

## INSTRUMENTOS DE TUTELA AMBIENTAL

**Por Alfonso Pérez Moreno**  
**Catedrático de Derecho Administrativo**  
**Universidad de Sevilla**

**SUMARIO:** Introducción. A. El estudio de los instrumentos de tutela como núcleo del Derecho Ambiental. B. La incidencia determinante de la incertidumbre científica. C. La evolución de los instrumentos de tutela: de una concepción estática y yuxtapuesta a una consideración dinámica e interrelacionada. I.- Bases Constitucionales de los Instrumentos de Tutela Ambiental. A. En la Constitución española vigente. A.1. La protección de la naturaleza, el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de empresa. A.2. La determinación de "cánones naturales" e instrumentos de protección; el principio "pro natura", y las acciones necesarias para el desarrollo económico. A.3. La participación y la solidaridad colectivas. A.4. Las funciones de promoción y fomento, y la manifestación del "ius ponendi" del Estado. B. En el Derecho de la C.E.. B.1. Objetivos, Principios y Política de la C.E. en materia de medio ambiente. B.2. Acción financiera directa de la C.E. y transformación del principio quien contamina paga? B.3. La transposición de Disposiciones Comunitarias sobre instrumentos de tutela ambiental (Derechos Comunitario, estatal y autonómico). II.- Diversidad de perspectivas ordenadoras de los instrumentos de tutela ambiental. A. Perspectivas sustantivas. B. Perspectivas teleológicas y funcionales. C. Perspectivas axiológicas y prospectivas. D. Criterios clasificatorios comprensivos de la dinámica de la "cuestión ambiental". III.- La especificación de las instituciones jurídicas tradicionales en el marco de los instrumentos de tutela del derecho ambiental. A. Pluralismo, consensualismo, mediación y arbitraje. B. La estrategia de la mezcla de instrumentos de tutela ambiental. El área de las prohibiciones. C. La conversión de las normas de acción en normas de relación.

### INTRODUCCION

A. El Estudio de los instrumentos de tutela como nucleo del Derecho Ambiental.

En el conjunto de la unidad del Derecho la especialidad de una ciencia jurídica viene estimulada por la existencia de un sustratum diferenciado propio y por la cualificación de fuentes y técnicas jurídicas singulares. El primer elemento determinante del Derecho Ambiental es, cabalmente, la emergencia histórica de ese objeto jurídico indeterminado que llamamos "medio ambiente", por indicación constitucional. El segundo elemento viene configurándose como un conjunto de instituciones y técnicas jurídicas que, inicialmente fraguadas en el marco del Derecho Administrativo, están continuamente sometidas a unas tensiones evolutivas e innovativas tan intensas que están originando ya en ellas mutaciones esenciales. Ese conjunto abigarrado de instrumentos de tutela ambiental se ha constituido en el núcleo del conjunto normativo que se aglutina, al menos, con la denominación Derecho Ambiental. Ante el reto permanente del misterio del universo y de la naturaleza en el planeta que habitamos, se buscan las medidas más útiles para evitar su deterioro o destrucción, y conseguir incluso su restauración. Parece como si toda la virtualidad del Derecho se concentrara en esa aptitud para diseñar fórmulas jurídicas preventivas o represivas de agresiones al medio ambiente. Partiendo de una teoría general elaborada en el Derecho Administrativo se enlazan a sus instrumentos tradicionales unas adaptaciones circunstanciales a cuyo éxito se confía la magna responsabilidad de tal función de protección, sin considerar de entrada, a veces, la coherencia de esos acoplamientos ni la virtualidad para la nueva función de los principios inspiradores de aquellas instituciones matrices. De esta manera el Derecho Ambiental está llegando a avanzar más por su dimensión innovativa de instrumentos de tutela que por la premisa del conocimiento y ordenación de su objeto jurídico indeterminado, es decir, del medio ambiente. La consecuencia es que el estudio de los instrumentos de tutela se ha convertido en el núcleo de ese nuevo conjunto normativo, que queda estructurado desde tal perspectiva determinante. Buena prueba de ello es que en el mismo programa de este I Congreso Nacional de Derecho Ambiental el análisis de algunos instrumentos de tutela está distribuido en varias Ponencias (principios y medidas económicas y fiscales, derecho de acceso a la información, delito ecológico, ordenación del territorio, espacios naturales, seguros ambientales, etc.). La distribución de esas materias

consideradas -a veces difusamente por la doctrina- como instrumentos de protección es una medida metodológica muy acertada, y a la par nos permite dar a esta Ponencia-marco sobre "Instrumentos de tutela ambiental" un enfoque quizás más sustantivo en un intento de inducir una teoría general sobre los mismos. De esta manera se intentará superar la tendencia, hasta ahora seguida, de presentarlos tan sólo como en un retablo clasificatorio más o menos armónico.

#### B. La incidencia determinante de la incertidumbre científica.

Aunque ya hemos aludido al reto permanente del misterio del universo y de la naturaleza en nuestro planeta, antes de seguir adelante conviene subrayar que no se trata con ello de hacer una imagen literaria sino de poner el acento en uno de los aspectos cruciales que acucian y condicionan la respuesta jurídica. No sólo se acentúa esa agobiante incidencia de la incertidumbre científica en la más reciente doctrina jurídica (W. HOFFMANN-REIM, F. SALVIA), sino que también se manifiesta en las declaraciones solemnes que jalonan la evolución de la protección ambiental y en las normas promulgadas. Así, la recomendación 81 del Congreso de Estocolmo ya realzó la necesidad de que la Organización Mundial de la Salud y las asociaciones internacionales competentes "sigan estudiando y establezcan normas primarias para la protección del organismo humano, especialmente respecto de los contaminantes que son comunes al aire, al agua y a los alimentos, como base para el establecimiento de límites operativos derivados" (MARTIN MATEO). Y la Declaración de Río establece como principio de Ética Ambiental que el enfoque preventivo debe ser aplicado también en ausencia de certeza científica, lo que, como luego precisaremos, puede invertir las respuestas jurídicas tradicionales (F. SALVIA). En el plano normativo destacaremos ahora los arts. 130 F.1 y 130 R.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, reformado por el Tratado de Maastricht, que señalan, respectivamente, el objetivo de la C.E. de "fomentar todas las acciones de investigación que se consideren necesarias en virtud de los demás capítulos del presente Tratado", y que la C.E. para elaborar su política de medio ambiente tendrá en cuenta "los datos científicos y técnicos disponibles". No podría ser de otra manera en un mundo envuelto en el misterio y en el que son siempre primera noticia los hallazgos sobre su pasado, su futuro y sobre el ser mismo de su naturaleza. Esa necesaria atención a la vinculación entre Naturaleza, Ciencia, Economía y Derecho no queda, pues, relegada al nivel metajurídico o programático, sino que está tecnificada en normas jurídicas vinculantes. De aquí que no sea ya posible contemplar los instrumentos de tutela ambiental como un elenco de dispositivos con los que se acciona para proteger un medio ambiente pasivo, sino que hay que partir del continuo cambio de información proporcionado por la evolución de los conocimientos científicos. Limitarse a analizar los instrumentos para ponderar su validez, aptitud o eficacia sería una tautología. La realidad es una constante transformación de la concepción de los elementos naturales producida por sus alteraciones estructurales y por las mutaciones detectadas por la investigación científica. La consecuencia inmediata es que antes que estudiar el sistema de instrumentos de protección hay que plantearse la filosofía del mismo. Los "qué", "cuánto", "para qué" y el "cómo" son perspectivas dinámicas que circunstancializan la normativa ambiental y, especialmente, el diseño de sus instrumentos técnico-jurídicos. En virtud de todo ello se presenta categórica la afirmación de la primacía de la naturaleza que cada vez penetra más en la política y en la legislación ambiental.

#### C. La evolución de los instrumentos de tutela: de una concepción estática y yuxtapuesta a una consideración dinámica e interrelacionada.

Bastará contemplar los acontecimientos legislativos que se han venido produciendo en el último tercio del presente siglo para concluir que las técnicas de tutela ambiental tienen un carácter relativo e histórico. Siempre aparecen condicionadas por diversidades políticas, geográficas, económicas, científicas, culturales, según niveles de desarrollo, de recursos naturales, etc. Enmarcados en estas circunstancias han ido implantándose a servicio de la tutela ambiental desde prohibiciones y sujeción a autorizaciones hasta los recientes métodos más sofisticados e indirectos de marketing basado en la psicología social y el análisis motivacional (la ecoetiqueta y la ecoauditoría). La acumulación de instrumentos de tutela se ha producido en una primera etapa (que puede situarse hasta la década de los ochenta, con diferencias según los países), llegando a establecer un cuadro de medidas predominantemente estáticas y yuxtapuestas. A pesar de no haber transcurrido muchos años, la intensificación de la que podemos calificar como "cuestión ambiental" ha demostrado ya la existencia de una nota de transitoriedad en los instrumentos de tutela. Unos han sido superados, otros han demostrado su inviabilidad o ineficacia, y nuevos factores de riesgo cuyo tratamiento no es conocido claman por la creación de otras fórmulas de tutela. Lo que en la doctrina alemana se ha denominado "redes de interacción de todos los factores de riesgos", que crean riesgos acumulados en cadenas causales complejas, determinan la impotencia del Derecho en supuestos como "la muerte de los bosques (la lluvia ácida), la destrucción de la capa de ozono, el recalentamiento del clima mundial, o las posibles consecuencias de nuevas tecnologías como, por ejemplo, la técnica genética" (W. HOFFMAN-REIM). En otros casos la vivencia efectiva de las funciones administrativas vienen produciendo prácticas incluso contradictorias con los teóricos instrumentos de tutela: así, pese al difícil logro de la concentración de competencias ambientales en un Ministerio en Italia ahora es cada vez más necesaria la utilización del concierto con otras Administraciones (F. SALVIA, MARTIN MATEO); y, pese al desarrollo de la planificación, cada vez son más frecuentes las prácticas consensuales. En el actual momento de la evolución se está produciendo un tránsito a una concepción dinámica e interrelacionada de los instrumentos de tutela. Existe, pues, una tendencia hacia la movilidad y complementariedad de los controles o estímulos, y a la par, un fenómeno expansivo de la tutela ambiental como elemento a tener en cuenta en todos los ámbitos. El art. 130 R.2 in fine del Tratado reformado de la C.E. reitera el objetivo ya introducido por el Acta Única de que: "Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad". Otro efecto derivado de la movilidad y necesidades de adaptación periódica de los instrumentos de tutela

es la propuesta de establecer la necesidad de revisiones legislativas para garantizar su actualización y mejora, así como la de implantar las medidas de control de calidad de las normas. Asimismo, es materia sustancial la determinación de los métodos para la elaboración de estándares teniendo en cuenta, dentro de las garantías objetivas, las circunstancias concretas de los lugares de aplicación en evitación de una especie de fenómeno de colonialismo con la imposición de estándares elaborados en otras latitudes y para fines distintos. El denominador común de los instrumentos de tutela ambiental, su establecimiento y regulación en normas jurídicas; están, por consiguiente, sometidos al imperio de la Constitución y a los principios de legalidad y jerarquía normativa. De la adecuada gestación y positivación de esos instrumentos depende su validez y eficacia jurídica, y su misma significación jurídica. Por esta razón es importante precisar, ante todo, las bases constitucionales en que se apoyan.

## I. BASES CONSTITUCIONALES DE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA AMBIENTAL.

Desde el ingreso de España en la C.E. en la expresión "Bases constitucionales" de una materia hay que entender integrados tanto los preceptos de la Constitución española vigente como los establecidos en, al menos, las Normas supremas de la Comunidad Europea.

### A. En la Constitución española vigente.

#### 1. La protección de la naturaleza, el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de empresa.

En la abundante doctrina sobre el art. 45 de la Constitución han quedado subrayados todos los aspectos desde los que se delimita el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. Configurado dentro del género de los "principios rectores de la política social y económica", el desarrollo y la aplicación del mandato constitucional del art. 53.3 de que esos principios informaran la legislación positiva, ha permitido ya la construcción de ese derecho como un derecho subjetivo (J. JORDANO FRAGA). Sin embargo, el centro de nuestra atención ahora va a ser el párrafo 2 del art. 45 en cuanto impone a los poderes públicos que velen -"velarán"- por la utilización racional de todos los recursos naturales. La Constitución presupone, pues, que todos los recursos naturales tienen una "ley", un "canon", en suma, que existen las "leyes de la naturaleza"; que la necesaria utilización de esos recursos deberá ser respetuosa con esas "leyes" de tal manera que se produzca de forma e intensidad no determinantes de la destrucción del recurso, siguiendo por lo tanto, las pautas de racionalidad congruente con la tolerancia natural del uso que permita la regeneración del recurso o su minoración en proporción no lesiva para el conjunto del medio ambiente. El primer deber impuesto a los poderes públicos no puede ser otro que la indagación e investigación, el descubrimiento de esos "cánones" naturales para poder delimitar la racionalidad de los usos. Esa función puede desarrollarse mediante la técnica de la planificación -como unánimemente ha citado la doctrina al comentar ese precepto (T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ), o a través de los instrumentos que se consideren más convenientes: ya el Tribunal Constitucional, en el F.J. 2º de la Sent. 64/1982, de 4 de noviembre, reconoció que corresponde al legislador la elección de las técnicas más apropiadas para llevar a cabo la protección del medio ambiente. La función de fijación de límites, parámetros, niveles (de inmisión o de emisión), medidas preventivas, medidas represivas, etc., es decir, todos los instrumentos de tutela ambiental está fundamentada en la premisa de la obligada determinación de los "cánones naturales" para poder fijar la "racionalidad" del uso. En el contexto del art. 45 de la Constitución hay que destacar que los deberes impuestos a los poderes públicos en orden a la protección ambiental constituyen norma de aplicación directa (GARCIA DE ENTERRIA) y que no quedan condicionados por el futuro desarrollo legislativo más que en las singulares modalidades de las acciones a emprender e instrumentos a imponer. Del mandato de delimitación de los "cánones naturales" se deriva ante todo la afirmación de la prioridad de la naturaleza, y su adecuada protección, sobre cualquier otro derecho que atribuya facultades para el uso de la misma. En otros términos: ningún derecho puede tener como contenido legítimo la utilización irracional (contra "cánones naturales" determinados) de los recursos naturales. Sin limitar a priori el contenido ni la intensidad de los derechos de los ciudadanos sobre esos recursos, existe la delimitación imperativa de que no puede ser objeto de los mismos la posibilidad de establecer "usos irracionales". En términos concretos, cabe afirmar, que ni el derecho de propiedad ni el derecho a la libertad de empresa pueden tener como objeto lícito la realización de "usos irracionales" de los recursos naturales. Los límites de la racionalidad del uso serán los que establezca el legislador. El derecho de propiedad tiene una función social en los términos que se delimiten "de acuerdo con las leyes" (J. BARNES VAZQUEZ); y el derecho de libertad de empresa -que, por cierto, está sometido a las exigencias de la economía general y de la planificación, art. 38 de la Constitución- no puede incorporar el derecho a la libertad de ubicación ni el de establecer usos irracionales de los recursos naturales. Tanto la regulación de estos recursos para determinar sus "cánones" con las condiciones de racionalidad de su uso; como el establecimiento de las medidas de tutela, integran los instrumentos de protección ambiental. Partiendo de la prioridad de la naturaleza como base constitucional de los instrumentos de tutela ambiental, las cuestiones que se plantearan permitirán diseñar un Derecho Ambiental de signo distinto al que se venía construyendo sobre la base de considerar la primacía a favor de los derechos de explotación de los recursos. Algunos interrogantes que hasta ahora venían afectando a la implantación de las técnicas de tutela podrán recibir respuestas distintas. De ellas cabe destacar: 1) el margen de discrecionalidad del legislador para diseñar modelos ambientales, y 2) la decisión en los casos de incertidumbre científica. Las analizaremos a continuación.

#### 2. La determinación de "cánones naturales" e instrumentos de protección; el principio "pro natura", y las acciones necesarias para el desarrollo.

Si el avance sólo puede estar en una estandarización sustantiva bien cimentada en la investigación científica, la cuestión está en precisar el área de decisión del poder legislativo. Las alternativas posibles vienen orientadas

"velarán por la utilización racional..."- en, al menos, estas direcciones: 1) no es racional la posibilidad de utilización; 2) no es racional el uso que se propone; 3) no se sabe si el uso es o no racional porque se desconoce el efecto que producirá; 4) no se sabe suficientemente cuáles son los "cánones naturales" pero sí que el uso propuesto no parece irracional; 5) se conocen suficientemente los "cánones naturales" por lo que es incluso posible graduar la racionalidad del uso. Los cambios derivados de las nuevas investigaciones no siempre se transforman en normas nuevas o modificaciones de las existentes. Hay un proceso lento que pasa por las fases de captación del dato, prueba y recepción científica, propuesta, recepción legal o revisiones actualizadoras. En consecuencia, bien por desconocimiento, bien por la lentitud de la recepción jurídica de la información, o bien porque existe una banda flexible de utilización sin riesgos intolerables, puede admitirse la existencia de una "escala de incertidumbre" junto a otra de fijeza en las posibilidades de utilización de los recursos naturales. Junto al valor constitucional de protección del medio ambiente coexiste el también valor y mandato constitucional de desarrollo económico (arts. 40, 130, 131, de la C.E.). El Tribunal Constitucional no ha establecido una jerarquía rígida en el conflicto protección del medio ambiente-desarrollo económico. En su primera Sentencia de 4 Noviembre 1982 tan sólo resolvió que existe "la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico". El carácter puntual, casi artesano, de las medidas adoptadas da base para que la discrecionalidad del legislador se manifieste en una diversidad de instrumentos de tutela pero siempre que la fijación de los mismos se efectúe teniendo en cuenta todos los bienes constitucionales a proteger y su relación con el uso racional de los bienes de la naturaleza y culturales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional van evolucionando cada vez más en el sentido de partir en la "ratio decidendi" de la indisponibilidad, por su primacía, de los bienes naturales siempre que exista irracionalidad en la utilización propuesta (J. JORDANO FRAGA). La invigencia del arcaico principio "quid iure suo utitur neminem laedit" queda subrayada con la proscripción de cualquier manifestación del "ius abutendi" o del "ius fruendi" porque produzcan uso no racional de los recursos naturales. La determinación de la racionalidad del uso ha de ser, por tanto, una aplicación concreta del principio de proporcionalidad (J.I. LOPEZ GONZALEZ), cuya recepción positiva acrecienta su eficacia operativa en el Derecho Público de nuestro tiempo (Arts. 96.1 y 131 de la Ley 30/92, 26 Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). En el marco de los principios del Derecho Ambiental de nuestro tiempo el principio de proporcionalidad es el trasunto técnico-jurídico de la directriz del desarrollo sostenible. El diseño de un sistema de instrumentos de tutela ambiental inspirado en la implantación de la estrategia más eficaz para conseguir un modelo ambiental entraría dentro de las funciones legislativas constitucionales. Como también la conjunción de técnicas, su intercambio, la elección de instrumentos propuesta por el sector privado. Sin embargo, el conjunto de todos los instrumentos ha de estar inspirado en el principio "in dubio pro natura". En expresión de F. SALVIA en presencia de tecnología destructiva "non sembra piú sostenibile la tesi, esplicitamente o implicitamente seguida in passato secondo cui possa essere consentito tutto ciò di cui non sia ancora stata provata la nocività".

### 3. La participación y la solidaridad colectivas.

Están entre las Bases constitucionales de nuestro Derecho Público tanto la participación ciudadana como la solidaridad colectiva. Pero, pese a ello, la Norma Suprema las reitera en la regulación del medio ambiente. La participación no sólo como derecho de acceso a la información (oportuna materia de otra Ponencia-marco en este Congreso, a cargo de M. SANCHEZ MORON), sino también como fundamento de otros instrumentos de tutela ambiental que entran dentro de lo que hemos denominado el necesario Estatuto del "contaminador-colaborador" (A. PEREZ MORENO). La "indispensable solidaridad colectiva" es la base no sólo de los instrumentos de colaboración en la gestión, y de asunción de ablacones de derechos, cargas y tributos; sino incluso de todos los nuevos "procedimientos consensuales de normación y sustitución de normas" (W. HOFFMAN-REIM), y de las nuevas fórmulas jurídicas para expresar la previa aceptación de los ciudadanos a las acciones administrativas. Asimismo da base a todas las correcciones y matizaciones que la justicia material y el interés público recomienden en el alcance del principio "quien contamina, paga".

### 4. Las funciones de promoción y fomento, y la manifestación del "ius poniendi" del Estado.

Finalmente, encuentran cimiento constitucional firme tanto los instrumentos de tutela preventivos -estimados como preferentes- como los represivos frente a ilícitos administrativos o ilícitos penales. Sobre estos últimos existe otra Ponencia-marco en este Congreso, a cargo de L. RODRIGUEZ RAMOS. La estimulación de los ciudadanos por los Poderes públicos en todas las formas de promoción, fomento y personación está reiterada en el art. 45 no sólo en "la indispensable solidaridad colectiva", para "proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente", sino en cuanto impone a "Todos" el deber de conservar el medio ambiente.

### B. En el Derecho de la C.E.

Entre las causas del dinamismo legislativo en materia ambiental en los países europeos, ocupa un puesto central la penetración de la fuente normativa de la C.E. que ha dado carácter prioritario y general a su política sobre medio ambiente. La primacía y el efecto directo del Derecho comunitario, elaborado desde fechas tempranas pese a no estar contemplada la materia en los Tratados constitutivos (se han aprobado Cinco Programas desde 1972), han acrecido de forma extensa e intensa el Derecho Ambiental, irrumpiendo en España desde 1986. A los efectos de esta Ponencia (y puesto que existe otra a cargo de M. DIEZ DE VELASCO sobre jurisprudencia comunitaria) destacaremos los puntos más influyentes en la elección y elaboración de los instrumentos de tutela ambiental.

### 1. Objetivo, Principios y Política de la C.E. en materia de medio ambiente.

Con algunas modificaciones introducidas en los preceptos del T. VII incorporado ex novo al Tratado de la C.E. por el Acta Unica, el Tratado de Maastricht ha mantenido en el ahora Título XVI todo el cuerpo de Objetivos, Principios y Condiciones (ahora denominadas "política") que constituyen la cúpula del Derecho Ambiental europeo. Los retoques producidos por el T.U.E. han sido muy importantes. Cabe señalar por su alcance general la proclamación de los principios de subsidiariedad (art. 3.B del Tratado C.E.), transparencia y participación ("las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos", art. A del T.U.E.), la admisión de excepciones al principio "quien contamina paga", mediante la adopción de medidas de apoyo financiero con cargo al nuevo Fondo de Cohesión; y la proyección de un nuevo horizonte de la política ambiental ordenada según un principio de "responsabilidad compartida" en el que, como expresa el Quinto Programa, hay que superar las separaciones de niveles de competencias para obtener una concurrencia de instrumentos y entidades públicas y privadas (sector privado, ciudadanos, Corporaciones Locales, Entidades regionales, Estados y C.E.) (E. ALONSO GARCIA). El art. 130 R incluye entre los objetivos a alcanzar: "la utilización prudente y racional de los recursos naturales" y "el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. El criterio decisor del alcance de la política de la C.E. viene expresado en el objetivo de alcanzar un nivel de protección elevado. Los principios inspiradores de los instrumentos de tutela son muy indicativos de la opción por los preventivos: principios de cautela, de acción preventiva, de corrección de los atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente misma; principio de quien contamina paga; y principio de efecto general de la protección del medio ambiente en cualquier política de la C.E. Finalmente, las condiciones a seguir en la política ambiental son también determinativas de preferencias por instrumentos de tutela, debiendo subrayarse que en virtud de la apertura de la acción directa de la Comunidad, en el futuro podrán crearse nuevos instrumentos comunitarios de tutela. Esas condiciones vienen relacionadas en el art. 130 R.3. en los siguientes términos: - los datos científicos y técnicos disponibles; - las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad; - las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción; - el desarrollo económico y social de la Comunidad en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones. No podemos extendernos en los problemas de los procedimientos establecidos para la adopción de medidas comunitarias ambientales, en función de la base jurídica tomada para su decisión -armonización del mercado interno conforme al art. 100 A del Tratado C.E., medidas a aplicar por la Comunidad según el art. 130 S.1; y las materias reservadas al procedimiento ordinario, del art. 130 S.2- (E. ALONSO GARCIA); sin embargo sí es imprescindible notar la extraordinaria importancia de estas últimas materias como áreas que han de suscitar la innovación en los instrumentos de tutela: - disposiciones esencialmente de carácter fiscal; - medidas de ordenación territorial y de utilización del suelo con excepción de la gestión de residuos y las medidas de carácter general, así como las medidas relativas a la gestión de los recursos hídricos; - medidas que afecten de forma significativa a la elección por el Estado miembro de diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético.

### 2. Acción financiera directa de la C.E. y ¿transformación del principio quien contamina paga?

A la novedosa apertura de las acciones directas de la C.E., que ha de financiar (y que son una excepción al principio de que "los Estados miembros tendrán a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente" (art. 130 S.4)), hay que sumar las cargas que la C.E. puede asumir, sin perjuicio del principio de quien contamina paga cuando una medida implique costes que se consideren desproporcionados para las autoridades públicas de un Estado miembro. Entra aquí el apoyo financiero con cargo al nuevo Fondo de Cohesión, aunque, como expone E. ALONSO GARCIA, el precepto del art. 130 S.5 adolece de confusión sobre sus repercusiones.

### 3. La transposición de Disposiciones Comunitarias sobre instrumentos de tutela ambiental (Derechos Comunitario, estatal y autonómico).

Sólo haremos una referencia a la importante materia de las modalidades de vinculación de las decisiones comunitarias sobre medio ambiente para los Estados miembros, y de los problemas de la transposición de las Directivas. Sobre el primer punto es necesario matizar en cada caso -recordando que el criterio comunitario es un nivel de protección elevado- según el procedimiento seguido para decidir la medida. La adopción de cláusulas de salvaguardia que autoricen una diversidad de aplicaciones, entra dentro de las reglas de las relaciones internas entre los órganos de la C.E. Más gravedad puede tener en el Derecho interno de cada Estado el iter de la transposición de las Directivas y de la aplicación de los Reglamentos. A estos efectos subrayamos las recientes apreciaciones críticas de R. MARTIN MATEO a propósito de la introducción en España de la Ecoetiqueta creada por el Reglamento 880/92 de la C.E., en el sentido de que esa institución comunitaria debía ser ordenada con intervención del Estado y no de una Comunidad Autónoma, pues se trata de una regulación "cuyo despiece microadministrativo no resulta consistente con los planteamientos supraterritoriales de la institución". Y en el mismo sentido hay que pronunciarse sobre la implantación del Reglamento C.E.E. 1836/93, regulador del sistema comunitario de gestión y auditoría ambiental, cuya vigencia se ha producido en los días inmediatos a este Congreso. Distinto es el tratamiento que debe darse a las posibilidades dimanantes de las medidas adicionales de protección que puedan establecer las Comunidades Autónomas con competencia para ello, elevando los niveles de protección fijados en la legislación básica del Estado. En este sentido fueron permisivas las SS. de T.C. 170/1989, de 19 Octubre, F.J. número 2, y 149/1991, de 4 Julio, aunque con la condición de que "esas medidas legales autonómicas sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan o limiten la protección establecida en la legislación básica del Estado".

## II. DIVERSIDAD DE PERSPECTIVAS ORDENADORAS DE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA AMBIENTAL.

Con lo hasta aquí expuesto se explica que los intentos clasificatorios de los instrumentos de tutela ambiental haya sido tan desiguales, hasta el punto que muchos de ellos son como retablos en los que se resume o sintetiza todo el Derecho ambiental sin seguir un criterio lógico. Procederemos a referir algunas de las perspectivas de más interés:

#### A. Perspectivas Sustantivas.

Pueden denominarse así a las clasificaciones que tienen un concepto amplio de instrumentos de tutela y tiende a describir todos los aspectos del Derecho Ambiental. Entrarían por consiguiente medios políticos, jurídicos, técnicos, económicos, sociales y culturales. Podían tener interés en los momentos iniciales del Derecho Ambiental en los que, precisamente, se habían tomado a préstamo las tradicionales instituciones administrativas de policía, fomento. Pero en el actual desarrollo del Derecho Ambiental es una perspectiva clasificatoria innecesaria. Sin embargo, sí es conveniente precisar que muchos instrumentos dependen de decisiones políticas fundamentales sobre opciones con muy radical repercusión en el modelo ambiental a establecer. Entre ellas resaltan la elección estatal de entre las diferentes fuentes de energía. Hay que llamar la atención aquí sobre los impulsos que vienen recibiendo los programas de energías renovables. El nuevo Plan de Acción para las fuentes de Energías Renovables en Europa (Madrid, Marzo, 1994) ha propuesto el objetivo ambicioso de alcanzar una sustitución del 15 por 100 del consumo de energía primaria convencional por energías renovables para el año 2010.

#### B. Perspectivas teleológicas y funcionales.

En este grupo se registran la mayoría de las clasificaciones propuestas por la doctrina española, siendo de destacar las de R. MARTIN MATEO, SEOANE Y RODRIGUEZ RAMOS, TRENZADO RUIZ, CARDELUS Y MUÑOZ SECA. Recientemente, ha propuesto J. JORDANO FRAGA además de la clásica distinción, de buen ajuste constitucional, entre medios preventivos y represivos, otros criterios de clasificación como instrumentos públicos o privados, y específicamente ambientales o importados de otras disciplinas. Por su comprensión de todas las figuras destacamos aquí el cuadro de R. MARTIN MATEO en el que aparecen las medidas preventivas, represivas, disuasorias, compensatorias, estimuladoras, instrumentos económicos, técnicas complementarias (educación e información), en los que hay que insertar los nuevos instrumentos con técnica de mercado, la ecoetiqueta y la gestión y auditoría ambiental, objeto de reciente implantación y objeto de un nuevo estudio de dicho autor.

#### C. Perspectivas axiológicas y prospectivas.

Más que clasificaciones de instrumentos de tutela, en la reciente doctrina europea se han propuesto análisis de los mismos considerados desde el enfoque dinámico consecuente con su desarrollo, y destacando las valoraciones que han merecido o merecen, y, de otra parte, reclamando la institucionalización de prácticas impuestas por las necesidades continuas de las Administraciones Públicas. En el primer sentido, F. SALVIA contrasta varios instrumentos con su real eficacia y con su adecuación u oportunidad en cada fase. El principio "quien contamina paga" no ha impedido que hubiera que programar gastos en los presupuestos públicos. Los instrumentos fiscales actualmente aparecen con más insistencia (p.e. la "carbon tax" propuesta en Río). Los fenómenos de fomento de inactividad agrícola no sólo atienden la vertiente económica de la producción excedentaria, sino también el "proteccionismo ecológico". La Evaluación de Impacto Ambiental ha chocado a veces con conflictos de competencias entre el Ministerio del ambiente y el de Obras Públicas. Y aunque las prohibiciones son rechazadas como inviables en sistemas más abiertos para la actividad económica, parece que tendrán que implantarse en el inmediato futuro sobre todo en cuanto al uso de algunos productos químicos en la agricultura, de algunos aditivos en los alimentos, y sobre el acceso de vehículos a los centros históricos, o la apertura de carreteras o grandes infraestructuras en las zonas paisajísticas, etc. En el sentido prospectivo, W. HOFFMAN-REIM viene a demostrar la necesidad de reestructurar las instituciones clásicas del Derecho Administrativo e inducir de la realidad de la "cuestión ambiental" nuevas categorías para actualizar y reformar la Teoría general del Derecho Administrativo: a tal magnitud ha llegado el impacto de las nuevas realidades sociales y económicas del fenómeno. Y, desde esa inquietud, analiza los instrumentos de tutela bajo los conceptos generales de Acción administrativa imperativa, estimulante, consensual, compensatoria, orientada hacia el riesgo y abierta a revisiones y fundamentadora de la innovación.

#### D. Criterios clasificatorios comprensivos de la dinámica de la "cuestión ambiental".

En todas las propuestas analizadas existen elementos enriquecedores notándose en ellas inmediatamente, por el dinamismo del objeto contemplado, el paso del tiempo. A nuestro juicio, hay que aplicar varios criterios más descriptivos que clasificatorios. Y entre ellos actualmente deberían figurar los siguientes: a) las decisiones políticas fundamentales sobre las fuentes energéticas y el programa económico y la planificación; b) la función de determinación de los que hemos denominado "cánones naturales" de mensurabilidad de la racionalidad de los usos; c) los medios preventivos y los reparadores; d) los medios represivos; e) los criterios de gestión o impulso y tráfico mercantiles; f) los criterios participativos, de pactación y consenso; y g) los criterios de cooperación interadministrativa y social.

### III. LA ESPECIFICACION DE LAS INSTITUCIONES JURIDICAS TRADICIONALES EN EL MARCO DE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA DEL DERECHO AMBIENTAL.

Unas últimas consideraciones pueden servir a modo de conclusión sobre los puntos que pueden condensar unas ideas-fuerza sobre el devenir de los instrumentos de tutela ambiental:

#### A. Pluralismo, consensualismo, mediación y arbitraje.

Por muy resistentes que quieran permanecer las instituciones públicas a mantenerse bajo la vestidura formal de las expresiones de los Poderes públicos, la "cuestión ambiental" les obliga a avanzar en las actitudes abiertas a la colaboración en la gestión, basándose en la concurrencia de esfuerzos públicos y privados, en las fórmulas paccionadas y consensuadas, en la utilización de los acuerdos-normativos, en la mediación y en arbitraje que se vislumbran como una nueva dimensión para la eficaz composición de intereses en el Derecho Público.

#### B. La estrategia de la mezcla de instrumentos de tutela ambiental. El área de las prohibiciones.

Más que de instrumentos de tutela hay que tratar de elaborar un sistema de los mismos; preparar las habilitaciones técnico-jurídicas para el manejo táctico de los instrumentos más adecuados y los cambios que sean necesarios. En la base de todas las determinaciones ha de estar la investigación científica y la consecuente educación ambiental sobre los "cánones naturales" y su utilización racional. El principio "pro natura" debe primar en las decisiones legislativas que han de aplicar e inducir el principio de proporcionalidad dentro de las oscilaciones que permita la extensión de la "escala de incertidumbre". Cuando exista un nivel de información científico-técnica suficiente o un estado de duda motivada negativos habrán de entrar en acción los instrumentos prohibitivos porque en tales supuestos ya no es posible seguir la directriz de optar por atender los efectos menos lesivos (por ser más factible y económico) en lugar de actuar sobre las causas (de tratamientos más difíciles y costosos).

#### C. La conversión de las normas de acción en normas de relación.

La fortaleza de la conciencia colectiva sobre el rechazo al daño ecológico y su vivencia en grandes masas de población como el terror del final del segundo milenio, han abierto las posibilidades participativas hasta el punto de que ya existen las bases para avanzar a un Derecho Ambiental apoyado en normas de relación y no en normas de acción expuestas al desuso. La capacidad de profundizar en el conocimiento de los "cánones naturales" es la única defensa efectiva de la primacía de la naturaleza. Hay una pasión oculta en la mística estimulada por la "cuestión ambiental" que fragua en el deseo de reinaugurar un nuevo ciclo histórico sobre el goce y disfrute colectivo de los bienes de la Tierra. En esta gran aventura de seguir el rumbo hacia el restablecimiento de la realeza humana sobre el mundo desde la restauración ética, el Derecho tiene la misión de ser, al menos, la quilla de la nave.

\*INSTRUMENTOS DE TUTELA AMBIENTAL fue presentada como ponencia en el primer Congreso Nacional de Derecho Ambiental celebrado en Sevilla. Todas las ponencias forman el libro publicado por la Imprenta Nacional del BOE, I Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Madrid 1995 -ISBN: 84-605-2809-X

#### NOTA BIBLIOGRAFICA

##### I. Obras Generales:

MARTIN MATEO, R.: "Tratado de Derecho Ambiental", Ed. Trivium, Madrid, 1991 y 1992. ALONSO GARCIA, E.: "El marco constitucional de la Política Comunitaria de Medio Ambiente. Aplicación de la Legislación Ambiental Comunitaria", Vol. I y II, Ed. Civitas, Madrid, 1993. PEREZ MORENO, A.: "Reflexiones sobre la sustantividad del derecho ambiental", R.A.P. núms. 100-102, Vol. III, 1983. CARDELUS Y MUÑOZ SECA, B.: "Técnicas jurídicas para la Protección del Medio Ambiente", D.A. núm. 197, Enero-Marzo 1983, págs. 5 a 44. TRENZADO RUIZ, M.: "Técnicas e instrumentos jurídicos tradicionales y nuevos en el Derecho ambiental I", Actualidad Administrativa, núm. 23, Semana 2, 8 de Junio de 1986, págs. 1305-1320. RODRIGUEZ RAMOS, L.: "Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección de medio ambiente", D.A. núm. 190, Abril-Junio 1981, págs. 457-485. SALVIA, F.: "Gli strumenti giuridici della tutela ambientale", Rivista Giurídica d'ellambiente, núm. 2, 1993. HOFFMAN-REIM, W.: "La reforma del Derecho Administrativo. Primeras Experiencias: el ejemplo del Derecho Ambiental", D.A. núm. 234, 1993. LOPEZ GONZALEZ, J.I.: "El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo", Sevilla, 1988. JORDANO FRAGA, J.: "El Derecho a un medio ambiente adecuado", Ed. Boch, 1995. "Medio Ambiente versus Desarrollo: Experiencias en el Derecho ambiental Norteamericano".

##### II. Instrumentos Preventivos.

###### a) Protección espacial (planificación, ordenación del territorio, espacios protegidos).

AA.VV.: "Territorio e ambiente. Problemi giuridici in materia di urbanistica e di pianificazione", Griuffrè editore, Milano, 1986. AA.VV.: "Los Parques Nacionales. Aspectos Jurídicos y Administrativos", ICONA, Publicaciones del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1988. LOPEZ RAMON, F.: "La Conservación de la Naturaleza. Los Espacios Naturales Protegidos". Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980. PALUZIE MIR, L.: "Los espacios naturales protegidos". Universidad Politécnica de Barcelona, 1990.

###### b) Evaluación de impacto ambiental.

ALLI ARANGUREN, J.C.: "Régimen Jurídico de la Evaluación de Impacto Ambiental". Revista Jurídica de Navarra, núm. 8, Julio-Diciembre, 1989, págs. 69-117. LOPEZ GONZALEZ, J.I.: "El Régimen Jurídico de la Evaluación de impacto ambiental", R.A.A.P., núm. 4, Octubre-Diciembre, 1990, págs. 61-91. ROSA MORENO, J.: "Régimen Jurídico de la evaluación de impacto ambiental", Ed. Trivium, Madrid, 1993. SARDONE, A.: "Valutazione di Impatto Ambientale

in USA. Regulations N.E.P.A.", Clup, Milano, 1988.

c) Instrumentos económicos.

AA.VV.: "Ambiente, Economía Diritto", (Forum internazionale Giustizia e Ambiente. Roma 9-11 Maggio 1986) cura di Amadeo POSTIGLIONE, Maggioli Editore Rimini 1988. AA.VV.: "Seminario sobre Instrumentos Jurídicos y Económicos para la Protección del Medio Ambiente", Comisión de las Comunidades Europeas/Principado de Asturias, Servicio de Publicaciones 1991. 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. Expert Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development. "Environmental protection and sustainable development. Legal principles and Recommendations", Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1987. STEWART, R.B.: "Controlling Environmental Risks Through Economic Incentives", Columbia Journal of Environmental Law, vol. 13, núm. 2, 1988, págs. 153-169. STEWART, R.B. & ACKERMAN, B.A.: "Reforming Environmental Law, The Democratic Case for Market Incentives", Columbia Journal of Environmental Law, vol. 13, núm. 2, 1988, págs. 171-199.

d) Participación ciudadana.

ALONSO GARCIA, E.: "La participación de individuos en la toma de decisiones relativas al medio ambiente en España. Aspectos constitucionales", R.E.D.A., núm. 61, Enero-Marzo 1989, págs. 43-65. AA.VV.: "Participation and Litigation Rights of environmental associations in Europe", Peter Lang, Publishing, Frankfurt aum Maion 1991. CAILLOSE, "Enquete public et protection de l'environnement", R.J.E., núms. 2-3, 1986, págs. 151-178. COLSON, J.P.: "La réforme des enquêtes publiques en France", R.J.E., núm. 2, 1993, págs. 223-230. PALLARES MORENO, R.: "La participación ciudadana en la conservación y protección del medio natural", D.A. núm. 194, Abril-Junio, 1982, págs. 123-136.

e) Otros instrumentos.

DOMPER FERRANDO, J.: "El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas", vol. I y II, Cívitas Monografías, Ed. Cívitas. Madrid, 1992. MARTIN MATEO, R.: "Nuevos instrumentos para la Tutela Ambiental", Ed. Trivium, Madrid, 1994.

III. Instrumentos Represivos.

a) Responsabilidad.

AA.VV.: "La Responsabilità in tema di tutela dell'ambiente", Atti del Convegno C.I.D.I.S. Centro Internazionale di Studi Giuridici, Jesolo, 30 Maggio-1º Giugno 1985, Cedam Giunta Regionale del Veneto, 1986. AA.VV.: "Danno ambientale e tutela giuridica", CEDAM, Padova, 1987. AA.VV.: "Proprietà, danno ambientale e tutela dell'ambiente, a cura di" Lelio BARBIERA Jovene Napoli, 1989. AA.VV.: "Danno all'ambiente e responsabilità", CEDAM, Padova, 1992, dirigido por D. AMMIRATI. CABANILLAS SANCHEZ, A.: "La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento", Revista Española de Seguros, núm. 55, Julio-Septiembre 1988, págs. 7-62. "La responsabilidad civil por daños ambientales según la jurisprudencia civil", R.D.A. núm. 6, Julio-Diciembre 1990, págs. 83-101. "La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil", en Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis LACRUZ BERDEJO, vol. I, Bosch editor, Barcelona, 1992, págs. 191-218. FRANCARIO, L.: "Danni ambientali e tutela civile", Jovene editore, Napoli, 1990. GIAMPIETRO, F.: "La responsabilità per danno all'ambiente", Giuffrè editore, Milano, 1988. DI GIOVANI, F.: "Strumenti privastistici e tutela dell'ambiente", CEDAM, Padova, 1982. GIROD, P.: "La réparation du dammage écologique", LGDJ, 1974. MARTIN, G.J.: "De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit a l'environnement", Université de Nice, 1976. MORENO TRUJILLO, E.: "La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro", Bosch editor, Barcelona, 1991. PARRA LUCAN, M.A.: "La protección del medio ambiente", Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

b) Delito ecológico.

MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, A.: "Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente", Ed. COLEX, Madrid, 1992. DE VEGA RUIZ, J.A.: "El delito ecológico", Ed. COLEX, Madrid, 1991.