

EL DERECHO AMBIENTAL DEL SIGLO XXI

Jesús Jordano Fraga

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho ambiental es un signo de nuestra era. El Derecho suele reflejar fielmente las preocupaciones de la humanidad y es por esta elemental razón que el Derecho ambiental existe y ha alcanzado su desarrollo actual. La preservación y promoción del medio ambiente, la implementación de un modelo de desarrollo sostenible es una preocupación de la Sociedad de nuestro tiempo y, por consiguiente, de su Derecho. Obviamente, la degradación ambiental es uno de los principales problemas a los que se enfrenta la humanidad. Un modelo de desarrollo erróneo planetario (con superpoblación, y, sobre todo, injusticia en la distribución de los recursos económicos, injusticia en las relaciones comerciales, política y políticos irresponsables a largo plazo) ha puesto en el punto de mira de todos los países la necesidad del respeto a las reglas de equilibrio natural para garantizar la integridad y renovación de los sistemas naturales. Se trata en definitiva, nada más y nada menos, que establecer las reglas de juego que hagan posible un medio ambiente equilibrado y sostenible para las generaciones actuales y futuras.

La primera impresión que se percibe al examinar el ordenamiento jurídico es que existe un conjunto de normas dispersas que directa o indirectamente encuentran un punto de unión en su objetivo de defensa, restauración y promoción del medio ambiente. A este conjunto de normas se suele convencionalmente denominar “Derecho ambiental”¹. Desde este punto de vista, el Derecho ambiental es el Derecho referido al medio ambiente. Es el Derecho del medio ambiente. Es el Derecho para la protección del medio ambiente². Desde una concepción kelseniana, el Derecho ambiental es una pirámide cuya cúspide son los preceptos que consagran dicho principio en la norma suprema de los ordenamientos jurídicos (es el caso de España, Portugal, Grecia, Argentina³, etc.)⁴. A falta de previsión en los textos constitucionales, numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y acuerdos internacionales ha comenzado a efectuar dicho reconocimiento. En España, puede así afirmarse que el Derecho ambiental es el Derecho garantizador del Derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona

constitucionalmente consagrado en el artículo 45 CE. De esta forma, el desarrollo legislativo del artículo 45 CE, esto es, el Derecho ambiental, ha de ser respetuoso con las fundamentales previsiones constitucionales. Pero el Derecho ambiental también es el resultado de agrupar teleológicamente normativas sectoriales en torno a un concepto jurídico nuevo. El medio ambiente como concepto jurídico global e integrador no ha decantado en forma extensa una normativa que responda a esa exigencia de coherencia ideológica. La excepción a este planteamiento son normas de nuevo cuño como la directiva sobre control integral de la contaminación industrial⁵.

Este Derecho en un planeta dividido irracionalmente en Estados (es irracional porque el problema ambiental es por definición supraestatal, no respetando la contaminación ni la degradación ambiental las fronteras políticas/administrativas) se encuentra fundamentalmente en leyes y reglamentos. *Legislación ambiental* es precisamente esto leyes, reglamentos agrupados en torno al adjetivo ambiental, y al objetivo ambiental. Aquí vamos a estudiar tres aspectos fundamentalmente: 1) Cómo es el Derecho ambiental; 2) Qué consecuencias e implicaciones tiene la afirmación del principio de legalidad ambiental; y 3) Cuáles son las actuales y previsibles tendencias.

II. CÓMO ES HOY EN EL DERECHO AMBIENTAL EN EL NIVEL LEGISLATIVO

1. ESTRUCTURA Y TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS AMBIENTALES.

Un examen de las normas que componen el Derecho ambiental arroja usualmente un similar resultado en los diferentes ordenamientos⁶: Existen normas de organización (sobre la Administración ambiental y sus funciones); existen normas que regulan técnicas jurídicas de protección ambiental (EIA, control integral de la contaminación industrial, planes, instrumentos económicos y de mercado –ecoetiqueta, ecoauditoría, tasas, impuestos, permisos transferibles, etc–, espacios protegidos, responsabilidad, estándar, etc.). Existen normas que regulan el ámbito de intervención, medios y elementos del ambiente (aire, agua, suelo, costas, espacios naturales, fauna y flora, montes). A veces existen también normas líder que podemos denominar leyes generales. Fuera de todos estos elementos y especies existen normas que incluyen preceptos con finalidad o *ratio ambiental* (por ejemplo, la propia regulación del suelo tiene en su punto de mira intereses no estrictamente ambientales como los precios de suelo y la disponibilidad de viviendas, pero junto a estas normas existen previsiones dirigidas a preservar valores ambientales del territorio o el mismo paisaje; muchos códigos penales incluyen hoy el denominado delito ecológico). En el Derecho comparado se han adoptado leyes generales sobre la protección del medio ambiente⁷, aunque con alcance muy diverso, pues no siempre responden a una concepción idéntica a lo que se entiende en nuestra doctrina por una norma de este tipo. Chile sería un buen ejemplo de legislación general con su

Ley de bases del medio Ambiente, de 9 de marzo de 1994. Sienta principios, estructura administrativa (la CONAMA), regula instrumentos horizontales de prevención ambiental (EIA, Planes de prevención y descontaminación, Planes de manejo, normas de calidad ambiental), la educación ambiental, la responsabilidad por daños ambientales, etc. También Japón, pese a las carencias denunciadas por OMURA, con la Basic Environmental Act de 1993 en respuesta a la Declaración de Río, sentando principios generales en la materia y regulando el Environment Conservation Program⁸. Ahora veremos dos tendencias inexcusables en el Derecho ambiental de hoy: la codificación y la desregulación.

2. CODIFICACIÓN

Dada la dispersión normativa congénita del Derecho ambiental no es extraño que una de las modernas tendencias en Derecho ambiental sea la codificación. Así, por ejemplo, aun reconociendo la dificultad de tal empresa, en el ordenamiento americano han sido múltiples las llamadas a la adopción de una única ley federal ambiental en aras de una deseable integración. Esta ha sido la opinión expresada en mayo de 1991 por la *Advisory Commission on Intergovernmental Relations* y por *General Accounting Office*⁹. Hoy se puede hablar de una verdadera tendencia a la codificación en diversos países como Francia o Alemania. En Francia los parlamentarios de la Asamblea nacional habían reclamado desde 1976 la adopción de un Código del ambiente. el 11 de abril de 1990 se depositó en el *Bureau de l'Assemblée Nationale* el informe BARNIER instando a la adopción de un verdadero Código del ambiente establecido en base al reagrupamiento y la armonización de las leyes y reglamentos actualmente dispersos¹⁰. Estos antecedentes han dado lugar *al projet de loi relatif à la partie législative du Code de l'environnement* (assemblée nationale

nº 25 83, du 21 de février 1996)¹¹. Esta tendencia es creciente. Conocemos un intento a destacar por su calidad técnica: nos referimos a la obra de la Interuniversity Commission for the Revision of Environmental Law in the Flemish Region, *Codification of Environmental Law. Draft Decree on Environmental Policy*, Editors: Hubert Bocken & Donatienne Ryckbost, Kluwer Law international, London, The Hague, Boston 1996. La idea de la que parte el Flemish Government en 1989 trae causa de necesidades ampliamente detectadas: racionalización y simplificación de un cuerpo normativo disperso, integración y efectividad. En Alemania, el primer proyecto de Código Ambiental cristalizó en 1997 con un total de 775 artículos, que haría superfluas 20 leyes federales permitiendo una gran simplificación. A iniciativa del Ministerio Federal de Medio Ambiente se ha redactado el llamado Código ambiental I, publicado en H.-W RENGELING, *Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch*, pp. 22 y ss¹². SUIZA ha adoptado un amplio Código en 1988; Suecia comenzó sus trabajos en 1990¹³.

Estas son las innegables necesidades que debe satisfacer la codificación. Si el siglo XIX fue el de la codificación civil iniciada por el Código de Napoleón, el siglo XXI va a ser el siglo de la Codificación Ambiental. En los diferentes países existen incluso los medios para esta tarea (en España sería un Real Decreto Legislativo ex art 82.2 y 5 CE, como texto refundido). La realidad es tozuda, y falta de inicitativa político-legislativa se ve sustituida por publicaciones oficiales o no. Estos intentos con ser loables no responden uno de los objetivos fundamentales de codificación (coordinación, sistematización, limpieza de aporías y antinomias, en definitiva racionalización). No se trata meramente de yuxtaponer lo existente. Este reto lo tienen los Estados, las estructuras supranacionales como la U.E, pero también las regiones y los poderes

locales. ¿Es algo tan ilusorio que se racionalice el ordenamiento jurídico ambiental? ¿Será onírico pensar en que estos códigos ambientales estén disponibles de modo gratuito a través de la World Wide Web? ¿Es un sueño pensar en una web site con toda la legislación ambiental mundial de libre acceso y permanentemente actualizada y con bases de datos bibliográficas y jurisprudenciales?

3. REGULACIÓN *VERSUS* DESREGULACIÓN O EL FALSO DILEMA.

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, “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”¹⁴.

En Estados Unidos la desregulación del medio ambiente se planteó con fuerza en la década de los ochenta. El origen de la preconización reciente de la desregulación ambiental hay que situarlo en la ideología conservadora¹⁵. La desregulación fue uno de los temas dominantes en la campaña presidencial de Ronald Reagan. Se resumía en la máxima de que los controles gubernamentales sólo estaban justificados cuando resultasen necesarios más allá de toda duda y sus beneficios tuviesen mayor peso que sus costos para la sociedad¹⁶. Dicho axioma, como ha puesto de manifiesto LATIN, tuvo consecuencias desastrosas, porque “es usualmente más difícil calcular los beneficios de los programas de protección ambiental que estimar

su costo económico, con lo cual un requerimiento para el análisis formal introduce una sistemática predisposición contra la acción del gobierno”¹⁷.

La plasmación de las ideas de la desregulación en realidad trajo consigo diversos efectos. Así, se redujo el presupuesto de la E.P.A. y se dismantelaron por completo algunos de sus programas, como el control del ruido y se sometió a la misma y sus regulaciones al control de la “*Office of Management and Budget*” (Oficina de Administración y Presupuesto)¹⁸. En el plano más directamente normativo la desregulación tuvo también importantes consecuencias en diferentes “sectores” de la política legislativa ambiental, tales como la contaminación atmosférica, la calidad de las aguas, los residuos peligrosos y el gobierno del territorio. En términos generales la Administración Reagan retiró, relajó o retrasó la ejecución de reglamentos ambientales¹⁹. Desde el punto de vista de la acción normativa la E.P.A siguió lo que se ha denominado una estrategia de “dilación normativa” en temas como la lluvia ácida o la fijación de estándares bajo la sección 112 C.A.A.²⁰.

Pero si la desregulación no es un fenómeno histórico en el sentido de que pertenezca ya al pasado, tampoco es un fenómeno limitado a los Estados Unidos. En Quebec han existido tendencias desreguladoras a finales de los noventa creándose una oficina administrativa de desregulación en 1996²¹. Y aquí el origen de la idea desreguladora no solo proviene de causas ideológicas o es expresión de reformas administrativas que pretendan promocionar la eficiencia; en Quebec la concausa es la descentralización y la regionalización en parte determinada y delimitada por la disminución progresiva de recursos y programas de intervención del Estado²².

La valoración de la desregulación realizada por la doctrina ambientalista ha sido generalmente negativa²³. Junto a los problemas detectados hace una década, hoy habría que situar nuevos. En el

plano doctrinal la defensa de la desregulación, self-regulation o reflexive law siguen teniendo partidarios más (por ejemplo, FIORINO²⁴, siguiendo a TEUBNER) o menos moderados (MEINERS y YANDLE²⁵: la desregulación es la lucha contra la dictadura soviética!²⁶ y debemos volver al *Common law*). También sigue habiendo detractores en esta batalla con sólidos fundamentos (por todos, véanse LESHY²⁷, NESPOR²⁸, LÜBBE-WOLFF²⁹).

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 1995³⁰ 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 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 cuando se consigue esa mejora ambiental³¹; propuestas complejas que dependen de permisos transferibles bajo una incertidumbre científica³², a lo que habría que añadir que la evitación de litigios puede ser una quimera.

Desde luego no deja ser sorprendente que sea la Administración demócrata la que haya elevado a cabo una política legislativa que descansa sobre fundamentos ultraliberales. Como europeo no puedo dejar de manifestar aquí el horror ante un posible transplante imitativo de este tipo de experiencias tan usual en estos tiempos (favorecida por cierto *papanatismo* jurídico-ambiental). Creo que 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 el Projet XL contiene elementos que lo hacen inasumible desde un punto de vista jurídico. Ya decían los romanos que existen cosas fuera del comercio de los hombres, *res extra commercium*. Inicitativas como el Projet XL suponen negociar una potestad soberana fuera del comercio de los hombres. No solo se garantiza la inmunidad frente a demandas (excluidas las citizen suits³³) sino la aplicación de futuras regulaciones. Esto último es ir mas alla de lo posible pues la soberanía no puede ser objeto de contrato. Ni la potestad legislativa ni una madre pueden ser objeto de contrato. Superar los actuales niveles de protección puede ser objeto de recompensa (en Derecho de la U.E. la utilización de una marca de calidad empresarial, EMAS –European Ecomanagment 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 idea humana), no puede negociarse. Obsérvese, que el ámbito del Derecho ambiental, blindar

frente al futuro dado la incertidumbre científica y la movilidad vertiginosa del estado de la ciencia puede ser no solo inconstitucional sino una decisión poco sensata. El principio 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 futuro³⁴. 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. 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. Este 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 ha hecho NASCH, por ejemplo, cuando sostiene la existencia de un conflicto entre los permisos de contaminación transferibles y el principio quien contamina³⁵; MANK, cuando sostiene la necesidad de autorización legislativa para esta clase de iniciativas³⁶; O BREGER cuando sugiere la existencia de problemas (y sus posibles soluciones) de adaptación entre los modelos de *self-regulation* y la A.P.A. (el modelo de Derecho administrativo)³⁷. Ese 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 mas a la adoración de tótems o, cuando es hecho con mayor destreza técnica, a las religiones).

Por lo demás, el impacto de la *desregulación* no sólo debe medirse en términos de batalla ideológica mercado /intervención. La *desregulación/liberalización* impacta sobre la propia estructura técnica del Derecho ambiental o los principios constitucionales: Por ejemplo, SANZ PÉREZ, ha destacado como la sustitución de autorizaciones por el régimen más liviano y en el fondo *desregulador* de comunicación previa puede afectar la autonomía local si es impuesta desde el nivel regional mediante ley (en España, las CC.AA. poseen capacidad legislativa³⁸). 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 instrumentos³⁹. El Derecho ambiental a veces está pensado sobre la base o el presupuesto lógico de una licencia: En España y en general en Europa este el caso de la Evaluación de Impacto Ambiental (en aras del principio de economía del procedimiento sentado por la Directiva CEE 337/1985. Si se evoluciona hacia un régimen de comunicación previa indiscriminado habrá un terremoto procedimental en Derecho ambiental.

Las técnicas de administración informal o acuerdos voluntarios conllevan implícito un peligro de descafeinamiento de la legalidad ambiental. KRÄMER ha dicho que dada la facilidad para influir en la producción de las normas nacionales y comunitarias de los grupos de presión el futuro de dichas técnicas en la Unión Europea es poco

prometedor⁴⁰. Existe una justificada desconfianza sobre esa pléyade de nuevos instrumentos. Hablar de autoregulación, códigos de conductas voluntarios⁴¹, libertad para decidir cuanto contaminar en sustitución del imperio de la ley o como alternativa radical a dicho imperio nos parece cuando menos un exceso. Las grandes empresas no son súbditos en el antiguo régimen; y los ciudadanos y nuestros legítimos representantes (el parlamento) ciertamente no somos Stalin. 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 por sí mismas algunas premisas sugeridas por FIORINO⁴².

Pero en nuestro planeta hablar de desregulación es una visión un tanto eurocéntrica o propia, si se quiere de los países desarrollados. En muchos países, la legislación ambiental o no existe, o no se aplica. En cualquier caso, dos lecciones pueden extraerse del fenómeno desregulador. La primera de ellas es que la legislación ambiental no debe ser excesivamente ambiciosa, pues existe el peligro de que la misma sea considerada un freno al desarrollo económico. La preservación del medio ambiente debe concebirse como un conquista gradual o por etapas para que de esa forma sea asimilada y asumible por la sociedad. A largo plazo puede ser una mejor estrategia un compromiso realista que la prohibición absoluta. Un nivel elevado de protección puede ser sólo un espejismo en el camino hacia el objetivo constitucional de un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona⁴³. La segunda lección es un aviso frente a los peligros del aventurismo en la política legislativa ambiental de cualquier signo.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD AMBIENTAL EN EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO

A) EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO: IMPLICACIONES Y LÍMITES.

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 días⁴⁴. Afirmar el Estado ambiental de Derecho (MONTORO CHINER) no es sólo una apuesta ideológica sino que supone sobre todo importantes consecuencias prácticas⁴⁵. Destacamos dos: La juridificación de los conflictos ambientales y la afirmación del principio de legalidad ambiental.

1. *La juridificación de los conflictos ambientales.*

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 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 privada⁴⁶. 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 misma⁴⁷. La S. 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. Existen múltiples fundamentos: Por ejemplo, ESTEVE PARDO ha apuntado la necesidad del respeto no sólo de las normas sino de los estándares técnicos y sus avances⁴⁸.

2. *La afirmación del principio de legalidad ambiental.*

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 administrativa⁴⁹. 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 inculpa 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 libertad 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 3ª, Sección 3ª, Ponente MENÉNDEZ PÉREZ (f. d. dcho. 4º) 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”. 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 de las declaraciones de impacto Ambiental, las SSTSJ de 20 de junio de 1997, Ar. 2172, Ponente GÓMEZ CÁCERES, TSJ de Canarias, Sala de Las Palmas)⁵⁰.

En fin esto es lo que ordenamientos anglosajones como el de Estados Unidos se conoce *como arbitrary and capricious standard* under A.P.A⁵¹.

B) LA NORMA AMBIENTAL EN EL ESPACIO Y TIEMPO: ULTRATERRITORIALIDAD DE LAS NORMAS AMBIENTALES Y LA RETROACTIVIDAD DE LA NORMA AMBIENTAL.

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 donde 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 desapoderamiento. 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 a las 200 millas–? Piénsese que el problema no es teórico pues, por ejemplo, puede 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. j. j. 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 Mar⁵²) 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, pero ello no obsta la existencia de competencias (por ejemplo en materia espacios protegidos salvo que sean parques nacionales). 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.

Recientemente una sentencia del Tribunal constitucional, la STC 38/2002, de 14 de febrero de 2002 ha reafirmado estas consideraciones. El Estado impugnaba normativa autonómica en relación con el Parque natural del Cabo 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 (F.j. núm 6)

Estos problemas son menores a la hora de examinar la posible ultraterritorialidad de las normas ambientales entre Estados. Porque la paradoja que puede construirse son falsos microestados ambientalmente puros rodeados de injusticia y ponzoña. Ojos que no ven corazón que no siente dice el refranero español: si no vemos los residuos, la biodiversidad destruida, etc., nuestro corazón no siente aunque estemos arrancando el corazón al planeta. Este problema unido al comercio internacional es la batalla entre *dumping* ambiental/ libertad de comercio: Uno no de los mayores desafíos del Derecho ambiental de nuestros días.

Este loable objetivo de ultraterritorialidad ha estado presente en la legislación ambiental de Estados Unidos chocando su judicialización con el dogma del standing⁵³. Como es sabido en *Manuel*

LUJAN, Jr, *Secretary of the Interior, Petitioner V. Defenders of Wildlife et al.*, sentencia dictada del 12 de junio de 1992, se enjuiciaba la impugnación de un reglamento promulgado por el Secretario del Interior interpretando la sección séptima, apartado (a) (2) §7 de la *Endangered Species Act* de 1973 (16 U.S.C §1536), a los efectos de dilucidar si dicha ley es aplicable sólo a actuaciones dentro de los Estados Unidos y en altamar o si también lo es a actuaciones en otros países (fuera de los Estados Unidos).

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 art. 30 del Tratado de Unión (versión Amsterdam), aunque como recuerda KRÄMER el TJCE, hasta ahora ha resuelto en sentido contrario declarado invalida 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); Asunto 172/82, *Inter-Huiles*, rec. 555 (1983) y 118/86, *Nertsvoederfabriek*, Rec 3883 (1987), respectivamente)⁵⁴. 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))⁵⁵.

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 art. 30 solo justifica medidas nacionales para el propio territorio⁵⁶. Aduce como razones el principio de cooperación y la prohibición de interferencia en la soberanía así como la prohibición de interferencia existente en 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 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 hace legítimo como principio de política nacional ambiental la limitación de exportación de residuos a otras regiones o países⁵⁷. 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 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 el mismo ambiente planetario. Creo también que todo conflicto jurídico debe estudiarse la jerarquización de los valores en presencia. La libertad de comercio se nos antoja de rango inferior a la protección ambiental⁵⁸. Pero también es cierto que para que esa prevalencia sea efectiva debe existir una estructura jurídica que los 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 internacional⁵⁹. Una actuación unilateral sólo es pensable en ausencia de acción multilateral. La falta de marcos multilaterales es el verdadero problema de raíz. Creemos que esto es justamente lo que falta: marcos estructurados multilaterales efectivos ya siguiendo el modelo NAFTA o europeo, o lo que parece mejor, mezclando ambos a la vista de los éxitos y fracasos de dichos modelos apuntados por ESTY y GERANDIN⁶⁰, pero desde una inexcusable armonización. 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 standardization mediante ISO standards mínimos e incluyendo obligaciones substantivas⁶¹.

De otra forma la destrucción ambiental está asegurada. Una última prevención debe ser expresada, sin justicia ni solidaridad entre los pueblos de la tierra todas estas disquisiciones carecen a nuestro juicio de sentido y, sobre todo, de *legitimidad*. ¿Es legítimo que países desarrollados impongan estándares de protección del medio ambiente a países subdesarrollados donde las personas mueren por las calles? 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 reducirse⁶². 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. Por ejemplo, la limitación de actividades peligrosas y su implantación en exterior (residuos, energía

nuclear) o exportación de productos peligrosos (como pesticidas). Es decir no desear para un país subdesarrollado lo que no se quiere, se prohíbe o no se tolera legalmente en el propio con acreditada dañinidad o peligro. Pero la prueba definitiva de la necesidad de marcos multilaterales es la ineffectividad 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 de un marco internacional coordinado es obvia ¿también de una autoridad administrativa con poderes reguladores? *La paz perpetua*. La promoción de la justicia entre los pueblos de la tierra, la lucha contra la pobreza y la marginalidad son objetivos prioritarios y base de futuras ordenaciones globales del medio ambiente. Otra metodología nos lleva al caos actual, donde la pobreza es el motor del uso irracional de los recursos naturales.

De cara al exterior, la propia Unión Europea ha establecido normas ultraterritoriales prohibiendo importar pieles de focas o marfil (Directiva 83/129, Reglamento 2496/1989). También existen tratados como las Convención de Lomé de 15 de diciembre de 1989 suscrita ex antiguo art. 238 TUE (tratados de asociación, Associations agreements) que prohíbe la exportación de residuos desde la Unión Europea. De hecho, la Unión Europea a través de medidas unilaterales y sus acuerdos internacionales ha adoptado un gran número de medidas para preservar el non-domestic environment⁶³. En ausencia de medidas comunitarias cabe la actuación unilateral de los Estados miembros, con el pequeño problema que esos productos importados por el Estado miembro están sujetos a libertad de circulación no pudiendo ser prohibida su circulación por el Estado que adoptó la medida unilateral⁶⁴.

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 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 16 de abril de 1981, Ar. 1850; 1 de septiembre de 1988, Ar. 7212; STS de 22 de abril de 1991, Ar. 3514, f. de Derecho quinto y f. de Derecho cuarto 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, f. de Derecho cuarto, *–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 2ª, 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 2ª, Ponente MONTERO FERNÁNDEZ. El supuesto de hecho es una actividad ejercida con licencia de apertura que a la postre se revela como generadora de contaminación acústica. Tras el intento infructuoso del Ayuntamiento de San Fernando para que la actividad se ajuste al ordenamiento mediante la insonorización se decreta el cierre provisional de la actividad. El TSJ de Andalucía va a respaldar la actuación municipal de forma contundente en el f. de dcho 4 de esta sentencia. En la misma línea se pronuncia el f. de dcho 3º 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 REPOL-YPF⁶⁵:

Las leyes ambientales suelen no obstante incorporar previsiones de adaptabilidad a dificultades inherentes a su puesta en marcha. Esta flexibilidad la imponen 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 implante), 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 ente sentido que la 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 Technnology

(B.A.T).El Estado social lleva implícito ese poder transformador pues de otro modo ese deber de transformación de la sociedad (deber que España ostenta rango constitucional sería de imposible realización). Veamos ahora algunos ejemplos en el Derecho de la U.E. Quizá el mas 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 2007⁶⁶. 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. Existen otros supuestos de falsa retroactividad como lo relativo a descontaminación de suelos. Creo que estos son más supuestos de procedimiento innovado 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).

IV. TENDENCIAS DE EVOLUCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL Y SUS INMEDIATOS RETOS.

El mundo de las tendencias es especialmente complejo. En el Derecho ambiental los cambios que se están produciendo posiblemente sólo hacen ver al observador una foto fija de lo que ocurre. El Derecho ambiental como Derecho especialmente apegado a la realidad planetaria está poderosamente influido por el hecho social, económico, tecnológico y cultural. Las predicciones quedan a los

futurólogos. Cabe pensar en un ejemplo optimista: Si la mayor causa de la degradación ambiental hoy es el problema energético ¿Qué ocurrirá si un día la humanidad cuenta con una fuente limpia e inagotable de energía como la fusión nuclear? Obviamente se transformarían los objetivos del Derecho ambiental dirigiéndose hacia la protección de la biodiversidad, el medio ambiente urbano y sus problemas (residuos, ruido,) y la utilización racional de los demás recursos naturales. Incluso si hay energía de fusión (u otra) siempre existirá Derecho ambiental reorientando sus objetivos. Pero esto puede ocurrir del mismo modo por causas culturales, por la presencia de nuevas ideologías; por una mayor desarrollo cultural y justicia entre los pueblos de tierra (soñemos!!), etc. Podemos hablar de tendencias internas y externas (globalización e integración en ámbitos supranacionales como la U.E. del Derecho Ambiental, que ya está provocando un auténtico surgimiento de un verdadero *ius commune* ambiental (SEERDEN); de tendencias estructurales del propio Derecho ambiental (la constitucionalización, codificación, globalización, desregulación, etc.); técnicas (de técnica jurídica, de organización administrativa), etc. Debe advertirse que las tendencias en Derecho ambiental son especialmente complejas. Es innegable la tendencia desreguladora ya examinada pero dicha tendencia no es universal en todos los campos del Derecho ambiental. Desregulación no significa desregulación en todos los campos, y mucho menos, despublicación universal. Y esta realidad es acertada desde el punto de vista del deber ser. Tiene razón SALVIA cuando afirma que una sociedad compleja como en la que vivimos no todos los sectores de la economía y de la sociedad son gobernables siguiendo una misma lógica⁶⁷. Así, por ejemplo, en materia de agua la escasez del recurso ha impulsado en los últimos años una tendencia a la publicación del recurso “demanilización”

que hace prevalecer la noción de comunidad sobre los derechos individuales⁶⁸. Pero paradójicamente esta publicatio del recurso es simultanea a una privatización de los sistemas de distribución de agua potable, o de saneamiento de las aguas residuales o la introducción de mercados del agua⁶⁹.

Por eso, hacer una predicción de cuales van a ser las tendencias futuras de estructuración técnico-jurídica del Derecho ambiental quizá sea algo aventurado. Es preferible centrarse en lo actual y estudiar cuales pueden ser las pautas de mejora. Viendo las actuales transformaciones y sus causas nos podemos acercar a una fracción de futuro. Este análisis no es infrecuente en la doctrina especializada. Hagamos un breve repaso por las aportaciones más sugestivas o recientes producidas en este ámbito (WINTER, Di MENTO, DUNOFF, DELL' ANNO, ESTEVE PARDO, MONTORO CHINER, HUFFMAN, YOST).

WINTER parte de la necesidad de alteración sustancial del Derecho ambiental para hacer frente a nuevas amenazas (por ejemplo, la fijación de valores máximos en las normas ambientales no responde a la diversidad de organismos, pudiendo carecer de base científica; los estándares de seguridad son fundamentalmente técnicos y suelen marginar el error humano)⁷⁰. Sus propuestas fundamentales son tres: 1) el establecimiento de límites de tolerancia más sensibles⁷¹; 2) la introducción de estándar tecnológicos con énfasis en la tecnología “blanda” –soft technnology– ; y, 3) análisis de beneficios. En definitiva, como en el principio de los tiempos, “todo el Derecho debe convertirse en Derecho ambiental”⁷². En el ámbito del Derecho internacional ambiental, DUNOFF ha sugerido la necesidad de enfocar dicho Derecho a los problemas ambientales del sur, en vez de la actual preponderancia de la “North agenda”, la

creación de mecanismos para representación de intereses no representados o subrepresentados actualmente en aras de una correcta comprensión de la globalización⁷³. Una propuesta omnicompreensiva es, sin duda, la realizada por Joseph Di MENTO, basada en una acción que convine estrategias educativas; tecnológicas; de restructuración interna de las empresas (creando ombudsman encargados de recoger notificaciones de forma anónima de los empleados a los directores de las empresas); estrategias de colaboración normativa, dando la posibilidad de participación de las empresas en la actividad legislativa; estímulos económicos; equity fines– ampliaciones del capital de las empresas cuya titularidad se atribuya a fondos de compensación para las víctimas–; pass-thorough fines, publicidad de las multas, etc.⁷⁴.

SALVIA apunta un giro fundamental en el Derecho ambiental de la mano del principio de prevención afirmado en la Declaración de Río. El Derecho ambiental va ser más proclive a las prohibiciones y vetos de actividades dañosas sobre las que exista incertidumbre científica en cuanto a sus efectos⁷⁵. DELL' ANNO, ha detectado una tendencia a la ampliación de la base subjetiva de incidencia de la política ambiental, en virtud de su transformación de una disciplina de comportamientos de categorías definidas de contaminadores a un complejo de instrumentos reguladores que incluye los comportamientos colectivos difusos (normas sobre consumo energético, sobre el tráfico urbano, los residuos, sobre el empleo de determinados productos como los pesticidas, detergentes, plásticos, etc....)⁷⁶. Tendencia que es innegable, como el protagonismo creciente de sujetos colectivos a los que se reconoce un status singular (señaladamente, las asociaciones ecologistas) tanto en la legislación nacional (señaladamente Francia e Italia⁷⁷) como internacional⁷⁸. También es certero, al menos en

parte, el diagnóstico de HUFFMAN, pues describe fielmente que es lo que está pasando en Derecho ambiental: predice un futuro mantenimiento de la clásica *command and control regulation*, la descentralización progresiva y unida a ella una continua expansión de los mecanismos del mercado basados en su menor costo, y una creciente internalización⁷⁹. En este difícil campo de los pronósticos CUDAHY, que coincide en esto con DELL'ANNO, cree que el próximo siglo se caracterizará por un abandono de los esfuerzos de regulación de detalles ambientales, y que serán desarrollados diseños para promover modelos de vida que muestren armonía ecológica⁸⁰.

Creo también certero el horizonte trazado por ESTEVE PARDO⁸¹ que pronostica la estandarización del Derecho ambiental pero bajo una deseable supervisión de los poderes públicos. Esta interrelación apuntada por ESTEVE PARDO como tendencia imparable impactará los ordenamientos jurídicos y el propio sistema de normalización extendiendo sus consecuencias a la responsabilidad por daños ambientales. Y desde luego, desde un punto de vista estratégico, no puede dudarse, que el camino es la construcción de un estado ambiental de Derecho (MONTORO CHINER), pues como dice ella, “el próximo siglo será el siglo del estado ambiental de Derecho, o no será siglo”⁸². Muy interesante es la metodología de YOST que se centra más que encontrar recetas mágicas que pueden no existir en identificar los problemas que deben resolver los nuevos instrumentos formulando al efecto un test de 14 preguntas (por ejemplo; es preventivo el enfoque o es reparador?, reduce el costo del control de contaminación?, transfiere a otro medio la contaminación en lugar de controlarla?, etc.⁸³).

En cualquier caso parece necesario que manifestemos cuál debe ser a nuestro juicio la dirección correcta de estructuración⁸⁴. Si el problema fundamental del Derecho ambiental en muchos países es su falta de eficacia real, las líneas futuras deben orientarse a mecanismos que garanticen la efectiva aplicación del mismo.

Tres elementos deben ser las bases de la futura actuación desde una fuerte educación ambiental como premisa: el reforzamiento de los medios de inspección y policía⁸⁵, los instrumentos de promoción ambiental (estímulos económicos de todo tipo, impuestos y tasas ecológicos, subvenciones, etc.) y coacción (responsabilidad, delito ecológico, sanciones administrativas); y, por último, la participación⁸⁶. Los instrumentos económicos ciertamente garantizan la efectividad de los resultados que se pretenden por llevar implícitos los medios necesarios para la consecución de los fines que postulan. Las propuestas de reforma del Derecho ambiental sobre la base de la intensificación de los incentivos han tenido una amplia acogida en la doctrina ambientalista americana (STEWART, REILLY, ACKERMAN, REITZE)⁸⁷. No se sugiere que se proceda a una adopción de la tesis desreguladora, opción que descartamos por reduccionista⁸⁸.

La adopción de instrumentos económicos ha estado en el punto de mira de la Comisión Europea, que contempló, en el apartado ii, del punto 31 del Quinto Programa de Acción, la adopción de instrumentos de mercado “dirigidos a sensibilizar a fabricantes y consumidores para que consuman los recursos naturales con responsabilidad y eviten la contaminación y los residuos, y ello mediante la inclusión de los costes ambientales externos (a través de la aplicación de incentivos y elementos disuasorios económicos y fiscales, de responsabilidad

civil, etc.) con el objeto de fijar correctamente los precios, de modo que los bienes y servicios menos nocivos para el medio ambiente no se encuentren en el mercado en una situación desventajosa frente a competidores que contaminan o despilfarran recursos”. Los instrumentos económicos no deben contemplarse como una panacea para la solución de todos los problemas. Decíamos al abordar la alternativa desreguladora que no nos parecía acertado trasplantar dichos esquemas (en su acepción más pura hoy trasnochados). Cosa distinta es no aceptar la enseñanza positiva de fenómeno. Los “desreguladores” han tenido el indudable mérito de señalar las deficiencias de una legislación excesivamente burocrática, centralizada y opaca a las inquietudes sociales y otros valores en conflicto. A este nada despreciable mérito habría de añadirse la apertura de la estructura oxidada del Derecho ambiental pionero hacia nuevos instrumentos (EMAS, Ecolabel como una realidad en marcha ya en la Unión Europea). ¿Por qué no combinar los efectos benéficos de ambas tendencias de estructuración técnico–jurídica del Derecho ambiental⁸⁹ siempre que ello sea posible jurídicamente? Command and control y self–regulation por otro lado no son alternativas sin relación alguna entre ellas. Se ha dicho con razón (DRIESEN) que, de hecho, no existe ninguna razón económica para que un contaminador se integre en un sistema de permisos transferibles en ausencia de una capacidad gubernamental creíble de imponer un tradicional sistema regulatorio⁹⁰. Su introducción no puede llevar a la desaparición de la Administración ambiental, ni de los controles o inspecciones. Las tasas o impuestos, por ejemplo, exigen un administración ambiental que las implemente: cobrándolas, regulando las condiciones y características de los vertidos, sancionando incumplimientos, invirtiendo en medio ambiente las cantidades recaudadas (sólo así son verdaderos impuestos ecológicos). Esto no es necesariamente más

barato ni más simple de administrar –*solo es un modo distinto de administrar*–. Si además es más eficiente (socialmente, ambientalmente y económicamente) entonces su uso está plenamente justificado.

En cualquier caso, dicha introducción de mecanismos diversos deberá ser realizada, obviamente siempre analizando caso por caso⁹¹ y no como una solución absoluta y ablatoria del sistema de Derecho ambiental existente, sin renuncia de potestades soberanas ni de principios jurídicos o valores constitucionales, y desde luego, teniendo en cuenta su impacto sobre el Derecho ya existente. Una última condición falta. Que la aplicación de dichos instrumentos no sea coartada o “mascarada para el privilegio”. Recientemente los ministros alemanes y británicos de medio ambiente (Jürgen TRITTIN y Michael MEACHER) ha propuesto –expresando la opinión de UE– la fijación de límites para utilizar los mecanismos de KIOTO, con el fin de que cada Estado industrializado alcance por los menos la mitad de la reducción de las emisiones con medidas adoptadas en su propio país y la limitación y concreción en el empleo de sumideros⁹². Estas propuestas demuestran que la utilización de instrumentos de mercado puede ser en Kioto la coartada para la relajación de deberes antes que mecanismos que con menor costo consigan los mismos objetivos ambientales. Y esta sospecha hace o puede hacer perder la legitimidad a dichos instrumentos (desde luego, la legitimidad moral). Por eso, la utilización de dichos instrumentos tiene a mi juicio que cumplir un ulterior requisito: su utilización no debe de ser coartada para la relajación de la protección ambiental conquistada o a conquistar. Y el que los utilice tiene la carga de la prueba. Como cualquier sistema de protección ambiental los instrumentos de mercado no son ni buenos ni malos, su bondad o maldad depende de su concreto uso. Sin corrección los mecanismos

de Kioto son insolidarios (y según los Ministros Jürgen TRITTIN y Michael MEACHER, además ambientalmente insuficientes pues las emisiones, según su planteamiento actual podrían subir un 20% en vez de disminuir un 5%. Cuando dos ministros de dos países industrializados son los que defienden esto “algo huele a podrido en Kioto” . Desde luego, esta es la clase de ministros de medio ambiente que nuestro planeta necesita.

En un estado carencial (esta es la realidad la inmensa mayoría de países), sin los recursos imprescindibles para ejecutar el Derecho no se puede pretender que esté alcance por sí sólo sus objetivos. A escala global debe advertirse que premisa previa del Derecho ambiental es la justicia, la lucha contra pobreza y marginalidad. Las sociedades que tienen y padecen graves problemas de supervivencia contemplan usualmente la protección ambiental como un lujo. Sin justicia, democracia y respeto de todos los derechos humanos hablar de ambientalismo a escala global es obviamente una entelequia.

Sin el reforzamiento de los medios materiales (dispositivos y redes de vigilancia) y un cuerpo de agentes del medio ambiente es imposible hacer respetar los estándar de emisión de ruido, contaminación atmosférica o protección de la biodiversidad. La alternativa entonces no es otra que reforzar la Administración ambiental, y en tanto que no sea capaz de implementar y hacer cumplir las normas ambientales, subvencionar y estimular positivamente a los sujetos obligados a su cumplimiento. En este proceso la Sociedad en su conjunto no debe de quedar marginada, de ahí la importancia de realzar las técnicas de participación en el proceso de toma de decisiones relativas al medio ambiente. 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 de quedar reducida a sus formas tradicionales como la información pública⁹³. En el Derecho comparado hay instrumentos que deben inspirar futuras actuaciones legislativas. Deben de 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 periciales⁹⁴. 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 25 de abril de 1985⁹⁵. También debe destacarse la figura de los citizens advisory board (As a generic description, a citizens advisory board is selected by a sponsoring agency (or other entity whose actions are at issue) from among citizens who are interested in or are in some way affected by the agency)⁹⁶.

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 sistema⁹⁷. Ha dicho OMURA que la globalización impone que los ordenamientos jurídicos sean permeables a la participación para restar autoritarismo y burocracia tradicional⁹⁸ (y este problema no se reduce a Japón, sino que es más bien universal)⁹⁹. En verano de 2000 he tenido la oportunidad directa de comprobar en la práctica estas necesidades con ocasión de la realización de un dictamen por la construcción de un autopista. Es

un poco triste pensar que si cincuenta propietarios afectados no se hubieran puesto de acuerdo en contratarnos nadie se hubiera opuesto a la decisión administrativa que vulnera en bloque la legislación ambiental y en particular la relativa a la evaluación de impacto ambiental (al menos esta la opinión por mi sostenida en el dictamen). La implementación del Derecho ambiental requiere efectivos sujetos contrapoder que exijan el cumplimiento de la legislación ambiental. Sin ellos, las evaluaciones de impacto ambiental son puras quimeras. Debe evolucionarse desde la mera posibilidad teórica de participación hacia la efectiva participación respaldada presupuestariamente con capacidad para contrarrestar técnicamente las grandes decisiones burocráticas con incidencia en el medio ambiente. Desde esta misma limitada experiencia que me dado la práctica, estoy convencido que el Derecho que no es coercible no es Derecho. La conversión hacia el ecologismo de los empresarios suele ocurrir no tras la caída del caballo sino tras un fuerte susto jurídico. Por eso, el futuro del Derecho ambiental está ligado a leyes de responsabilidad –muy probablemente unidas al desarrollo de la contabilidad ambiental¹⁰⁰ y sobre todo a la expansión del delito ecológico y las sanciones administrativas con una función real y no meramente simbólica. Esto en la España del año 2002 ya es una realidad, pues el incremento estadístico de los delitos perseguidos y condenados es espectacular. Tan espectacular como la mejora ambiental que esta decida política legislativa está deparando ya.

La incorporación de técnicas e instrumentos con fundamento en el mercado, tendencia hoy imparabable, debe ser consciente de las limitaciones del mismo como instrumento de regulación. Si el problema fundamental, como dice LATIN, es la generación de un adecuada transparencia que permita la elección ambiental al consumidor, el Derecho está obligado a la implantación de esos

mecanismos de transparencia (etiquetado verde o ecológico, Ecoauditoría, productos ecológicos, etc.,). Si el mercado es incapaz de generar transparencia, ésta deberá imponerse de forma coactiva. Los productos deben no sólo expresar su inocuidad sino también su potencial dañinidad. Si el tabaco usualmente advierte de los peligros que genera para salud ¿Por qué no pensar en su sistema que identifique la dañinidad ambiental de los productos (por ejemplo, en una escala de 1 a 10, explicando el significado de dicha escala en el propio etiquetado del producto)? La “democracia” del consumo responsable expulsaría del mercado a las empresas ambientalmente indeseables.

Pero esto es *microderecho* ambiental. Puestos a soñar cabe pensar en un verdadero Tribunal Internacional del medio ambiente¹⁰¹ con jurisdicción planetaria sobre problemas transfronterizos y ejecutividad directa de sus fallos (con fuerza coercitiva llegado el caso). Un Tribunal Internacional cuya misión fundamental sea ser el guardián de los convenios y tratados en la materia, donde cualquier Estado pudiera ser demandado por otro Estado, o por ciudadanos y asociaciones ecologistas. En tanto que este kantiano objetivo se hace posible debe constituirse por los países una red de ordenamientos jurídicos que permitan parecidos resultados desde la estructuración de sus ordenamientos sobre el reconocimiento del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Un conjunto coordinado o sistema de microderechos ambientales puede producir resultados parecidos. También cabe pensar en un auténtico fondo mundial ambiental con personalidad jurídica para demandar por daños ambientales a *res nullius* o *communes omnia*, y dotado presupuestariamente para actuaciones de restauración y promoción ambiental allí donde sea necesario, incluyendo la adquisición propiedades en áreas sensibles de titularidad mundial. ¿ Por

qué no pensar en un tributo ambiental mundial, progresivo para los países ricos para nutrir dicho Fondo (por ejemplo un 2%, un 3% del PIB)? La realidad de este fondo es la atribución de recursos significativos y un estatuto jurídico que merezca tal nombre por convenio internacional. Dicho de otra forma, dótese de recursos realmente significativos y altérense y refuércense las funciones del fondo existente ya en estos momentos. Es preciso invertir en futuro. De esto es de lo que estamos hablando. No sólo las normas deben adecuarse al objetivo de la integración, también la política ambiental nacional y mundial deben ser integradas.

El reto que la humanidad tiene planteado no es sencillo. De hecho si no cambian mucho las cosas tenemos pocas oportunidades de legar a nuestros descendientes un lugar tan bello como el que nosotros hemos conocido. Como punto de partida la soberanía, la propia estructura de la sociedad y el Derecho internacional, y, en definitiva, el egoísmo de los Estados y de los individuos, nos dirige hacia una dinámica de autodegradación impulsada por el beneficio económico a corto plazo (efecto invernadero, recursos pesqueros y degradación del ambiente marino, reducción de la biodiversidad, deforestación, desertificación son testigos de cargo en esta acusación). Creo, sin embargo, que hay espacio para el optimismo. Bien es sabido, que la humanidad es capaz al propio tiempo de lo peor y mejor. Es hora de que todos mostremos ese lado bueno de la humanidad y reaccionemos en consecuencia. Debemos comenzar sin demora la construcción de un Estado Ambiental de Derecho, justo y solidario primero a escala nacional y después a escala mundial.

NOTAS

- 1 En otras ocasiones se prefiere la utilización de otras terminologías. En la doctrina alemana se propugna la expresión “Derecho ecológico” (*vid.* el artículo de Albin ESER publicado bajo ese mismo título, en la “R.D.P.”, traducción por De la Cuesta Arzamendi y Sanz Morán, núm. 100-101, julio-diciembre 1985, pp. 603-652).
- 2 A esta perspectiva responde, por ejemplo, el concepto de Derecho ambiental elaborado por RODGERS, autor que concibe éste como “el Derecho del Gobierno planetario” (*Vid. Environmental Law*, West Publishing Co, St Paul, Minnesota 1977, p. 1); WINTER lo define como el Derecho que regula nuestra relación con la naturaleza entendida al mismo tiempo como el mundo a nuestro alrededor y la propia naturaleza que llevamos dentro de nosotros mismos “the Law regulating the relationship of us to nature, understood both as the world around us and as the nature we carry within ourselves” (*Perspectives for environmental law -Entering the fourth phase*, “Journal of Environmental law”, Vol. 1, n°1, 1989, p. 38); HUGUES, define el Derecho ambiental como “el Derecho relativo al uso, protección y conservación de los tres elementos del medio (tierra, aire, agua)” (*Environmental Law*, Third Edition, Butterworths, London 1996, p. 3). En España, en parecida posición, se sitúan PÉREZ MORENO y MARTÍN MATEO (*vid.* respectivamente *Reflexiones sobre la sustantividad del Derecho ambiental*, “R.A.P.” núm. 100-102, enero-diciembre 1983, p. 2786 y *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Ed. Trivium S.A., Madrid 1991, p. 89). ORTEGA ALVAREZ cree que el Derecho del medio se caracteriza por la finalidad de sus normas y porque este nuevo enfoque finalista ha propiciado la aparición de principios propios que se imponen precisamente para hacer posible el cumplimiento de estos fines (*Lecciones de Derecho del Medio ambiente*, ed. Lex Nova, Valladolid 1998, pp. 49-50).
- 3 *Cfr.* Art 41 de la Constitución argentina, introducido por la reforma de 1994 (“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, y tienen el deber de preservarlo”) (Constitución de la Nación Argentina, 5ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires 1995, p. 62). Al respecto, puede verse LAGO, *La réforme de la Constitution argentine et la reconnaissance du droit de l’homme à l’environnement*, “R.J.E.” 1998, n°1, pp. 49-59.

- 4 Para una visión de Derecho constitucional comparado véase el número 4, 1994 de la revista "R.J.E", con referencias a Brasil, Italia, España, Grecia, Holanda, Reino Unido, Portugal y Alemania; también véase MEZZETI, *La costituzione dell'ambiente nel diritto comparato: modelli normativi, organizzazione amministrativa e situazione giuridiche soggettive* en *I Diritti della Natura, Paradigmi di giurificazione dell'ambiente nel diritto pubblico comparato*, CEDAM, Padova 1997, pp. 1-22.
- 5 Para una visión crítica véase DEHARBE, *Les ambiguïtés de l'approche intégrée de la pollution des milieux récepteurs: la directive n° 96/61/CE du Conseil de l'Union européenne du 24 septembre 1996*, "R.J.E" n° 2, 1998, pp. 171-185.
- 6 En el volumen colectivo *I Diritti della Natura, Paradigmi di giurificazione dell'ambiente nel diritto pubblico comparato*, CEDAM, Padova 1997 puede verse una descripción de los ordenamientos ambientales de Italia, España, Francia, Portugal, Gran Bretaña, Sudáfrica, Australia y Japón. Sobre Derecho comparado ambiental véanse: SEERDEN & HELDEWEG, *Comparative Environmental Law in Europe, An introduction to Public Environmental Law in Europe in the EU member States*, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 1996; CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Fondazione Lombardia per l'Ambiente-CEDAM, Padova 1997, etc..
- 7 MARTIN MATEO cita Suecia, Gran Bretaña, Portugal, Colombia, México y Brasil entre los países que han adoptado leyes generales sobre el medio ambiente (*Vid. Tratado de Derecho Ambiental*, Volumen I, *cit.*, p. 73).
- 8 *La protezione de la Natura nell'ordinamento Giapponese* en *I Diritti della Natura*, *cit.*, pp. 361-364.
- 9 DAVIES, *Some thoughts on implementing integration*, "Environmental Law", Vol. núm. 22, núm. 1, 1992, p. 140.
- 10 MALAFOSSE, *La codification de l'impossible; du Code rural au Code de l'environnement*, *Extrait de Revue française de droit administrative*, núm. 6, 1990; PRIEUR, *Droit de l'environnement*, segunda edición, *cit.*, p. 12.
- 11 BABADJI, *cit.*, p. 11, nota núm. 7. A fines de 1999 el Parlamento de Francia encomendó al Poder Ejecutivo que proyectase la codificación de su legislación ambiental (Ley 1071 del 16 diciembre de 1999 art.5). Cumpliendo ese mandato base el Poder Ejecutivo elaboró un proyecto de código ambiental ordena y sistematiza legislación preexistente en casi un millar de artículos con el contenido siguiente: El Libro I norma, en una parte general, el acceso a la información, la participación ciudadana, los estudios de impacto ambiental, las instituciones ambientales de competencia transversal y las asociaciones de protección ambiental. El Libro II el agua y el aire. El Libro III la protección de los espacios naturales. El Libro IV la protección de fauna y la flora silvestre. El Libro IV la prevención de la contaminación, los riesgos y las molestias. Asimismo, reproduce textos de otros cuerpos jurídicos. Para no lesionar su integridad y la homogeneidad dispone que cuando el Parlamento modifique esos textos, también se considerará modificado en ese sentido el propio texto del código (artículo 3). El Parlamento lo tiene a estudio. (Mario f. Valls, <http://www.eldial.com/suplementos/ambiental/notaspublicadas/00021.asp>)
- 12 MESENBURG & TARRÉS VIVES, *La Ley alemana de protección frente a inmisiones y las perspectivas de transposición de la Directiva 96/61/CE al ordenamiento jurídico alemán*, "Revista de Derecho Ambiental", núm., 23 1999, pp. 128-129.
- 13 *Cfr.* KISS & SHELTON, *Manual of European Environmental Law*, Grotius Publications Limited Cambridge, 1993, pp. 49 y 478).
- 14 *Administrative Law in a Global era*, *cit.*, pp. 44-45.
- 15 Aunque el fenómeno se haya manifestado en la década de los ochenta, ya DALES en su libro *Pollution, Property and Prices* en 1968 mantuvo ideas similares respecto al tratamiento jurídico-económico de la contaminación (*Vid.* ANDERSON, MANDELKER, TARLOK, *Environmental protection: Law and policy*, second edition, Little, Brown and Company, Boston 1990, p. 72).
- 16 *Masquerade for privilege: Deregulation undermining environmental protection*, "Washington and Lee Law Review", Vol. 45, Summer 1988, núm. 3, p. 132.
- 17 LATIN, *Environmental deregulation and consumer decisionmaking under uncertainty*, "Harvard Environmental Law Review", Vol. 6, núm. 2, 1982, p. 188
- 18 WEINBERG, *op. cit.*, pp. 1322-1323.
- 19 LATIN, *ibidem*. Proponiendo una redefinición en el campo del Derecho ambiental del análisis coste beneficio y señalando su límites véase RODGERS, *Benefits, Cost, and risks: oversight of health and environmental decisionmaking*, "Harvard Environmental Law Review", Vol. 4, nº1, 1980, pp. 191-226. Proponiendo la superación de dicho análisis por costoso e ineficiente en el largo plazo, véase DRIESEN, *The societal cost of environmental regulation: beyond administrative cost-benefit analysis*, "Ecology Law Quarterly", Vol.24, nº 3, 1997, pp. 545-617.
- 20 WEINBERG, *op. cit.*, p. 1324. Este precepto ordena la delimitación de los contaminantes atmosféricos peligrosos. Dicha regulación fue congelada.
- 21 GRANDBOIS, *Les nouvelles orientations du Droit de L'environnement au Quebec*, "R.J.E.", nº 3, 1999, pp. 417-429.
- 22 GRANDBOIS, *cit.*, pp. 418 y 428.

- 23 Según LATIN, la alternativa que supone la desregulación confiando al mercado la ordenación de lo medio ambiental es negativa. La toma de decisión del consumidor no siempre tiene en cuenta las repercusiones ambientales de ésta, pues tal conciencia sólo se produce en el consumo ambiental directo. LATIN cree que el remedio para la regulación ambiental ineficiente será generalmente “una mejor administración” no una vuelta a la primaria confianza en las transacciones del mercado” (*op. cit.*, p. 190 y 193 a 198). Destaca especialmente en esa crítica WEINBERG que parafraseando al Juez CARDOZO ha calificado la desregulación como “una mascarada para el privilegio” escudada en principios de filosofía económica (*op. cit.*, p. 1343).
- 24 ARIÑO ORTIZ cree que esto es lo que “debería intentarse en España”, recogiendo las ideas acuñadas por el movimiento desregulador en Estados Unidos (*Medio Ambiente: ¿Regulación o mercado?* en AA.VV, *Desarrollo económico y Medio ambiente*, IV Congreso Nacional de Economía, Sevilla 9, 10 y 11 de diciembre de 1992, Ed. Aranzadi, Pamplona 1992, p. 543).
- 25 *Toward a new system of environmental regulation: the case for an industry sector approach*, “Environmental Law”, Vol. 26, nº 2, Summer 1996, pp. 457-489 y *Rethinking environmental regulation: perspectives on law and governance*, “Harvard Environmental Law Review”, Vol. 23, 1999, nº2, pp. 441-469.
- 26 *Common law and the concept of modern environmental policy*, “George Mason Law Review”, Summer, 1999, Vol. 7, pp. 923-963. La idea 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, November 1996, pp. 1407-1489
- 27 Por ejemplo, afirman que “America’s move down the track of central environmental planning is incompatible with personal freedom, with human progress...”. Olvidan estos autores que en Estados Unidos las leyes las hace el Congreso; que la EPA es dirigida por el Gobierno democráticamente elegido; que la legislación ambiental promueve intereses generales de todos los ciudadanos; y que los property right que chocan con dicha legislación no son los de lo que ellos denominan gente ordinaria, sino fundamentalmente los de la industria.
- 28 *Challenges to environmental law*, “Environmental Law”, Vol. 25, nº 4, Fall 1995, pp. 967-972.
- 29 *Mitti dei nostri tempi: la deregulation ambientale e gli Stati Uniti*, “R.G.A.”, nº 6, Novembre-dicembre 1997, pp. 851-859.
- 30 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*, “D.A.”, núm. 235-236, 1993, p. 427-428).
- 31 STEINZOR, *Reinventing Environmental Regulation: The dangerous journey from command to self-control*, “Harvard Environmental Law Review”, Vol. 22, 1998, nº1, pp. 122-140. Junto al XL deben destacarse otros programas. El CSI (*Common sense initiative*); *the Sustainable Industry Project*; y el Environmental leadership Program). Véase también FIORINO, *Toward a new system of environmental regulation...cit.*, pp. 470-476.
- 32 STEINZOR, *cit.*, p. 140.
- 33 STEINZOR, *cit.*, pp. 135-138 y 201.
- 34 STEINZOR, *cit.*, p. 148.
- 35 Suscribimos la conclusión fundamental de STEINZOR hace falta mejorar la información disponible en manos de la Administración ambiental para el control de la contaminación. Esta 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*.
- 36 *Too much market? tradeable pollution allowances and the “polluter pays” principle*, “Harvard Environmental Law Review”, Vol. 24, 2000, nº2, pp. 465-535.
- 37 *The environmental Protection Agency’s projet XL and other regulatory reform initiatives: the need for legislative authorization*, “Ecology Law Quarterly”, Vol. 25, 1998, number 1, pp. 1-88.
- 38 *The firtieyth anniversary of the administrative procedure act. Past and prologue: regulatory flexibility and the administrative state*, “Tulsa Law Journal” Vol. 32, Winter, 1996, pp. 325-353.
- 39 *La Administración local y la protección de la atmósfera. La intervención a través de instrumentos de control preventivo*, Cedecs, Barcelona 1999, pp. 183-186 y 248-249 .
- 40 *En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado*, “D.A.”, 235-236, julio diciembre 1993, pp.50-53.
- 41 vid. *Derecho ambiental y Tratado de la Unión Europea*, *cit.*, p.242, con consideraciones críticas que no tienen desperdicio como diagnóstico del estado actual de cosas.
- 42 Destacando los peligros y los medios de juridificación de estos códigos de conducta véase RACINE, *La valeur*

- juridique des codes de conduite privés dan le domaine de l'environnement*, "R.J.E" nº 4, pp. 409-424.
- 43 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.*, pp. 466-467.
- 44 En la Doctrina Americana SAGOFF ha expuesto con brillantez este dilema (*The Principles of Federal Pollution Control Law*, "Minnesota Law Review", Vol. 71, Núm. 1, 1986, p. 95).
- 45 LETTERA, *Lo Stato ambientale*, Giuffrè editore, Milano 1990 y, *Lo Stato ambientale e le generazioni future*, "R.G.A.", núm.2, junio 1992, pp. 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, una 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, pp. 3.437-3.465.
- 46 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.
- 47 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* "A.D.C.", Tomo XLIII, fascículo IV, octubre-diciembre 1990, pp.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, pp. 1141-1173.
- 48 Así, ALBIEZ DOHRMANN, *La protección del medio ambiente o el derecho a contaminar, cit.*, p.1228. Para REHBINDER el sistema es insuficiente y debiera ser superado a través del reconocimiento legal del derecho a un ambiente adecuado "que protegería intereses que no están bajo la exclusiva esfera individual" (*Il danno ambientale come danno economico e giuridico: Repubblica Federale di Germania, en Ambiente, Economia, Diritto*, a cura di Amadeo POSTIGLIONE, Maggioli Editore, Rimini 1988, pp. 216-218). A nivel Europeo con fecha de 9 de febrero de 2000, ha visto la luz el *Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental*, presentado por la Comisión, Bruselas 9-2-2000 COM (2000) 66 final, ISSN 0257-9545, Nº de catálogo: KT-CO-00-66-ESC-C, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, L-2985, Luxemburgo. Dicho documento *ex ante* realiza posiblemente opciones altamente discutibles como la exclusión de los daños ambientales ocasionados por la lluvia ácida siguiendo la jurisprudencia alemana. Lástima que en esto no se haya seguido la jurisprudencia española. Lástima que la Convención de Lugano no sea el punto de partida decidido y que sólo se contemple la adhesión comunitaria matizada como opción posible. Lástima que los daños a la biodiversidad sólo contemplen la *biodiversidad declarada* por la Red Natura 2000.
- 49 *Tecnología, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona 1999, pp. 197-198.
- 50 CORDINI, *Diritto ambientale comparato, cit.*, p. 106.
- 51 Idéntica solución es la existente en Alemania (véase HARTLOFF, *Le contentieux de l'environnement en république fédérale allemande*, "R.J.E.", número spécial, 1995, pp. 95-98.
- 52 *Vease Current trends in judicial review of environmental agency action*, "Environmental Law", Vol. 27, nº 1, Spring 1997, pp. 1-20.
- 53 Sobre esta cuestión existe un brillante estudio de VALENCIA MARTIN, referido a la realidad española bajo el sugestivo título *¿De Quien 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, pp. 3609-3616.
- 54 Al respecto, véase STEUER & JUNI, *Court access for environmental plaintiffs: Standing Doctrine in Lujan v. National Wild Life Federation*, "Harvard Environmental Law Review", Vol. 15 1991, pp. 187-233.
- 55 *Derecho ambiental y Tratado de la Unión Europea, cit.*, pp. 183-184
- 56 ZIEGLER, *Trade and Environmental Law of the European Community*, Clarendon Press, Oxford 1996.
- 57 ZIEGLER, *op. cit.*, pp. 85-88.
- 58 ZIEGLER, *op. cit.*, p. 90.
- 59 Esta 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, 1998, nº2, pp. 189-228.
- 60 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.*, pp. 211-222).

- 61 *Market access, Competitiveness, and Harmonization: Environmental Protection in Regional Trade Agreements*, "Harvard Environmental Law Review", Vol. 21, 1997, nº 2, especialmente, pp. 324-336. Experiencias que en opinión de los citados autores de este estudio deben guiar los pasos de la WTO.
- 62 *Shifting the Point of Regulation: The International Organization for Standardization and the Global Lawmaking on Trade and the Environment*, "Ecology Law Quarterly", Vol. 1995, nº3, pp. 479-539.
- 63 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*, "R.G.A.", nº1, Gennaio-febbraio 2000, pp. 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, pp. 185-234. El largo plazo, el carácter punitivo y no constructivo, y la afección de países y economías débiles son razones de peso desarrolladas en este estudio.
- 64 ZIEGLER, *op. cit.*, pp. 208-219.
- 65 ZIEGLER, *op. cit.*, pp. 215-216. La mejor especialista nacional, SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIAÍN, sintetiza las claves del problema: hasta ahora la jurisprudencia del GATT/OCM ha sostenido que un país podía adoptar cualquier medida ambiental justificada bajo el artículo XX siempre que con ello no pretendiera obligar a otros países a modificar sus propias políticas respecto de personas y cosas situadas dentro de su jurisdicción. Sin embargo, recientemente el órgano de apelación de la OCM ha matizado esta interpretación de modo que ya no se puede defender que el sistema multilateral del comercio prohíba *a priori* las restricciones unilaterales del comercio con fines de protección ambiental. Al menos tres requisitos serían postulables: no discriminación, ofertas de asistencia técnica y financiera si van dirigidas a países en desarrollo, transparencia y consultas con las autoridades responsables de política ambiental (*La Organización Mundial del Comercio (OCM) y la protección del Medio Ambiente*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona 2000, pp. 98 y 167-168).
- 66 Literalmente se afirma: **TERCERO.**-“El hecho de que la Estación de Bombeo gozara en su momento (hace más de treinta años) de las debidas autorizaciones de instalación, no exime a su titular del sometimiento a cuantas normas se vayan dictando en el futuro..... La parte actora admite en su escrito de conclusiones que cuando se concedió la licencia para la construcción de las viviendas próximas no existía normativa municipal sobre condiciones de aislamiento, si bien en la actualidad no satisfacen las vigentes. Este argumento no puede aceptarse, pues en las viviendas no se ejerce una actividad contaminante del medio ambiente, que imponga su adaptación sucesiva a las normas de protección que se vayan dictando en el futuro. *Son las actividades contaminantes las que deben adaptarse*”.
- 67 Consumando así la evolución hacia la negación de derechos adquiridos (*droit acquis*) de la instalaciones ya existentes frente a las nuevas regulaciones ambientales. Véase la evolución descrita por DEHARBE en el Derecho francés respecto 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 nº 96/61/CE du Conseil de l'Union européenne du 24 septembre 1996*, "R.J.E." nº 2, 1998, pp. 174-176).
- 68 SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, "R.G.A.", nº 2, marzo-abril 1998, p. 244.
- 69 SIRONNEAU, *Droit et gestion de l'eau. Grandes tendances mondiales et applications récentes*, "R.J.E.", nº 3, 1998, pp. 302-303.
- 70 SIRONNEAU, p. 317.
- 71 WINTER, pp. 42-43.
- 72 Un documento fundamental en la materia es el Twenty-first Report by the Royal Commission on Environmental Pollution, "Setting Environmental Standards", Cm 4053, 1998 under Sir John Houghton's Chairmanship.
- 73 WINTER, pp. 45-47. Propuestas que sintetizan otras modificaciones sugeridas por WINTER de derecho de sociedades, *estandarización* siguiendo el modelo del German Institute for standardization (DIN), reformas en derecho de patentes, derecho contra la competencia desleal y derecho fiscal.
- 74 *From green to global: toward the transformation of international environmental law*, "Harvard Environmental Law Review", Vol. 19, 1995, nº 1, pp. 241-301.
- 75 *Per non dover più piangere: strategie per il controllo delle trasgressioni ambientali*, "R.G.A.", núm .3, settembre 1990, pp. 603-610.
- 76 *Gli strumenti giurudici della tutela ambientale*, "R.G.A." nº 2, aprile 1993, pp. 218-221.
- 77 *Manuale di Diritto Ambientale*, CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani), Padova 1998, p. 31.
- 78 Para el modelo francés, véase LEOST, *L'agrément des associations de protection de l'environnement*, "R.J.E.", nº 2, 1995, pp. 265-285.

- 79 Vid. RAUSTIALA, *The "participatory revolution" in international environmental law*, "Harvard Environmental Law Review", Vol. 21, 1997, nº 2, pp. 537-586.
- 80 *Past and future of environmental law*, "Environmental Law", Vol. 30, Winter 2000, nº1, pp. 30-33.
- 81 *Coming of age in the environment*, "Environmental Law", Vol. 30, Winter 2000, nº1, p. 21.
- 82 *Tecnología, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en Derecho ambiental*, Ariel Derecho, Barcelona 1999. Véanse especialmente las páginas 121-134 y 173-177.
- 83 *El estado ambiental de derecho. Bases constitucionales, cit.*, p.3439.
- 84 *Environmental control_Are there better ways?*, "Ecology Law Quarterly", Vol. 25, 1999, nº 4, pp. 564-573.
- 85 En la doctrina americana los pronunciamientos sobre las futuras estrategias que debe adoptar el Derecho ambiental son una constante. Así, por ejemplo, BABISH propone el reforzamiento de las líneas emprendidas por la *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* de 1980 (CERCLA), *Hazardous and solid Waste Amendments* de 1984 (HSWA) y *Superfund Amendments and Reauthorization Act* de 1986 (SARA). Lo necesario, según BABISH es "expandir las leyes basadas en la responsabilidad y no abandonarlas (*Restructuring Environmental Law*, "Environmental Law Reporter, Vol. XIX núm. 2, February 1989 p. 10059). PORTNEY ha propuesto tres medidas de choque: la creación de una oficina quasi-independiente de estadísticas ambientales dentro de la E.P.A., que se encargaría de la recolección, análisis y publicación de datos relacionados con la calidad del medio ambiente, la reorientación de las *bubble y offset policies* desde los criterios de emisión a los de riesgo; y la posibilidad de disposición de los activos del *superfund* hacia cualquier propósito ambiental con independencia de su relación con los objetivos fundacionales del *superfund* (inadecuada colocación de residuos peligrosos) (*Reforming Environmental Regulation: Free Modest Proposals*, "Columbia Journal of Environmental Law", Vol. 13, núm. 2, 1988, pp. 201-215).
- 86 Desde la ciencia económica se proponen modelos de cumplimiento voluntario. Cfr. FERREIRO CHAO siguiendo las propuestas de RUSSELL (*Las actividades de control del cumplimiento de la normativa ambiental: una perspectiva económica*), en el vol. colectivo, *Desarrollo económico y Medio ambiente*, IV Congreso Nacional de Economía, Sevilla 9,10 y 11 de diciembre de 1992, Ed. Aranzadi 1992, pp. 220-233.
- 87 En esta línea avanza la Comisión desde hace tiempo, y, significativamente en el VI Programa de acción (Medio ambiente 2010: "El futuro está en nuestras manos" (Bruselas, 24.1.2001 COM (2001) 31 final). Los ejes del VI Programa son la mejora de la aplicación de la legislación vigente, la integración de la problemática ambiental en el resto de las políticas, la utilización del mercado a favor del medio ambiente, la introducción de la dimensión ambiental en las decisiones sobre planificación y gestión de los usos del suelo. Como instrumentos jurídicos destacables se sitúan la responsabilidad, delito ecológico, la introducción del valor ambiental en la contratación pública, la introducción de instrumentos económicos, tributos ecológicos y subvenciones, co-reglamentación y estrategia de acuerdos voluntarios. La mayoría de las líneas del VI programa ya estaban apuntadas en el V Programa.
- 88 En tal sentido se han pronunciado William K. Reilly, administrador de la E.P.A. (*The future of Environmental Law*), "Yale Journal on Regulation", Vol. 6, núm. 2, Summer 1989, p. 355). Sin duda, uno de los grandes impulsores de la estrategia de la intensificación de los incentivos económicos, es Richard B. STEWART (*Controlling Environmental Risks Through Economics Incentives*), "Columbia Journal of Environmental Law", Vol. 13, núm. 2, 1988, pp. 153, 158,159 y 169; STEWART y ACKERMAN, *Reforming Environmental Law, The Democratic Case for Market Incentives*, "Columbia Journal of Environmental Law", Vol. 13, núm. 2, 1988, pp. 171-199 y *Antidotes for the "American Disease"*, "Ecology Law Quarterly", vol. 20, 1993, nº 1,pp. 85-101). Véase también HAHN & STAVINS, *Incentive-Based Environmental Regulation: A new Era from an old Idea?*, "Ecology Law Quarterly" Vol. 18, 1991, nº1, pp 1-42.
- 89 Así, recientemente, concluye ABRAMOWICZ, *The law and markets movement*, "The American University Law Review", Vol. 40, december 1999, p. 430.
- 90 REHBINDER ha descrito el modelo europeo de instrumentos económicos sugiriendo la prudencia en su extensión, véase *Environmental Regulation Through Fiscal and economics incentives in a Federalist System*, "Ecology Law Quarterly", vol. 20, 1993, nº 1,pp. 57-83. Para un análisis de política legislativa viendo ventajas y desventajas del modelo regulador frente al desregulador véase KEOANE, REVEZ & STAVINS, *The choice of regulatory instruments in environmental policy*, "Harvard Environmental Law Review" Vol. 22, 1998, nº 2, pp. 313-367. Una de sus conclusiones es la mayor viabilidad para la introducción de tales instrumentos basados en el mercado para nuevos problemas como el cambio climático, mejor que para problemas ya existentes como los sitios contaminados.
- 91 *Choosing environmental instruments in a transnational context*, "Ecology Law Quarterly", Vol. 27, 2000, number 1, p. 47.

- 92 Es por aquí por donde se mueven las últimas tendencias: se analiza cuando procede el modelo regulatorio clásico y cuando este debe ceder. Por ejemplo las propuestas “responsive regulation” (Ayres and Braithwaite)” collaborative regulation or governance”(FREEMAN) and “civic environmentalism.” *Vid.*, SHAPIRO, *American regulatory Policy: have we found the “third way”?*, “Kansas Law Review”, Vol. 40 May 2000, pp. 731 y ss.
- 93 *La UE debe liderar el cambio climático*, Diario “EL Mundo”, Sábado 2 de septiembre de 2000, pp. 4 y 5.
- 94 PRIEUR ha realizado un listado de esos nuevos, 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.*, pp. 404-414).
- 95 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, pp. 197-212).
- 96 vid. Bernard DYSSLI, *Information and Participation in French Environmental Law, en Participation and Litigation Rights of environmental associations in Europe*, *cit.*, pp. 20-21. HOSTIOU ha realizado una amplia descripción del régimen (campo de aplicación, tiempo, forma, nombramiento del comisario, etc..) en su estudio *Démocratisation des enquetes publiques et protection de l’environnement. Analyse des décrets du 23 avril 1985*, “R.J.E.”, núm. 1 1986, pp. 5-13.
- 97 Applegate, *Beyond the Usual Suspects: The Use of Citizens Advisory Boards in Environmental Decisionmaking*, “Indiana Law Journal”, Vol. 73, Summer 1998, pp. 921 y ss.
- 98 Así, MANK, *The environmental Protection Agency’s projet XL and other regulatory reform initiatives: the need for legislative authorization*, *cit.*, pp. 60-63,73-85, y como una de las conclusiones fundamentales de su estudio, p. 88
- 99 *La protezione de la Natura nell’ordinamento Giapponese en I Diritti della Natura*, *cit.*, pp. 380-381.
- 100 El Derecho comienza a reaccionar. Debe destacarse el intento que supone la Convención de Aarhus (Convención sobre el acceso a la información, participación del público en los procesos de decisión y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, a la que dedica un número especial la R.J.E (1999) con relevantes aportaciones de SCHRAGE, PRIEUR, DROBENKO, MONÉDIAIRE, y MARGÉNAUD. Véase también HARRISON, *Legislazione ambientale europea e libertà de informazione: la Convenzione di Aarhus*, “R.G.A.”, nº 1, gennaio-febbraio 2000, pp. 27-45.
- 101 Véase GIOVANELLI, *Metti la natura nel conto. La contabilità ambientale dal laboratorio alle istituzioni*, “R.G.A.”, nº 2, marzo-aprile 2000, pp. 395-401.
- 102 Amadeoha sido su visionario precursor.

CURRICULUM VITAE

Jesús Jordano Fraga es Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho Administrativo. Líneas de Investigación: Derecho ambiental, urbanismo, derechos fundamentales, responsabilidad en los poderes públicos. Obras destacadas: *La Protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Madrid 1995, 588 pp.; *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid 1997, 360 pp.; *La reparación de los daños Catastróficos (Catástrofes Naturales, Administración y Derecho Público: responsabilidad, seguro y solidaridad)*, Marcial Pons, Madrid 2000, 385 pp. Proyectos de investigación: Ha realizado más de veinte trabajos al amparo de los arts. 68 y 83 de la LOU, incluyendo dictámenes e informes, anteproyectos de normas legales y reglamentarias sobre medio ambiente, urbanismo, puertos, función pública, contratación administrativa, empresa pública.