudadanía en actora y garante de la Administración ambiental. La participación debe ser el punto de apoyo que permita arrancar al Derecho ambiental de su estado de parálisis de efectividad. La participación no debe quedar reducida a sus formas tradicionales, como la información pública<sup>82</sup>. En el Derecho comparado hay instrumentos que deben inspirar futuras actuaciones legislativas. Deben destacarse entre dichos mecanismos las *public inquiry*, contempladas en la reforma de la *Town and Country Planning Act* inglesa de 1972. En ellas se pretende una participación real. Los ciudadanos que han presentado observaciones tienen derecho a tener una representación legal y a acceder a medios de contradicción en contra de la posición administrativa, a través de informes y pruebas periciales<sup>83</sup>. El Derecho ambiental francés, más permeable a las innovaciones, no ha dudado en introducir las *public inquiry* en la Ley de 12 de julio de 1983 y el Decreto de 25 de abril de

---

<sup>81</sup> Barton H. THOMPSON, «Conservative environmental thought: The Bush Administration and Environmental Policy», *Ecology Law Quarterly*, vol. 32, núm. 2, 2005, págs. 344-345 y 347.

<sup>82</sup> PRIEUR ha realizado un listado de esas nuevas; por ejemplo: *comisiones extra-municipales, las reuniones de barrio o consejos de barrio, los círculos de estudios, las reuniones mensuales sobre el medio ambiente* (reunión mensual del Ministro del Medio Ambiente con los responsables de las asociaciones ambientales nacionales más representativas), *sondeos y encuestas*, y las *comisiones de encuesta ad hoc* para las grandes decisiones ambientales (*Le Droit à l'environnement et les citoyens: la participation*, cit., págs. 404-414).

<sup>83</sup> Sobre dichos mecanismos, véase HEBERLEIN, «Some observations of alternative mechanisms for public involvement: The hearing, public opinion poll, the workshop and the quasi experiment», *Natural Resources Journal*, enero 1976, págs. 197-212.

1985<sup>84</sup>. También debe destacarse la figura de los *citizens advisory board* (un *citizen advisory board* es elegido por la Administración *sponsor* u otra entidad cuya actuación está en cuestión entre ciudadanos que están interesados o afectados de alguna forma por la Administración)<sup>85</sup>. En el plano internacional, en el marco del NAFTA se ha creado el *Joint Public Advisory Committee* (JPAC), compuesto por cinco ciudadanos de cada país<sup>86</sup>. Estas nuevas modalidades han demostrado su capacidad de erigirse en contrapesos de la tentación de la injerencia gubernamental en la participación<sup>87</sup>. Debemos destacar, por la idea de participación y efectividad, la experiencia del BAPE en Quebec. Es el *Bureau d'audiencias public sur l'environnement*, que ha intervenido desde su creación en más de 400 grandes proyectos. Como una institución independiente (como lo son también sus *commissaires*) encargada de la información y participación eficaz y creíble en un procedimiento simple y no judicializado<sup>88</sup>. Las nuevas tendencias de reforma de los sistemas regulatorios no pueden desconocer que la exigencia de participación es una premisa del sistema. De la *command and control regulation* y de cualquier otro nuevo sistema<sup>89</sup>. Dos son las claves en la elección de los mecanismos o formas de participación. Efectividad y valoración. Los procedimientos valorados por la ciudadanía están destinados al éxito y al aumento de la confianza en el gobierno (MARKELL)<sup>90</sup>. Necesitamos una regulación de una verdadera acción pública en contenciosos ambientales, no en cicateros términos de justicia gratuita, sino remuneradora y premial del ejercicio altruista de funciones en defensa del Estado ambiental de Derecho.

---

<sup>84</sup> Vid. Bernard DYSSLI, «Information and Participation in French Environmental Law», en *Participation and Litigation Rights of environmental associations in Europe*, cit., págs. 20-21. HOSTIOU ha realizado una amplia descripción del régimen (campo de aplicación, tiempo, forma, nombramiento del comisario, etc.) en su estudio «Démocratisation des enquêtes publiques et protection de l'environnement. Analyse des décrets du 23 avril 1985», *RJE*, núm. 1, 1986, págs. 5-13. Para su funcionamiento práctico, véase LECKER, «Comment le commissaire-enquêteur apprécie-t-il la qualité intrinsèque de l'étude d'impact en amont de tout procédure contentieuse?», *RJE*, número especial, 2004, págs. 95-107.

<sup>85</sup> APPLGATE, «Beyond the Usual Suspects: The Use of Citizens Advisory Boards in Environmental Decisionmaking», *Indiana Law Journal*, vol. 73, verano 1998, págs. 921 y ss.

<sup>86</sup> MARKELL, «Understanding citizen perspectives on government decision making processes as way to improve the administrative state», *Environmental Law*, vol. 38, verano 2006, núm. 3, pág. 659.

<sup>87</sup> MARKELL, *op. cit.*, pág. 708.

<sup>88</sup> HALLEY y DE FORTE, «Le Bureau d'audiencias public sur l'environnement (BAPE): Participation publique et évaluation environnementale», *RJE*, núm. 1, 2004, págs. 5-15.

<sup>89</sup> Así, MANK, «The environmental Protection Agency's projet XL and other regulatory reform initiatives: the need for legislative authorization», cit., págs. 60-63, 73-85, y como una de las conclusiones fundamentales de su estudio, pág. 88.

<sup>90</sup> Ésta es la principal conclusión de su estudio. David L. MARKELL, «Understanding citizen perspectives on government decision making processes as way to improve the administrative state», *Environmental Law*, vol. 38, núm. 3, verano 2006, págs. 651 y 706.

Son necesarias partidas presupuestarias para hacer realidad que los actores tengan el mejor asesoramiento jurídico y técnico. Estamos hablando, en definitiva, de una sociedad democrática avanzada que paga con fondos públicos el cuestionamiento de sus decisiones en vía administrativa y judicial.

4. Creemos igualmente necesaria una refundación del Derecho ambiental y de la Administración ambiental bajo el lema de la calidad total como objetivo. Calidad total normativa que incluye diversos elementos. Se ha dicho que el balance del Derecho ambiental es negativo porque no ha frenado el deterioro ambiental (KRÄMER). Esto es en parte cierto. Han existido éxitos notables, como el Protocolo de Montreal y la lucha contra los CFCs. Tampoco sabemos cuál habría sido el alcance del deterioro sin Derecho y Administración ambiental. Sí creemos que tenemos la obligación de mejorar lo existente. El primer reto de calidad total es de calidad normativa. Es necesaria la introducción generalizada de la evaluación normativa retrospectiva. También la simplificación procedimental sin merma de las garantías. Es necesaria la perspectiva integradora tímidamente introducida en nuestro ordenamiento en materia de control integrado de la contaminación de la mano de la Directiva IPPC 96/11.

En este proceso de calidad total seguimos creyendo imprescindible la codificación, una codificación, como ha dicho PRIEUR, para dar a conocer el Derecho ambiental, para reconocer al ambiente como valor colectivo nuevo. Y para hacer accesible el Derecho ambiental<sup>91</sup>. El control de la efectividad de las normas es otro de los retos. Necesitamos la extensión de experiencias como la red IMPEL. Necesitamos saber qué ocurre con las normas una vez se aprueban. Necesitamos controlar los condicionados de las autorizaciones integradas y de las declaraciones de impacto ambiental. Esta verificación normativa requiere la creación de un cuerpo de inspectores ambientales fuerte y bien dotado. La creación de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de Andalucía, sin irnos más lejos, es un modelo a seguir cuando se buscan el control y la efectividad de las normas.

5. Detectamos un peligro de traslado de técnicas del Derecho internacional a los ordenamientos internos. El *soft law* como primera etapa hacia el compromiso tiene sentido en el Derecho internacional, pero no en sistemas jurídicos nacionales. Debe procederse a la juridi-

<sup>91</sup> «Pour quoi une codification», *RJE*, número especial, 2001, págs. 10-14. El intento era codificar 140 leyes y 817 decretos. Lo segundo resta por hacer, y respecto de lo primero hay algunas lagunas, denuncia PRIEUR.

ficación del derecho simbólico que representan las Agendas 21. Esta juridificación no ha de ser sólo por vía interpretativa<sup>92</sup>. La juridificación del derecho simbólico debe realizarse mediante la obligatoria incorporación de los contenidos de las agendas en *hard-law* vía informes preceptivos y vinculantes, y mediante una planificación ambiental urbana que, a imagen y semejanza del urbanismo, adopte la forma y naturaleza de disposición de carácter general en un sistema piramidal de planificación coordinada con la ordenación del territorio. La planificación ambiental es hoy predominantemente planificación de los recursos y espacios naturales. Es coherente con el hecho de ser hoy la población mayoritariamente urbana que nazca una planificación ambiental urbana. Esta planificación debe ser integrada —como la autorización integrada ippc— de todos los problemas ambientales que, como las cabezas de Hydra, pertenecen al mismo monstruo.

6. La legislación ambiental y de ordenación del territorio tipifica hoy un universo de infracciones que coinciden con los tipos penales. Es necesario un nuevo deslinde que supere el concepto jurídico indeterminado del artículo 325 CP. La alteración grave del equilibrio de los sistemas naturales debe ser sustituida por un estándar cierto cuantitativo como en el delito fiscal. Y deben ser despenalizadas un conjunto de actuaciones conforme al principio de intervención mínima por esta vía o por la vía material (exclusión de determinadas acciones típicas). Sugerimos una regulación más difícil de hacer técnicamente. Habría que establecer los parámetros técnicos de límite entre los sistemas; p. ej., el número de decibelios o partículas por millón que determinan la frontera entre ilícito penal y administrativo, o una determinada cuantía a partir de la cual los daños ambientales tengan relevancia penal. Las interferencias entre los sistemas no sólo causan obvios problemas de seguridad jurídica, sino que afectan a la propia estructura del aparato represivo del Estado de Derecho. Estimamos mal resuelto el problema en la jurisprudencia constitucional. Creo que una sanción administrativa impuesta *ex ante* a la condena por delito ecológico es una sanción nula de pleno derecho, nulidad sobrevinida *ex artículo 62.1.a)* de la Ley 30/1992 y, como tal, debe dejarse sin efecto mediante la revisión de actos de gravamen. La previa STC 177/1999 desconoce la propia jurisprudencia constitucional y el ordenamiento que ordena la paralización de un procedimiento sancionador cuando el instructor considere que las actuaciones pueden

<sup>92</sup> Al respecto, véase LOPERENA ROTA y EZEIZABARRENA SÁENZ, «La red de Gobiernos regionales para el desarrollo sostenible (NRG4SD) BIB 2005\1880», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 685, 2005.



ser constitutivas de delito. En casos graves es difícil que tal descoordinación se produzca entre orden penal y administrativo (ninguna Administración va a imponer una sanción mientras se tramita un proceso por delito ecológico en un supuesto como el de Aznalcóllar o el Prestige), pero en casos modestos sí puede producirse dicha descoordinación, y la solución correcta no es la apuntada por la STC 177/1999 ni por la STC 2/2003, de 16 de enero, del Pleno, sino la que aquí sostenemos —obviamente, acatando la infalibilidad constitucional del TC—.

7. La excelencia ambiental regulada en la EMAS, ecoetiqueta o la agricultura ecológica ha sido un importante logro. El desafío ahora es la dañosidad ambiental<sup>93</sup>. Es hora de una regulación seria que devuelva los poderes a los ciudadanos, no sólo como consumidores con derecho a ser informados, sino como titulares del derecho-deber a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Recientemente, en la Facultad de Derecho de Sevilla, por iniciativa de *Greenpeace* y una profesora, se ha eliminado en la copistería el uso de papel procedente de bosques primarios de Indonesia. Algo funciona mal cuando dependemos de lo que hagan un decano —el Prof. Dr. D. Antonio MERCHÁN, en ejemplar e inmediata reacción—, una profesora y una organización ecologista. Todos tenemos derecho a saber, cual en etiqueta del tabaco, que ese papel es un disparate en términos de sostenibilidad.

Estas y otras reformas son necesarias. El rol de las Administraciones públicas de intervención o de supervisión, con permisos transferibles o no, convencional o no, con creces, es el más relevante para que el futuro sea mejor y sea posible. Necesitamos una Administración ambiental fuerte y una *Administración ambientalizada*. Como jurista de Derecho público y firme defensor de los valores de nuestra Constitución, creo decididamente en el liderazgo de los poderes públicos en dicha misión en este Estado ambiental de Derecho. Espero también que nuestros hijos piensen en el futuro que reaccionamos a tiempo y que no fuimos insensatos.

---

<sup>93</sup> Para una visión general sobre OGM, pesticidas, prácticas agrícolas y métodos de producción, véase DOUSSAN, «Consumation et environnement», *Revue Juridique de l'Environnement*, núm. 4, 2005, págs. 389-404.