

## EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE TUTELA AMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA (\*)

ALBA NOGUEIRA LÓPEZ

**SUMARIO:** — I. INTRODUCCIÓN. — II. LOS PRIMEROS SIGNOS DE CONCIENCIACIÓN POR EL DETERIORO AMBIENTAL: CAUSAS Y EFECTOS EN EL ÁMBITO PÚBLICO: 1. La utilización generalizada de instrumentos de limitación administrativa en los orígenes de la tutela ambiental. Rasgos comunes definitorios de la protección ambiental en los países industrializados. A) Ámbito material de la regulación ambiental. B) Los instrumentos clásicos de limitación como mecanismos preferentes de tutela ambiental. — III. VÍAS DE SUPERACIÓN DE LAS FORMAS E INSTRUMENTOS TRADICIONALES DE TUTELA AMBIENTAL: 1. Evaluación de los primeros veinte años de política ambiental comunitaria. Un balance insatisfactorio que impulsa la reorientación. A) Iniciativas para solucionar los problemas estructurales de la política ambiental. B) Fallos persistentes en la aplicación de la normativa. 2. Cambios socio-políticos que favorecen la elección de nuevas formas de actuación. A) La introducción de canales de participación. B) Los movimientos limitadores del intervencionismo público. C) El principio de subsidiariedad y su influencia en la utilización de instrumentos económicos y de autorregulación en el ámbito comunitario. 3. Nuevos instrumentos basados en la corresponsabilización que difuminan los límites entre tutela pública y privada. — IV. CONCLUSIONES.

### I.- INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende analizar la evolución experimentada por las técnicas y formas de intervención administrativa con el fin de tutelar el medio. Desde el nacimiento, a finales de los años sesenta, de la política ambiental como un área de intervención pública autónoma dotada de unos objetivos y principios propios en la mayor parte de los países industrializados, y de modo particular en la Comunidad Europea, hasta el momento actual que se

---

(\*) Este artículo es una adaptación de una parte del capítulo introductorio de mi Tesis de Doctorado *Régime jurídico das auditorias ambientais*, dirigida por el Prof. Dr. D. José Luis Carro Fernández-Valmayor, que fue juzgada y calificada apto *cum laude* por el Tribunal compuesto por los Profesores Doctores D. Ramón Martín Mateo, D. Fernando López Ramón, D. Enrique Gómez-Reino y Carnota, D. Enrique Alonso García y D. Antonio C. Macedo de Oliveira a quienes aprovecho para expresar mi agradecimiento por las sugerencias y comentarios realizados.

puede calificar como de consolidación y reorientación, se ha producido una paulatina evolución y adaptación de las técnicas de protección ambiental.

Significativamente, el debate ambiental en los últimos tiempos parece centrarse en la necesidad de adoptar nuevas técnicas que contribuyan a frenar el deterioro ambiental a través de la corresponsabilización —y por lo tanto de una mayor intervención de los agentes privados— y de una atenuación de los elementos que presiden la normativa ambiental actual (fijación de objetivos-inspección-sanción), sustituyéndolos por instrumentos de tipo incitativo y de autorregulación. El Quinto programa comunitario de acción en materia de medio ambiente, hoy en vigor, y las más recientes iniciativas legislativas comunitarias respaldan esta orientación.

No obstante, parece preciso señalar los condicionantes normativos, políticos y organizativos en los que surgen estas medidas y determinar la adecuación de este tipo de técnicas e instrumentos al contexto específico de todos los Estados miembros y las causas concretas que han limitado la efectividad de la normativa vigente. Es, pues, conveniente dilucidar en qué medida los fallos detectados en la intervención pública ambiental que justifican la potenciación de los instrumentos económicos y de autorregulación se deben, efectivamente, a errores de concepción (estructurales, elección de medios) o, por el contrario, son problemas de aplicación y ahí es donde se debe actuar con premura para frenar el deterioro ambiental.

## II.- LOS PRIMEROS SIGNOS DE CONCIENCIACIÓN POR EL DETERIORO AMBIENTAL: CAUSAS Y EFECTOS EN EL ÁMBITO PÚBLICO

Las primeras medidas relativas a la protección del medio pueden cifrarse en tiempos bastante remotos, incluso podemos encontrar ejemplos medievales, estando encuadradas en el terreno de la salud pública (1). Consistían, fun-

(1) En España la Novísima Recopilación contenía preceptos dirigidos a evitar los efectos nocivos o incómodos de ciertas actividades manufactureras. DOMPER FERRANDO, J., *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, Civitas, 1992, p. 57-62, recoge una extensa lista de normas promulgadas el siglo pasado con la finalidad de proteger la salud humana de actividades clasificadas donde «la preocupación por la conservación de la naturaleza tal como hoy la entendemos es de segundo orden y se atiende a ella solamente en cuanto pueda afectar a la producción agrícola o transmitir enfermedades» (p. 63). En Francia, GABOLDE, C., *Les installations classées pour la protection de l'environnement*, Sirey, Paris, 1978, p. 2 y ss., hace mención a distintas disposiciones medievales y modernas dirigidas a evitar los humos, vertidos de aguas y depósitos de basura que hacían la vida urbana insoportable e insalubre. Incluso, viene ya de antiguo en ciertas urbes, como Londres, la prohibición de la utilización de la calefacción de carbón por la irrespirable atmósfera en la que sumía a la ciudad. Los primeros ejemplos de medidas con relevancia ambiental en Gran Bretaña se citan en SMITH, T., KROMAREK, P., *Understanding U.S. and European environmental law*, Graham & Trotman, 1989, p. 36.

damentalmente, en iniciativas destinadas a proteger los núcleos de población de focos infecciosos o de actividades molestas. Así, la mayor parte de estas medidas tenían como objeto la calidad y salubridad de las aguas, la ausencia de humos perniciosos y el control del depósito de basuras (sirven como ejemplo la Ley de Aguas de 1879 que limitó los usos que perturbaran la salubridad y el Reglamento y nomenclatura de establecimientos clasificados de 1925) (2). Aunque pudiesen tener indirectamente efectos beneficiosos para el entorno, su finalidad era única y exclusivamente la de proteger la salud humana.

Los cambios que introduce la Revolución Industrial en el ambiente urbano, haciendo muchas veces insoportable la vida en los entornos industriales, inspira nuevos controles con incidencia ambiental pero, aún, enmarcados en el terreno de la protección de la salud (3). Ya en el siglo XIX se produjeron reacciones populares e intelectuales, por ejemplo dentro del movimiento romántico, contra las consecuencias de una industria tremendamente contaminante que minaba la salud de los ciudadanos y hacía penosas sus condiciones de vida (4). No resultaba extraño que los Gobiernos, a menudo los gobiernos locales, adoptasen medidas tendentes a reprimir o alejar instalaciones fabriles especialmente molestas para la población. Sin embargo, en términos generales, la Administración jugaba frecuentemente un papel de aliada y defensora de la industria, tratando de defender a ésta frente a las reclamaciones de los particulares. Como indica J.M. Naredo, «desde sus orígenes, la empresa capitalista ha presionado al Estado para que refrendara los daños ocasionados sobre el entorno por su actividad, manteniendo ésta a resguardo de las eventuales protestas y exigencias del vecindario y de los propietarios individuales o colectivos afectados» (5). La presión de las empresas para protegerse frente a la «arbitrariedad de los magistrados»

(2) Este Reglamento fue precedido por una serie de disposiciones —inspiradas en los precedentes franceses— que, si bien intentaban proteger la salud, eran muy conscientes de la necesidad de proteger el libre ejercicio de la actividad industrial.

(3) HUGHES, D., *Environmental Law*, Butterworths, Londres, 1992, pax. 3-4, menciona que en Inglaterra los primeros ejemplos de normativa con incidencia ambiental se deben a la necesidad de intervención pública a causa de los problemas de salud del siglo XIX. La *Public Health Act* de 1875 intenta atajar la grave situación sanitaria creada por la proliferación descontrolada de suburbios hacinados e insalubres donde la mortalidad era tan alta como cuarenta años antes.

(4) Ligado a los cambios que introduce la Revolución Industrial en los modos de vida, surge un movimiento naturalista de protección de la naturaleza. Este movimiento, inspirado en una concepción romántica del medio natural, buscó un escape a las tensiones urbanas en la naturaleza apareciendo así los primeros ejemplos de espacios naturales protegidos. La elección de estos espacios obedecía, principalmente, a criterios de belleza paisajística más que su singularidad como ecosistemas, vid. LÓPEZ RAMÓN, F., *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*, Bolonia 1980, p. 52-56; LAMARQUE, J., *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, LGDJ, Paris, 1973, p. 135-136.

(5) NAREDO, J.M., *La economía en evolución*, Madrid, Siglo XXI, 1987.

y poder «ejercer su actividad libremente y con seguridad» condujo a la introducción de cambios legislativos a principios del Siglo XIX (p.e., el Decreto napoleónico de 1810) para establecer un régimen de autorización previa de las instalaciones peligrosas, insalubres o incómodas, que las protegería ante futuras protestas de los perjudicados. Las empresas debían cumplir con los mínimos de protección fijados por el Estado y, a cambio, operaban sobre una base de estabilidad protegidas de las denuncias de los ciudadanos. Esa fue la línea de conducta tradicional y típica del Estado cuya prioridad se centraba en el apoyo a la industrialización, considerando secundarios los efectos externos sobre el entorno. De hecho, a pesar de una cierta evolución sigue estando muy arraigada esta pauta, sobre todo en los países del Sur de Europa, de anteposición de la industrialización a cualquier consideración ambiental.

Esa lógica alcanza su cima con las altas tasas de crecimiento económico en el periodo que sigue a la II Guerra Mundial; serán precisamente las consecuencias abrumadoras de ese desarrollo las que expliquen un cambio de sensibilidad que se produce particularmente en las décadas de los sesenta y setenta, cuando diferentes aspectos de la problemática medioambiental emergen con fuerza en el debate social, político e intelectual no ya como una preocupación puntual y local derivada, por ejemplo, de la existencia de un foco especialmente contaminante que perjudica a la salud sino como una preocupación más global donde lo que se pone en cuestión es, propiamente, el estado del medio ambiente.

La primera reflexión que se impone es por qué en este último periodo el problema ambiental ha adquirido la dimensión e importancia que hoy tiene, produciendo un giro tan importante de orientación con respecto al pasado. Este despertar de la inquietud medioambiental no es fruto del azar sino que obedece a una serie de factores de distinto orden, en buena medida ligados al modelo de desarrollo característico de la posguerra, que confluyen a finales de los años sesenta y principios de los setenta en el esbozo de una nueva conciencia medioambiental, ligada a lo que algunos llamaron la sociedad postindustrial. A nuestro juicio, un primer factor explicativo está en la crisis del modelo de industria intensiva en recursos y en consumo energético; el consumo excesivo de ciertas materias primas y de recursos energéticos provocó un progresivo agotamiento de yacimientos y fuentes de aprovisionamiento que se tradujeron en un aumento paulatino pero permanente de los precios de alguno de ellos y en algunos casos, como el del petróleo, en un brusco crecimiento. Se ha hecho cada vez más evidente que un desarrollo industrial sobre esas bases es insostenible y esta reflexión ha empezado a reflejarse en la estructura de precios del sistema y también en la preocupación de los investigadores, de los clubes de opinión y de las autoridades (6).

(6) MARTÍN MATEO, R., «El medio ambiente y la crisis económica: consecuencias jurídicas», *Documentación Administrativa*, n. 190, 1981, p. 383 y ss., estudiaba el impacto de la crisis

En ese sentido, uno de los momentos cruciales fue el año 1972, en el que ve la luz el informe Meadows del Club de Roma que, bajo el título *The limits of Growth*, advierte de los problemas de un crecimiento pensado sólo en clave cuantitativa y que no tiene en cuenta la variable ecológica. Su traducción a todos los idiomas y el respaldo político-moral de ese club de influencia constituyó un revulsivo también en las elites dirigentes de la sociedad.

Al mismo tiempo, el desarrollo científico-técnico empieza a hacer posibles otras alternativas tecnológicas. Se vislumbra ya que la tecnología utilizada no es la única posible sino que pueden ser viables opciones tecnológicas más «amistosas» con el medio. La emergencia de las Nuevas Tecnologías permite entrever soluciones que sólo necesitarán un cierto tiempo para madurar y un cierto cambio en la estructura de precios y en la percepción de los empresarios para poder ser introducidas y difundidas. Si es cierto que la sociedad nunca se plantea tareas para las que no vislumbre posibles o potenciales soluciones, éste parece un caso claro.

Asimismo, vinculado a los problemas derivados del reconocimiento de la escasez de las reservas de petróleo a los que se tuvo que enfrentar, de forma abrupta, la sociedad a comienzos de los años setenta, emerge el gran debate sobre el uso de la energía nuclear como fuente alternativa de energía, que se tradujo en una creciente inquietud de la sociedad civil por el impacto de su uso sobre la seguridad, la salud humana y el medio.

Por otra parte, no debe descuidarse la importancia del contexto social e intelectual en el que empieza a emerger esta preocupación. La conciencia ambiental surge en un momento de bonanza económica, cuando los niveles de bienestar alcanzados en las sociedades desarrolladas permitían preocuparse no sólo por la cantidad de bienes producidos sino también por otros aspectos más cualitativos de la vida. La difusión de una cultura crítica anti-sistema contribuye también a favorecer el nacimiento de lo que poco a poco se irá conformando como el movimiento ecologista (7). Esta bonanza económica tiende a producir paralelamente una sociedad más educada y propensa a destinar recursos a la protección ambiental. STEWARD apunta como eslabón de cierre de la cadena prosperidad-educación-protección, la disposición de las sociedades ricas y formadas para desarrollar aparatos administrativos fuertes y capaces para diseñar y ejecutar medidas de protección ambiental efectivas (8).

energética y apuntaba soluciones a este problema que, en todo caso, pasan por un cambio de actitud global.

(7) Sin ir más lejos en 1961 nace el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF) y Greenpeace en 1971.

(8) STEWARD, R., «Environmental regulation and International Competitiveness» en *The Yale law Journal*, Vol. 102, 1993, p. 2053.

Por último, cabría señalar una serie de hechos puntuales que sirven como detonadores y difusores de esa preocupación entre los que destacan ciertas catástrofes ambientales. La grave contaminación de las aguas del Rin, el accidente del superpetrolero «Torrey Canyon» en 1967 frente las costas francesas provocando una gran marea negra y otros desastres ambientales coetáneos son factores que contribuyen a acelerar la internacionalización de la concienciación.

No existe, por tanto, un único factor explicativo del despegue de la conciencia ambiental sino que es un proceso en el que confluyen factores de toda índole: tecnológica, económica, social y política. El Derecho ambiental se irá configurando *pari pasu* al desarrollo de esa preocupación, filtrada por los grupos de interés y los legisladores. Obviamente la traducción de las preocupaciones sociales en normas jurídicas en un campo tan nuevo, y tan complejo, requiere un inevitable proceso de aprendizaje (9).

Es digno de ser resaltado el hecho de que el proceso de incorporación a la norma jurídica de aspectos relacionados con el medio ambiente se experimenta de forma contemporánea en casi todos los países desarrollados, aunque con intensidades y prioridades diferentes. Es hacia finales de los años sesenta y principios de los setenta cuando la Comunidad Europea percibe y asume la importancia de esta cuestión, coincidiendo prácticamente en el tiempo con el reconocimiento del derecho al medio ambiente en textos constitucionales europeos (10).

También en los EE.UU. se produce por estas fechas el definitivo despertar de la conciencia ambiental. La publicación del emblemático libro de Rachel CARSON, *Silent Spring* (1962), la celebración con una manifestación de 20 millones de personas del *Earth Day* de 1970 y la aprobación de las primeras normas con una finalidad exclusiva de tutela del medio marcan el nacimiento de la política ambiental estadounidense, que con el transcurrir del tiempo había de anticiparse en el tratamiento de muchos problemas ligados al deterioro ambiental. La *National Environmental Policy Act (NEPA)* de 1969 constituye la primera norma marco orientada a la protección del medio, siendo seguida en los años posteriores por la *Clean Air Act* (1970), *Clean*

(9) Desde el punto de vista jurídico, un dato revelador de la novedad de la cuestión medioambiental es que textos normativos de singular relevancia de épocas no tan lejanas, como las Constituciones alemana de 1949 e italiana de 1947, no contengan «esa salvaguardia *ad expressum*»; parece, por lo tanto, natural pensar que las inquietudes del momento podían no estar centradas en este problema y que solamente en años posteriores surge esta preocupación.

(10) Art. 24 de la Constitución griega de 1975 y artículo 66 de la Constitución portuguesa de 1976, Constitución española de 1978. También las Constituciones socialistas de la década de los setenta hacen referencia al medio ambiente: Constitución de Bulgaria 1971, RDA de 1974, Polonia de 1976.

*Water Act* (1972), *Safe Drinking Water Act* (1974) y *Resource Conservation and Recovery Act* (1976) (11).

Paralelamente a esta toma de conciencia a nivel europeo y norteamericano, 1970 es declarado «Año Europeo de la conservación de la naturaleza» y se celebra en Estocolmo, en junio de 1972, la *Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente*. A partir de ahí el problema medioambiental adquirirá carta de naturaleza en todas las agendas de problemas importantes, tanto a nivel internacional como dentro de cada uno de los países.

### 1.- La utilización generalizada de instrumentos de limitación administrativa en los orígenes de la tutela ambiental. Rasgos comunes definitorios de la protección ambiental en los países industrializados

A pesar de las diferencias existentes en los sistemas jurídico-político-institucionales de los distintos países industrializados no se puede negar que la evolución de la política ambiental en las dos primeras décadas de funcionamiento presenta ciertos rasgos homogéneos que merecen ser destacados, cuyas coincidencias sobrepasan las usuales en otros campos.

WEALE expone con acierto los elementos comunes de la tutela ambiental pública en los países que se adelantaron en la adopción de políticas públicas al respecto (12). Este autor divide esa caracterización, desde un punto de vista temporal, en un primer momento de puesta en marcha de las medidas de protección ambiental que se extiende durante los años setenta y gran parte de los ochenta, y una segunda fase de redefinición de la política ambiental que comienza prácticamente con la década de los noventa.

De forma sumaria, los primeros años de desarrollo de la política ambiental estuvieron caracterizados por la aparición o adaptación de las estructuras organizativo-institucionales para acoger este nuevo ámbito de actividad. La actividad de tutela ambiental se realizó, casi exclusivamente, a través de técnicas tradicionales enmarcadas en la normativa administrativa. Además, la atención se focalizó selectivamente en algunos sectores del ambiente dejando inabordados otros. Fue precisamente ese enfoque sectoria-

(11) Puede realizarse un examen más detallado de la evolución de la política ambiental estadounidense a través de la consulta de: PERCTVAL, R.V., «Environmental federalism: historical roots and contemporary models», *Maryland Law Review*, vol. 54, n. 4, 1995; también se realiza un repaso a la normativa ambiental en FINDLEY & FARBER, *Environmental Law, cases and materials*, West. Pub. Co., 1985.

(12) WEALE, A., *The new politics of pollution*, Manchester University Press, U.K. 1993, Capítulo I.

lizado el causante de una transferencia del problema de la contaminación de unos medios a otros por una falta de coordinación entre las distintas normas, Administraciones y políticas relacionadas. Hubo, también, en estos años serias deficiencias en la aplicación y el control de la aplicación de la normativa ambiental aprobada.

#### A) *Ámbito material de la regulación ambiental*

Desde el punto de vista substantivo, la normativa occidental responde ciertamente al patrón apuntado por WEALE en el sentido de que la actividad normativa de los distintos países (EEUU, países nórdicos, Comunidad Europea) tiende a concentrarse, en un primer momento, en la contaminación atmosférica y en la de las aguas superficiales para posteriormente abordar la cuestión de los productos químicos tóxicos y los residuos, dejando prácticamente inexplorados otros sectores, como el suelo, también receptores o causantes de contaminación (13).

Las causas que llevan a situar esos problemas concretos, y no cualquier otro, en el centro de la agenda política son, a nuestro entender, varias. En primer lugar se abordan aquellos problemas que son más visibles. Es evidente que un aire irrespirable o un agua contaminada hasta el extremo de que los ríos se incendian reclaman con mayor facilidad la atención que situaciones ambientales menos visibles o con efectos más difusos. También incide en esa secuenciación la propia tradición legislativa de los distintos países. La existencia de normas muy antiguas ligadas a la protección de la salud pública en materia de aguas y aire facilita la construcción sobre esa base de un entramado legislativo que, además, tenga en cuenta exigencias ambientales. Finalmente, esa misma tradición conlleva que existan ya tecnologías desarrolladas para hacerle frente a algunos de los deterioros que se producen en esos sectores, mientras que en otros en los que las señales de alarma son más recientes no existe una solución tecnológica a la que puedan acudir las empresas (14).

En el ámbito comunitario, que resulta más cercano, a pesar del ya voluminoso acervo normativo existente (más de doscientos instrumentos normativos hasta el presente) la actividad legislativa se concentra muy particular-

(13) *Ibidem*, p. 15-6.

(14) En este punto hay que llamar la atención sobre la importancia que tuvo la política comunitaria, y ciertas políticas estatales, de I+D en la consecución de ciertas mejoras ambientales. Se puede decir que uno de los vehículos más efectivos de la protección ambiental fue la investigación medioambiental promovida desde las instancias comunitarias.

mente en ciertos sectores, siendo los ámbitos de actuación más prolífica los de aguas, residuos, ruido y vertidos (15).

Si se compara esta evolución con la de algunos países industrializados vemos como corre prácticamente pareja en la temática escogida en cada momento. A comienzos de los años setenta se aprueban las primeras normas de control de polución de aguas y aire; en la segunda mitad de esta década aparecen las primeras normas de control de productos tóxicos; ya llegados los años ochenta se generalizan técnicas horizontales de protección ambiental como las evaluaciones de impacto ambiental y no es hasta los noventa cuando el control integrado de la contaminación encuentra su lugar dentro de la legislación ambiental (16).

#### B) *Los instrumentos clásicos de limitación como mecanismos preferentes de tutela ambiental*

El elemento que más interesa analizar es el del tipo de instrumentos y técnicas utilizados para conseguir el objetivo de tutela ambiental. En el espacio comunitario, pero también en EEUU y en otros países industrializados, la técnica predominante fue la de acudir a legislación e instrumentos clásicos de limitación (autorizaciones, prohibiciones, inspecciones...), fundamentalmente de signo administrativo para avanzar por este camino; instrumentos que, como se ha indicado tienen tanto una dimensión de «seguridad y garantía» para las industrias contaminantes una vez autorizadas y controladas como una dimensión de limitación de los problemas ambientales de las mismas. El equilibrio entre esas dos funciones contrapuestas, de «protección» del conta-

(15) No se pretende aquí hacer un repaso exhaustivo del nacimiento y consolidación de la política comunitaria de medio ambiente porque este examen ya ha sido realizado, con gran fortuna expositiva y profundidad, por diversos autores. *Vid.* por todos: ALONSO GARCÍA, E.; *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea*, Civitas-FUE, Madrid, 1993, tomos I y II; JONHSON, S., CORCELLE, G., *The environmental policy of the European Communities*, Kluwer Law International, London, 1995; KISS, A., SHELTON, D., *Manual of European Environmental Law*, Cambridge University Press, 1993; KRÄMER, L.; *EEC Treaty and environmental protection*, Londres, 1990, Sweet & Maxwell; LÓPEZ RAMÓN, F.; «La política de medio ambiente de la Comunidad Europea y su incidencia en el Derecho español» en E. GARCÍA ENTERRÍA, S. MUÑOZ MACHADO, GLEZ. CAMPOS (coord.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, 1986, Tomo III; LÓPEZ RAMÓN, F., «Caracteres del Derecho Comunitario europeo ambiental», *RAP*, n° 142, 1997; MARTÍN MATEO R., *Tratado de Derecho Ambiental*, T.I, II y III, Trivium, Madrid 1991; MARTÍN MATEO, R., «Bases y características del derecho ambiental comunitario», *Noticias de la UE*, n° 153, 1997.

(16) *Vid.* para una recapitulación de la política ambiental adoptada por países, WEALE, *op. cit.* p. 11 y ss., SMITH, T., KROMAREK, P., *Understanding U.S. and European environmental Law*, *op. cit.*; LIEFFERINK, J., LOWE, P., MOL, P., *European integration & environmental policy*, John Wiley & Sons, 1995.

minante, por un lado, y de «limitación» de su acción, por otro, puede variar de un país a otro y también de un momento a otro según el grado con que se priorice cada uno de esos objetivos. Nada hay de extraño en esta tendencia si tenemos en cuenta que estamos en el momento álgido del Estado intervencionista y desarrollado. Desde los primeros años de la posguerra (tanto de la II Guerra Mundial como de la Civil española) hasta los años ochenta el Estado fue asumiendo progresivamente más y más competencias con la finalidad de alcanzar el bienestar de los ciudadanos, entendido desde un punto de vista esencialmente cuantitativo. El Estado en este periodo desarrolló una vastísima actividad reguladora de la actividad económico-industrial en la que los instrumentos esenciales eran los incentivos, las autorizaciones, las prohibiciones y el control y, por lo tanto, resultaba lógico que también en lo que respecta a los problemas ambientales los instrumentos fuesen en principio de la misma naturaleza (17).

En lo que respecta al *corpus* del Derecho ambiental no cabe duda, y la doctrina así lo ratifica (18), que durante los años setenta y ochenta se intentó conseguir el objetivo de protección ambiental a través, fundamentalmente, de medidas de policía. La autorización, como técnica central e imprescindible de la tutela del medio, pero también otras medidas como la fijación de límites y objetivos de calidad, el establecimiento de prohibiciones o, en último caso, la imposición de sanciones, son todas «rancias», que no ineficaces, técnicas de limitación administrativa. A pesar de la novedad del terreno regulado el legislador optó por no aventurarse en los modos de actuación administrativa, decisión totalmente justificada si tenemos en cuenta que en aquel momento no existía un cuestionamiento de la intervención del Estado en las distintas facetas de la vida social. No obstante, el inevitable apego a la rutina administrativa, la congruencia con los instrumentos típicos de la Administración en los demás campos y la necesidad de asegurar el cumplimiento de las medidas propuestas favorecieron la adopción de técnicas ya conocidas (19). La tendencia podría haber sido, sin embargo, la opuesta; apoyándose en el hecho de estar inaugurando una nueva área del Derecho podría haberse desprendido de las inercias que condicionan las técnicas administrativas en otros sectores y apostar por nuevas formas de acción.

(17) FONT I LLOVET, T., «Instrumentos jurídicos en la protección del medio ambiente», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 5, diciembre 1994, realiza un repaso de los principales instrumentos y técnicas empleados para tutelar el medio.

(18) Se pronuncian en este sentido MARTÍN MATEO, R. *Tratado... op. cit.* p. 113; KLOEPFER, M., WINTER, G., «Instruments of direct behavioural regulation», REHBINDER, «Self Regulation by industry», p. 240, y GLASBERGEN, P., «From regulatory control to network management», p. 188-9, todos ellos en G. WINTER, *European Environmental Law*, Darnmouth, England, 1996.

(19) REHBINDER, «Self regulation...» *op. cit.* p. 240.

Más allá de esas razones vinculadas a la reproducción rutinaria de un modelo de intervención pública pueden existir otras razones que justifican la opción tomada en su momento. El recurso a estas técnicas presenta ventajas evidentes como una mayor seguridad jurídica y posibilidad de control de la actividad administrativa, además de garantizar más fácilmente el principio de prevención y ser más adecuadas para problemas importantes que precisan solución en el corto plazo. Correlativamente, el juego de garantías a los que está sometida la actividad administrativa provoca su rigidez y lentitud.

La fidelidad a los instrumentos tradicionales de limitación administrativa, no debe ocultar, sin embargo, una positiva evolución interna en el uso de esas técnicas clásicas, paralela a la experimentada en otros sectores como el de la regulación de la actividad industrial, que contribuye a flexibilizarlas y favorece la participación. En efecto, considero acertada la secuenciación que efectúan autores como GLASBERGEN y KLOEPFER de la evolución de las medidas *command and control* a lo largo de estos años (20). De una situación de partida caracterizada por la omnipresencia de la autorización como técnica de tutela ambiental y, también, por la fuerte sectorialización y dispersión, se evoluciona, primeramente, hacia un intento de coordinación y unificación de los permisos. La limitación de la intervención estatal en momentos de peligro efectivo se amplía a situaciones de riesgo (incluso remoto). Se pasa también de una relación puntual a una continuada entre la Administración y el sujeto sometido a autorización (inspecciones y controles periódicos en el marco de autorizaciones de *tracto continuo*).

Posteriormente se pretende un cambio en la propia concepción de la normativa pasando de una regulación de medios a una de fines o resultados. Más que imponer una tecnología determinada para resolver un problema (con la amenaza de ineficiencia que puede causar la uniformidad en el tratamiento de problemas subjetiva y objetivamente diferentes) se va a una orientación teleológica de la normativa a través de la fijación de objetivos o límites de calidad ambiental que pueden ser alcanzados con los medios que el agente contaminador considere más oportunos.

Un tercer momento en esta evolución interna de las técnicas de limitación administrativa sería el de la eliminación de trámites autorizatorios para sectores de industria homogéneos y poco contaminadores, siendo substituidos por la obligación de presentación periódica de informes a la Administración sobre la situación ambiental de la empresa.

La estrecha vinculación con la actividad previa de planificación y la estandarización o uniformización va a modificar substancialmente los proce-

(20) GLASBERGEN, «From regulatory control...» *op. cit.* p. 188-9; KLOEPFER, «En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado», *Documentación Administrativa*, 235-6, 1993, p. 33-35.

dimientos autorizatorios en aquellos sectores aún pendientes de estos trámites (21). Esa evolución de los permisos como técnica directa de tutela ambiental mejora de forma evidente su funcionamiento, como también lo hace la aparición de mecanismos externos, complementarios del procedimiento autorizatorio, tales como la evaluación de impacto ambiental y los trámites de información pública (22).

Finalmente, de forma muy aislada en ciertos países (Holanda, Gran Bretaña) se produce una unificación de permisos a través de la técnica del control integrado de la contaminación que posteriormente sería adoptada por la Unión Europea (23).

La evolución señalada en las técnicas de policía en materia de medio ambiente es coincidente, o paralela si se quiere, con la experimentada en otros ámbitos como el de la industria. No hace falta más que observar el régimen de instalación y ampliación de industrias en España para comprobar que la tendencia fue la progresiva sustitución de las autorizaciones por un régimen de libre instalación supeditado a la entrega a la Administración de información técnica sobre la actividad. Como dice FERNÁNDEZ FARRERES «este sustancial cambio conlleva que la acción administrativa progresivamente se vaya desplazando del mecanismo de la intervención previa a través de la técnica autorizatoria, a la intervención concretada en la dirección, supervisión y control del desarrollo de la actividad industrial» (24).

El proceso que se acaba de describir no debe oscurecer que, básicamente, nos encontramos en el mismo marco de referencia. El sistema normativo es más coherente y fuerte pero las técnicas de protección ambiental son sustancialmente las mismas. Nada hay de malo en ese «continuismo progresista» en tanto en cuanto las medidas adoptadas sean efectivas y sirvan para invertir la tendencia, parece que imparable, de deterioro ambiental. Sin

(21) VERA JURADO, D., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, Tecnos, Madrid 1994, capítulo 4, hace un repaso sumamente interesante de la vinculación entre los instrumentos de planificación y las autorizaciones. Afirma este autor que, en estos casos, «la autorización administrativa es, en este sentido, un simple mecanismo de ejecución, ya que la solución del conflicto planteado entre el desarrollo de las actividades industriales y la protección del medio ambiente se produce en los propios instrumentos de ordenación que, a través de la discrecionalidad técnica, prevén la solución más racional y proporcionada» (p. 85).

(22) BÁNDI, G., «Financial instruments in environmental protection», en G. WINTER, *European Environmental Law*, Darnmouth, England, 1996, p. 201.

(23) A este intento obedecen, como manifestación más avanzada, las normas de control integrado de la contaminación que fechan en Holanda del año 79, en Suecia y Gran Bretaña del 90 y, más recientemente, en la UE del año 1996.

(24) FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Industria» en MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho administrativo económico*, Tomo II, La Ley, Madrid, 1988, p. 411.

embargo, las evidentes deficiencias en la aplicación de la normativa ambiental y, en lógica consecuencia, el aumento en la cuantía y gravedad de las agresiones ambientales hicieron, y hacen, plantearse a autoridades, estudiosos y ecologistas la necesidad de un cambio de orientación de la política y de los instrumentos de protección ambiental. La dimensión de este cambio dependerá de la valoración que se haga en cuanto a si lo que ha fallado han sido las técnicas utilizadas o la aplicación concreta de las medidas adoptadas.

### III.- VÍAS DE SUPERACIÓN DE LAS FORMAS E INSTRUMENTOS TRADICIONALES DE TUTELA AMBIENTAL

#### 1.- Evaluación de los primeros veinte años de política ambiental comunitaria. Un balance insatisfactorio que impulsa la reorientación

Aproximadamente cuando se cumplían los primeros veinte años de la política comunitaria de medio ambiente diversas corrientes políticas, sociales y científicas confluyeron en una evaluación espontánea de los avances experimentados en ese periodo y de las carencias que aquejan al Derecho ambiental comunitario —y también a los ordenamientos ambientales de muchos Estados industrializados—, impulsando la apertura a nuevas experiencias.

REHBINDER indica que el Derecho Ambiental, tal y como fue concebido durante los años setenta y ochenta, presenta tres grandes fallos; por una parte olvida los costes individuales del control de la polución; por otra, impide la innovación; por último, y fundamentalmente, no consigue su objetivo principal (frenar el deterioro ambiental) (25).

En efecto, no se puede decir que la normativa ambiental existente tenga en cuenta el principio «quien contamina paga». Por regla general, no existe, tampoco, una asunción de los costes de la contaminación por parte de sus causantes; el principio «quien contamina paga» es desarrollado de forma sumamente superficial siendo los poderes públicos quienes corren con la mayoría de las inversiones ambientales tanto de prevención como de corrección.

La aplicación poco exigente de la legislación existente tampoco ha invitado a la innovación tecnológica. Las empresas no han encontrado incentivos

(25) REHBINDER, «Self regulation...» *op. cit.* p. 240.

suficientes para modificar sus productos y procesos productivos debido a las escasas ventajas competitivas existentes cuando los competidores pueden seguir operando con tecnología más contaminante sin que la Administración los sancione contundentemente; y porque la innovación requiere de una situación de estabilidad y previsibilidad de la evolución de la legislación que no se da en el ámbito ambiental (26).

Además, el enfoque sectorializado de la normativa ambiental (legislación sectorial de aguas, ruido, residuos...) ha ocasionado una transferencia de la contaminación de unos elementos del medio a otros por una falta de coordinación entre las distintas normas, Administraciones y políticas relacionadas y una superposición de intervenciones administrativas que no estimula la conformidad de los sujetos implicados, antes bien favorecen el incumplimiento.

También se detecta un escoramiento de la política comunitaria ambiental hacia los intereses de los países más activos ambientalmente, que son también los más industrializados. Esta circunstancia provoca que la agenda comunitaria se fije atendiendo a las prioridades de un conjunto de países en los que existe ya una legislación bien entramada y con un nivel de cumplimiento aceptable. Países que están en una mejor posición para rentabilizar las potencialidades de instrumentos basados en la autorresponsabilización o en los estímulos de mercado.

Igualmente, se hace evidente un excesivo protagonismo público en la tutela ambiental y una ausencia de participación, y por tanto de corresponsabilización, de los sujetos privados, especialmente de los agentes generadores de contaminación a gran escala.

Pero lo que se acaba de mencionar hasta ahora son tan sólo los efectos que nos hacen percibir que algo falla en la política ambiental comunitaria ¿cuáles son las causas? ¿dónde están los fallos? Es necesario detectar los puntos donde se localiza ese estancamiento en orden a saber si el cambio que debe experimentar la política comunitaria de medio ambiente consiste tan sólo en una corrección de ciertas disfunciones o si, por el contrario, debe ir más allá suponiendo una profunda remodelación de las bases sobre las que se asienta.

En un afán sistematizador, a mi juicio, la política ambiental comunitaria falla por dos cuestiones de diferente calado; existen problemas estructurales de diseño de la propia normativa (sectorialización; legislación de medios y no de objetivos; ausencia de canales de participación) (27), pero también, y

(26) WALLACE, D., *Environmental policy and industrial innovation. Strategies in Europe, the U.S. and Japan*, Earthscan Pub., G.B. 1995, p. 17-18.

(27) El Informe de la Comisión sobre la aplicación del Derecho ambiental comunitario, COM (96) 500, de 22 de octubre de 1996 indica que muchos de los defectos de diseño e imple-

de forma fundamental, una buena parte de los defectos de esta política se deben a fallos de implementación (defectos o ausencia total de seguimiento; insuficiencia de las sanciones; falta de compromiso de los poderes públicos y de los agentes privados...). Si se realiza un repaso de la literatura jurídico-política y de los propios documentos de la Comunidad se puede apreciar como aparecen enumerados recurrentemente una serie de problemas a los cuales, paradójicamente, apenas se ha puesto solución.

#### A) *Iniciativas para solucionar los problemas estructurales de la política ambiental*

En el primer grupo de problemas, relacionados con la propia definición y configuración de la normativa ambiental, las autoridades comunitarias han mostrado una mayor capacidad para que su diagnóstico de lugar a una corrección de los efectos no deseados. Ciertamente la normativa ambiental estaba aquejada de problemas de raíz como el olvido de ciertos sectores y causas de deterioro ambiental; un enfoque poco globalizador de los problemas que conduce a la hiperregulación; la concepción de la política ambiental como un deber exclusivo de los poderes públicos y la superposición de exigencias haciendo increíblemente costoso y burocratizado el cumplimiento de todas las disposiciones existentes. Además de eso, hay que tener en cuenta que el sistema de regulación directa es más fácil de manejar por la Administración y permite ejercer un control directo sobre la actividad contaminante pero, a medida que aumenta el deterioro ambiental, son necesarias cada vez normas más restrictivas y, proporcionalmente, menos eficaces (28). Como recordaba el Prof. MARTÍN MATEO en su *Tratado*, el marcado enfrentamiento entre política ambiental y política económica, que implicaba una escalada contaminadora por parte de los agentes económicos y una escalada normativa por parte de los poderes públicos, hoy ya no es válido «en cuanto que si bien la disciplina pública del medio sigue siendo imprescindible, los empresarios empiezan a adoptar un talante colaborador que hace innecesario imponer el cumplimiento de enérgicas medidas, cuando no superan voluntariamente el nivel de exigencias de la Administración» (29).

mentación de la política ambiental comunitaria tienen relación con la especial complejidad que presenta esta política debido a las interdependencias e interrelaciones de todos sus elementos, a la inexistencia de derechos de propiedad definidos y a la intervención de múltiples sujetos.

(28) JIMÉNEZ HERRERO, L., «Tendencias en el uso de instrumentos económicos en la política ambiental española en el contexto de la CE», *Jornadas sobre economía, fiscalidad y medio ambiente*, Vigo 21.5.1993, p. 7.

(29) MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, 1991, p. 381.

Sin embargo, es en este ámbito donde la Comunidad ha sido más incisiva en el intento de superar esas deficiencias. La política comunitaria de medio ambiente ha intentado en los últimos años revestirse de un enfoque más globalizador que la ha llevado a abordar sectores apenas explorados (i.e. protección de la naturaleza, residuos) y a intentar evitar una compartimentación que aumente los trasvases de contaminación entre sectores. También se procedió a atacar otro de los problemas estructurales como es el del desentendimiento de ciudadanos y empresas por la mejora del medio. La simplificación administrativa, que reclamaban algunos informes comunitarios, como el Informe Molitor, provocó la aprobación de normas como la Directiva de control integrado de la contaminación y el paso de una legislación de medios a una de objetivos (30). En definitiva, los problemas estructurales, o de diseño si se quiere, de la política ambiental comunitaria existen pero la Unión Europea ha dado ya algunos pasos en la dirección de corregirlos. Hay que esperar, pues, un cierto lapso de tiempo para ver si las soluciones arbitradas son las correctas.

Existe, a mi juicio, sin embargo, un dato estructural previo que ha condicionado en gran medida la relación Derecho interno-Derecho comunitario cual es la capacidad de fijar la agenda comunitaria. No cabe duda que la posibilidad de incidir en que la Comunidad aborde los problemas ambientales que un país concreto percibe como más acuciantes, e incluso adopte como modelo a seguir la legislación interna, facilita enormemente la labor posterior de *enforcement* de ese país-modelo. Por este motivo, se ha establecido una pugna soterrada entre los distintos países para que el Derecho comunitario evolucione de un modo lo más parecido posible al Derecho interno propio. Detrás de esa lucha no está tan sólo la preferencia por una normativa lo más compatible posible con el ordenamiento jurídico interno, sino también la voluntad de situar a las opciones tecnológicas propias en una situación de ventaja competitiva con respecto a las de otros países si son escogidas de la pauta en el ámbito europeo, como muestran algunos ejemplos de legislación comunitaria (31). Existen ejemplos de legislación

(30) En este punto hay que recordar la, tantas veces criticada, opción por unas Directivas comunitarias muy complejas y que abordaban detalladamente todos los problemas dejando escaso margen para la intervención de los Estados miembros. Este tipo de legislación, a largo plazo, es poco eficaz. Por otra parte, el Informe de la Comisión sobre la aplicación del Derecho ambiental comunitario, COM (96) 500, de 22 de octubre de 1996 estudia en detalle en su tercera parte los problemas derivados de la calidad y transparencia de la legislación existente.

(31) FRIGERIO, S., *Lobbying in the European Community: a multilayer game. The strategy of FIAT AUTO during the process of adoption of Directive 94/12/EEC*, College of Europe (master's thesis 1993/94), inédita. KRÄMER, L., «The European Community and Atmospheric pollution» en KISS, A., SHELTON, D., *Manual of European Environmental Law*, Cambridge University Press, menciona el caso de la introducción de catalizadores en los coches donde la industria ale-

comunitaria, que parecen confirmar esta intuición, donde se puede apreciar perfectamente como la industria de un determinado país ha favorecido la aprobación de una norma comunitaria adaptada a la solución tecnológica propia con la finalidad de crear mercado.

A pesar de que la iniciativa del proceso legislativo está monopolizada por la Comisión, no cabe ninguna duda de que los Estados «importantes» y, fundamentalmente, los Estados con una política ambiental propia, pueden condicionar las prioridades comunitarias (32) y así ha sucedido a lo largo de estos años. No se ha valorado suficientemente hasta el momento la importancia de los efectos de esta práctica en el comportamiento de los países menos diligentes en el cumplimiento de las obligaciones comunitarias (ciertamente los del Sur de Europa, Gran Bretaña e Irlanda). Es cierto que en la mayor parte de los casos existe una despreocupación de raíz por la problemática ambiental, que no admite disculpa, pero también habría que valorar si la agenda comunitaria aborda los temas más acuciantes, desde el punto de vista ambiental, para estos países (33).

mana tuvo evidente interés en que su tecnología fuese impuesta en el nivel comunitario para asegurar que no se producían barreras a la exportación de sus vehículos. Después de largas negociaciones esta fue la solución adoptada (Directiva 89/458 y Directiva 89/491). Diversos autores se expresan en el sentido de considerar que las empresas que hacen el «primer movimiento» tienen más oportunidades competitivas que las que adopten la estrategia de dejarse llevar por estas primeras, *vid.* por todos CATTANACH, R. et al., *Handbook of environmentally conscious manufacturing: from design & production to labeling & recycling*, Irvin, Chicago, 1995; CAIRNCROSS, F., *Las cuentas de la Tierra. Economía verde y rentabilidad medioambiental*, Acento Editorial, 1993; WELFORD, R., *Environmental management and bussiness strategy*, Pitman Pub. Londres 1994. El estudio de la OCDE, *Environmental policies and industrial competitiveness*, Paris, 1993, permite llegar a la misma conclusión a través del estudio de las experiencias de distintos países y sectores (muy especialmente los casos de Japón y Alemania).

(32) KRÄMER, L., «The elaboration of EC environmental legislation» en WINTER, G., *European Environmental Law. A comparative perspective*, Dartmouth, 1995, reconoce que los Estados pueden condicionar la agenda comunitaria y que, aunque no es práctica habitual, en el proceso de discusión de una norma puede llegar a haber reuniones con representantes de los Estados importantes. Tiene especial interés su afirmación de que «la Comisión, particularmente en el comienzo de su actividad ambiental, frecuentemente se deja inspirar por las iniciativas legislativas de un Estado miembro en concreto. Este fenómeno ha aumentado desde que Alemania adoptó una política bastante «verde» en el nivel interno. Las Directivas de contaminación atmosférica y las Directivas de biotecnología y embalajes son ejemplos recientes. El modelo de la legislación estatal como una avanzadilla de la legislación comunitaria parece jugar un papel muy importante en el futuro, en especial de cara a la consecución del mercado interno» (p. 315).

(33) LA SPINA, A., SCIORTINO, G., «Common Agenda, Southern rules: European integration and environmental change in the Mediterranean States» en LIEFFERINK, J., LOWE, P., MOL, P., *European integration and environmental policy*, John Wiley & Sons, 1995, menciona que el retraso ambiental de los países del sur obedece a una causa doble. Por una parte, es el resultado de una estructura social eminentemente insolidaria y con una sociedad civil poco desarrollada;

### B) Fallos persistentes en la aplicación de la normativa

En lo que respecta al segundo grupo de defectos, claramente alineados en el terreno de la aplicación o implementación, se puede ya apreciar que en este tiempo hubo serias deficiencias en la aplicación y el control de la aplicación de la normativa ambiental aprobada. No existe un aparato administrativo eficaz y con medios suficientes para garantizar que la normativa aprobada sea puesta en marcha y que ésta cumple los objetivos previstos. La inexistencia de un cuerpo de inspección comunitario, semejante al que existe en materia de pesca y de política de la competencia, dificulta que se produzca una armonización efectiva de los niveles de protección ambiental de los distintos Estados miembros (34).

Fruto de la intervención de múltiples Administraciones (estatales, subestatales y locales) puede apreciarse una falta de uniformidad en la aplicación de la legislación existente. Lo que es peor, creemos que en algunos países, entre los que desgraciadamente hay que citar a todos los del sur europeo, existe una actitud de socabamiento consciente de la normativa comunitaria. Los retrasos en la transposición de las Directivas, la ausencia de un auténtico esfuerzo de puesta en marcha de estas medidas y la falta de compromiso de la sociedad provocan un verdadero retraso en materia ambiental. Este retraso es tanto más grave cuando coincide que los países «remolones» con la política ambiental comunitaria son aquellos donde la práctica totalidad de su *corpus* de tutela ambiental tiene origen en la normativa comunitaria (35). No es que no se aplique el Derecho comunitario porque se considera que el Derecho interno sea más adecuado sino porque se considera que es mejor la ausencia de normativa. Evidentemente, ningún Estado plantea la

---

por otra, hay conexiones evidentes con la incapacidad de estos países para fijar la agenda comunitaria viéndose arrastrados a cumplir una normativa fijada según las prioridades del «norte». Un ejemplo de esa actitud sería la tradicional resistencia española a llegar a un compromiso de reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub>.

(34) El Informe de la Comisión sobre la aplicación del Derecho ambiental comunitario, COM (96) 500, de 22 de octubre de 1996 apunta como soluciones a los defectos de aplicación del Derecho comunitario, entre otros, la posibilidad de editar recomendaciones sobre como se deben realizar las funciones inspectoras de los Estados e, incluso, contar con un cuerpo limitado de inspección comunitaria. Esta última sugerencia es, por el contrario, descartada de plano por el Consejo quien en su Resolución de 7.10.1997 sobre la redacción, aplicación y cumplimiento del Derecho comunitario en materia de medio ambiente (DOCE C 321 de 22.10) «16. SEÑALA que existen ya en los Estados miembros distintos sistemas y prácticas de inspección y CONSIDERA que dichas diferencias deberían ser reconocidas; CONSIDERA además que dichas diferencias no deben ser sustituidas por un sistema de inspección a nivel comunitario».

(35) LA SPINA, A., SCIORTINO, G., «Common agenda, southern rules: European integration and environmental change in the Mediterranean states» en LIEFFERJNK et al., *op. cit.*, inciden con contundencia en estos argumentos.

cuestión en estos términos pero la práctica política conduce a pensar que esta es la idea subyacente (36).

Estos problemas de aplicación tienen una más difícil solución ya que precisan de una implicación activa y de un compromiso serio de todos los agentes que de una o otra forma tienen relación con el deterioro ambiental. Las distintas Administraciones en función de su competencia, las empresas de acuerdo con su responsabilidad en el deterioro o los ciudadanos de acuerdo con su derecho y deber a un medio ambiente adecuado, todos tienen que contribuir a superar el abismo que separa las medidas adoptadas y su aplicación efectiva.

Existe la constancia de que el estado del medio ambiente no sólo no mejora sino que empeora. El olvido o incompreensión de problemas ambientales relevantes, la falta de instrumentos adecuados de control de la aplicación de la normativa establecida, la ausencia de métodos de cuantificación de la situación real, la descoordinación entre las autoridades competentes y la no implicación de las políticas conexas (industria, energía, sanidad, obras públicas...), son muestras de que algo falla en el Derecho ambiental. La consecuencia de estos fallos es obvia: el aumento de la contaminación.

Como colofón de constataciones y reflexiones como las que anteceden surge la voluntad de estudiar la utilización de nuevos instrumentos de tutela ambiental que complementen, o incluso substituyan, los tradicionales, contribuyendo a superar las lagunas y defectos que estos presentan. Se debe apuntar, sin embargo, que existen ciertos problemas como son los de aplicación de la política ambiental que deben ser solucionados independientemente ya que ahí lo que falla no son las técnicas utilizadas sino una deficiente puesta en práctica de las medidas previstas.

En resumen, la evaluación de los primeros veinte años de legislación ambiental no es, ciertamente, óptima, por lo que las llamadas a un giro de la orientación encuentran un foro interesado en hacerse eco de nuevas propuestas. El sistema de ecogestión y ecoauditoría o el sistema de etiquetado ecológico nacen en ese contexto de redefinición de la política ambiental comunitaria y son ejemplos de estas tendencias, no obstante habrá que estudiar si esa reorientación del Derecho comunitario ambiental permite superar los problemas existentes hasta este momento o tiene un alcance más limitado ofreciendo tan sólo ofrece una vía complementaria de tutela ambiental limitada en sus efectos globales y alcance.

---

(36) La coincidencia de que estos países son también aquellos que tienen un menor desarrollo industrial hace que la escasa industria existente pese mucho en la toma de decisiones por la Administración y que los poderes públicos no quieran poner en peligro los puestos de trabajo generados a causa de una implementación estricta de la normativa ambiental.

## 2.- Cambios socio-políticos que favorecen la elección de nuevas formas de actuación

En el epígrafe anterior se han mencionado una serie de problemas de implementación que restaron eficacia a las medidas de protección ambiental diseñadas en los años setenta y ochenta. La percepción de ese fracaso parcial en la tarea de frenar los daños ambientales que aquejan a nuestro planeta provocó los primeros movimientos de búsqueda de nuevos instrumentos que inviertan esa tendencia. Paralelamente se producen una serie de transformaciones generales en las corrientes de opinión políticas y sociales que orientan y modulan la elección de esas nuevas formas de actuación ambiental.

Hablamos, fundamentalmente, de dos corrientes antitéticas como son la de desregulación y la de participación de los ciudadanos en la actividad administrativa pero que llevan dentro elementos que pueden llegar a confluir, en el ámbito del medio ambiente, en una misma dirección. La difuminación de los límites entre público y privado a través de la cesión de ciertas funciones administrativas en manos de agentes privados y la colaboración de los ciudadanos en la gestión ambiental es un resultado al que se puede llegar desde las reflexiones de cualquiera de estas dos corrientes. También incide notablemente en la elección de nuevos instrumentos el reforzamiento del principio de subsidiariedad por el TUE. El cuestionamiento del papel de las instituciones comunitarias implícito en este principio provoca una reformulación tanto del alcance de las políticas comunitarias como de los instrumentos para ponerlas en práctica.

### A) La introducción de canales de participación

El movimiento socio-político de fortalecimiento de la sociedad civil que arranca de los años sesenta pone gran énfasis en la instauración de canales de participación de los ciudadanos en las tareas administrativas que se traducen, finalmente, en la desaparición de las estrictas líneas divisorias que existían entre las funciones de la Administración y de los ciudadanos.

El deseo de una Administración más democrática y abierta y, también, la pretensión de transparencia en las relaciones ciudadano-Administración alimentó la creación de un movimiento generalizado en los países democráticos de demanda de reformas en la Administración, incitado por los propios ciudadanos y las asociaciones representativas, que consiguió ampliar los ámbitos y las formas de participación, modulando la posición de imperio de la Administración.

Tanto la mayor intervención del Estado en múltiples facetas de la vida económica, política y social como la ruptura de la férrea separación entre el

poder político y la sociedad civil precipitan esa *partizipation euphorie* (37), que es al fin y al cabo la respuesta a la necesidad latente de que la actividad creciente del Estado se vea refrendada por el mayor consenso social posible y que el incremento en la especialización técnica pueda ser compensada por los conocimientos de expertos ajenos al propio entramado administrativo. Así se rompería la tradicional concepción dicotómica que enfrentaría irremediablemente al Estado-garantizador de los intereses generales con los ciudadanos-portadores de derechos e intereses individuales. De todas maneras, tampoco puede olvidarse que, también, desde posiciones contrarias al Estado de bienestar se intenta generalizar la participación como una forma de reducir el poder y la intervención del Estado (38).

Este afán participativo también se debe en gran medida a una redefinición del principio democrático. Este no respondería únicamente a la representación, a la proclamación de «un hombre, un voto» sino que estaría conformado por dos vertientes diferenciadas: representación y participación.

La protección del medio ambiente es un terreno especialmente apropiado para la participación del ciudadano. Como señaló M. PRIEUR, la reivindicación de la participación de los ciudadanos en la protección del medio ambiente está ligada a los caracteres particulares de los problemas del medio ambiente, «universalité, durée, interdépendance et irréversibilité» (39). Según las palabras de A. C. KISS «el derecho del medio ambiente transforma todo este ámbito sacando a los ciudadanos de un estatuto pasivo de beneficiarios y nos hace compartir las responsabilidades en la gestión de los intereses de la colectividad en su conjunto» (40).

Esta posibilidad de participación de los ciudadanos y las ONG es debida a lo que JUSTE RUIZ (41) denomina la expansión subjetiva del Derecho del medio ambiente. La interdependencia de los factores que conforman el

(37) Como acertadamente señaló SCHMITT-GLAESSER, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, II, p. 87.

(38) MARTÍN MATEO, R., *Nuevos instrumentos para la tutela*, op. cit. p. 17 y ss., hace un repaso de la evolución del movimiento favorable a la participación y señala precisamente la contradicción ideológica existente entre distintos movimientos que reclaman una generalización de la participación.

(39) PRIEUR, MICHEL, *Droit de l'environnement*; Dalloz; Paris 1984; p. 91.

(40) KISS, A. C., «La mise en oeuvre du droit à l'environnement, problématique et moyens»; II conférence européenne *Environnement et droits de l'homme*; Salzbourg 3.12.1980, Institut pour une politique européenne de l'environnement.

(41) JUSTE RUIZ, J., «La evolución del Derecho internacional del medio ambiente», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo, estudios en homenaje al Prof. Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 405.

medio obligan a vincular a todos los actores implicados en las actuaciones de defensa de éste. La necesidad de concertación está recogida con especial énfasis en el «*Quinto programa de actuación en materia de medio ambiente de la Comunidad*» (42) que marca un punto y aparte en la estrategia ambiental de los poderes públicos. Los desajustes y defectos de la política ambiental de los Estados miembros quieren ser corregidos a partir de ese momento mediante el diseño de nuevas medidas e instrumentos que tienen como eje vertebrador la corresponsabilización y la participación. Se evidencia que la Administración por sí sola nunca va a conseguir detener el deterioro ambiental y que es necesaria una implicación de los ciudadanos y de la industria para encaminar adecuadamente la tutela ambiental. También se hace hincapié en el *Quinto programa* en la necesidad de establecer canales de cooperación entre las distintas Administraciones con competencias en materia de medio ambiente. El lema, en definitiva es: el medio ambiente es cosa de todos y nadie sobra en su defensa (43).

La participación de los ciudadanos, bien sea de forma directa o a través de asociaciones, puede adoptar formas, o servirse de canales, diversos pero tiene un efecto inequívocamente corresponsabilizador, contribuye a reforzar la efectividad de las políticas de defensa del medio y a crear un consenso social positivo sobre su necesidad. Los estrictos márgenes que separaban los cometidos de los poderes públicos y los agentes privados tienden a matizarse con la participación de los ciudadanos en la definición de las políticas públicas y la colaboración con la Administración en su aplicación. Fruto de estos nuevos aires se impone un cambio en la formulación de los instrumentos de protección ambiental existentes y la aparición de nuevos instrumentos en los que la nota participativa tenga una mayor incidencia.

(42) DOCE C 138, 17.5.93.

(43) La reivindicación de la participación de los ciudadanos encuentra su fuente en diversos textos y declaraciones internacionales. Tanto la Declaración de Estocolmo de 1972 como el Acta Final de la Conferencia de Helsinki de 1975 hacen referencia, de un modo más o menos directo, a ese principio de co-responsabilidad de los ciudadanos en materia de medio ambiente. Del mismo modo, la Estrategia Mundial de la Conservación (1980) afirma el carácter imperioso de la participación. Más recientemente la Declaración de Río (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, junio 1992) ha ahondado en esta necesidad de participación en su principio 10. De forma complementaria con el contenido de esta declaración KISS destaca como una conclusión especialmente relevante de la Conferencia de Río la referida al papel crucial que deben desempeñar las organizaciones no-gubernamentales en la defensa del medio. A nivel europeo la mayor parte de las declaraciones están ligadas al derecho a la información como «*corolaire du droit à la participation*». Tanto el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, como en la Recomendación del Consejo de Europa (77) 31 de 28 de septiembre 1977 se habla del acceso del ciudadano a la información en poder de las autoridades públicas.

### B) *Los movimientos limitadores del intervencionismo público*

El Estado Social que nace en la posguerra, caracterizado por la intervención en múltiples actividades de la vida económica y social para asegurar un nivel de bienestar adecuado al conjunto de la sociedad, es objeto de numerosos ataques durante los años ochenta como consecuencia de una serie de cambios económicos, sociales y políticos de gran calado. El creciente déficit público, derivado de un crecimiento exponencial del gasto público para atender un número de funciones cada vez más amplias y más costosas, frente a un crecimiento mucho más lento de los ingresos públicos, que se hace cada vez más difícil de aumentar debido a la crisis económica, constituye un factor esencial en la crisis de ese modelo de Estado Social o Estado del Bienestar. La crisis económica y fiscal va acompañada de cambios sociales y cambios políticos importantes, tanto en el interior de cada país (aumento del paro, auge del liberalismo económico...) como en la escena internacional (crisis de los países del Este Europeo, nuevos competidores en los mercados mundiales que soportan unos gastos públicos menores, etc). Todo ese conjunto de cambios marcan el final de un modelo económico, en el que el Estado venía desempeñando un papel clave prácticamente incuestionado por ningún agente social y aceptado por todas las fuerzas políticas.

La crisis rompió ese pacto social básico y el Estado empezó a ser objeto de un ataque sistemático por diferentes grupos sociales y políticos, a veces por motivos muy diferentes e, incluso, antitéticos. La tendencia general que se impone en todos los países, aunque en grados diferentes y con matices importantes, es una redefinición del papel del Estado en un sentido mucho más liberal, que no siempre significa una reducción del gasto público o del tamaño del Estado sino, sobre todo, una redefinición de los objetivos prioritarios de sus actuaciones y de las formas e instrumentos para llevarlos a cabo. Se produce, consecuentemente, un movimiento de liberalización, privatización y desregulación (44) que incide también de forma directa en la materia ambiental. Muchas de las funciones que anteriormente estaban siendo desempeñadas por el Estado directamente son transferidas al campo privado, bien sea por privatización del servicio o por su sujeción al ordenamiento privado. Ese proceso de «huida del derecho público» en realidad implica en muchos casos el desarrollo de una nueva regulación.

En el ámbito comunitario esta corriente liberalizadora cobra un ímpetu especial como consecuencia de la supresión de barreras comerciales que establecen los Tratados. Las libertades de circulación comunitarias conducen

(44) A pesar de la frecuente utilización indistinta de estos tres términos, y de la posibilidad de que se produzcan de forma paralela DE LA SERNA BILBAO, N., *La privatización en España*, Aranzadi 1995, p. 43 y ss. delimita los tres conceptos.

a un progresivo dismantelamiento de los obstáculos económicos y jurídicos a los intercambios comerciales entre los países comunitarios así como a los flujos de los diferentes factores de producción. Este movimiento lleva aparejado un conjunto de medidas liberalizadoras y desreguladoras que buscan favorecer el proceso de ajuste derivado de la integración económica. Sin embargo, esto no implica que se reduzca la normativa sino que da lugar a la emergencia de todo un nuevo marco regulador, en este caso la creación del Derecho comunitario ambiental, fruto de una progresiva homogeneización de las normativas de los diferentes países miembros. La Comisión Europea desarrolla una actividad reguladora sobre esta materia que será el motor de una creciente actividad de los propios Estados Miembros. Por lo tanto, aunque una parte de la regulación medioambiental emanada en este periodo se implementa a través de instrumentos o instituciones que matizan el grado de intervención pública o recurren claramente a la incentivación, sin embargo, el volumen y diversidad de aspectos regulados aumenta considerablemente.

En ese contexto marcado por el «sentido común» desregulador, el medio ambiente es un candidato preferente para ensayar el nuevo enfoque. Por un lado, porque se trata de un área aún en conformación lo que facilita que las nuevas medidas que se van adoptando se diseñen de acuerdo con aquel criterio y, por otra parte, porque en este contexto el rechazo de cualquier iniciativa inspirada por la «vieja ideología» se enfrentará a una resistencia más fuerte. Parece evidente que los empresarios tenderán a aceptar de mejor grado, e incluso comprender, las obligaciones legales a las que tradicionalmente se han visto sometidas las actividades productivas pero que opondrán cierta resistencia a la introducción de nuevas cargas —como las que se derivan de la legislación ambiental—. En ese sentido los ataques contra la normativa de protección del medio, por no estar ésta arraigada en la conciencia empresarial, serán tanto más virulentos en un contexto de limitación del intervencionismo estatal.

En concreto, los estudios realizados sobre la era Thatcher y Reagan en G.B. y EE.UU. indican que estuvieron muy marcadas por la desregulación y por la presión insistente de la industria en el sentido de que las normas imponían costes excesivos en las empresas que hacían que se resintiese la innovación y la competitividad. El argumento central reside en que en una etapa de liberalización acelerada de los intercambios y globalización de los procesos económicos, la competencia en los mercados mundiales es cada día más agresiva, de forma que las empresas de los países desarrollados deben competir con empresas de países con costes mucho menores, no sólo laborales sino también fiscales y, lo que aquí más nos interesa, costes y limitaciones medioambientales mucho más reducidos. Sin embargo, frente a esa idea conservadora de la competitividad existe una visión alternativa, de corte schumpeteriano, que destaca que la fuente principal de la competitividad es la innovación, sobre todo de la competitividad a medio y largo plazo. En este

enfoque, que es seguido por autores tan emblemáticos como M. PORTER, P. DRUCKER y otros (45), la competitividad estratégica de las empresas no depende tanto de los costes como de la capacidad innovadora, para introducir nuevos procesos o nuevos productos en el mercado, adaptándose rápidamente a las necesidades de los clientes y consumidores. En el marco de esta visión «revisionista», la regulación ambiental no tiene porqué afectar negativamente a la competitividad de las empresas sino que, por el contrario, una legislación ambiental estricta podría inducir un comportamiento más innovador por parte de las empresas, para adaptarse y respetar esas condiciones. Por esa vía se introducirían cambios en los procesos o en los productos antes que las empresas de países más «liberales», de forma que las más diligentes crearían una competencia cualitativa que podría excluir a las últimas de los mercados, primero a las de los países más exigentes y posteriormente de los mercados internacionales en general (46).

Una cuestión algo diferente es la que se plantea en relación con los nuevos modos de actuación que adopta la Administración. La Administración económica, en la que se incardinan una buena parte de las iniciativas con relevancia ambiental, se perfila con nuevos caracteres como consecuencia de esas tendencias liberal-privatizadoras (47). S. MARTÍN-RETORTILLO los sistematiza indicando que se evoluciona hacia una Administración negociada en la que la participación de los sujetos afectados pasa a un primer plano. Se experimenta también una flexibilización de los modos de actuación administrativos y una superación del formalismo. Por último se acogen técnicas jurídico-privadas de actuación dándose un gran intercambiabilidad en las fórmulas de ordenación (48).

En lo que al medio ambiente respecta, estamos ante un movimiento de privatización «en el sentido de sustitución de los anteriores modelos autoritarios, de potestades de imperio, por modelos convencionales, de negociación y de consenso, en las relaciones entre la Administración y los administrados. Privatizar vendría a ser así no tanto la antítesis de publicar, sino más bien la

(45) Véase en particular, PORTER, M., *La ventaja competitiva de las naciones*, Barcelona, Plaza y Janés, 1991.

(46) WALLACE, D., *Environmental policy and industrial innovation. Strategies in Europe, the U.S. and Japan*, Earthscan pub. 1995, G.B., p. 2-4.

(47) Debemos tener aquí en cuenta las palabras de R. STÖBER, en *Derecho Administrativo económico*, MAP, Madrid 1992, de que «objetiva y sistemáticamente no pueden considerarse de forma separada los puntos de vista ecológico y económico ya que ninguna realidad repercute tanto en el medio ambiente como la economía. Y, al revés, la economía sólo puede funcionar si se mantiene el medio ambiente, ya que el rendimiento económico se basa en el aprovechamiento y el aseguramiento de los recursos naturales», p. 45.

(48) MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, p. 56-63.

derogación de la publicación considerada como un sistema, sistema de privilegios para la Administración y de garantías para el ciudadano que el ejercicio de potestades integra para alcanzar los fines que el ordenamiento en cada momento le señala» (49).

En el ámbito de la Administración ambiental propiamente dicha se produce una evolución profundamente vinculada y entrecruzada con estos movimientos ideológicos. ¿Cuál se adivina como la mejor vía de superación de las deficiencias del actual marco regulatorio ambiental? Todo parece indicar que las soluciones más eficientes resultan de complementar la regulación directa con fórmulas de regulación indirecta que intenten motivar al interesado en una dirección determinada dejándole un amplio margen de discrecionalidad y no sancionando un comportamiento opuesto al pretendido desde el ámbito público (50).

Así se abre el camino para una utilización de nuevos instrumentos de protección ambiental, que van desde los impuestos ecológicos o la promoción de I+D con objetivos ecológicos, hasta la ecoetiqueta y la ecoauditoría. Los ataques al intervencionismo estatal parecen contribuir a restarle apoyos a las formas tradicionales de protección del medio, las administrativas, o, por lo menos, a su utilización como técnicas de protección ambiental exclusivas y excluyentes.

Paralelamente a ese rearme de las posiciones liberales contrarias a la intervención pública se experimenta un periodo de estancamiento económico que tampoco favorece el reforzamiento del aparato y de las medidas de control público que impliquen un aumento del gasto público. La crisis económica y los presupuestos gubernamentales restrictivos «ont stimulé un intérêt croissant pour des approches plus efficaces par rapport aux coûts» (51). La perspectiva de poder disponer de unos instrumentos de tutela que no sólo sean mejor aceptados por los agentes contaminadores debido a su menor imperatividad, sino que también puedan permitir recaudar fondos para financiar las medidas de protección ambiental, abrió las puertas a la implantación de los llamados instrumentos económicos.

(49) GARCÍA LLOVET, E., «Procesos de privatización del sector público en Italia», *RAP* 138, 1995, p. 407.

(50) KLOEPFER, M., WINTER, G., «Instruments of direct behavioural regulation», en WINTER, G., *European Environmental Law, op. cit.*, p. 47. Ejemplos de instrumentos de regulación indirecta son los impuestos o tasas ambientales, los acuerdos voluntarios con la industria o la propia ecoauditoría. A través de ellos intenta orientarse la actividad de los sujetos causantes de la contaminación pero sin imponerles una obligación de observar una determinada conducta.

(51) OCDE, *Instruments économiques pour la protection de l'environnement*, Paris 1989, p. 136.

C) *El principio de subsidiariedad y su influencia en la utilización de instrumentos económicos y de autorregulación en el nivel comunitario*

El reforzamiento del principio de subsidiariedad realizado por el Tratado de la Unión Europea parece haber tenido, también, consecuencias en la elección de instrumentos de tutela ambiental. Aun cuando este principio lucía ya en materia ambiental en el Acta Unica Europea su introducción como un principio general del Derecho comunitario parece haber marcado el comienzo de su efectiva consideración como un principio actuante a la hora de formular políticas o emanar legislación. Es a partir de 1993 que los Estados miembros empiezan a exigir a la Comunidad que antes de adoptar iniciativas examine su competencia y, en caso de que esta sea compartida, tenga en cuenta si su actuación se ajusta al principio de subsidiariedad.

En este nuevo contexto, y ante las demandas de ciertos Estados miembros de que la Comunidad procediese a una evaluación exhaustiva de sus propuestas legislativas para determinar cuales seguían teniendo vigencia a la luz del principio, se produjo una reacción en el seno de la Comisión de retraimiento legislativo. Diversos autores señalan que en los últimos años la Comisión ha frenado considerablemente su producción legislativa y es mucho más cauta a la hora de lanzar nuevas iniciativas. «Después de años de expansión la política de medio ambiente de la Unión Europea está afrontando mayor incertidumbre política. Bajo esta incertidumbre hay una cuestión fundamental de prioridades políticas y prerrogativas institucionales para conseguir esas prioridades. El debate actual en la UE sobre la subsidiariedad y la responsabilidad compartida toca directamente estas cuestiones» (52).

Efectivamente el debate sobre la subsidiariedad ha provocado un replanteamiento de la posición de la Unión Europea con respecto a los Estados miembros y de los instrumentos utilizados para conseguir sus objetivos. De una situación de indiscutida preponderancia comunitaria en la formulación de ciertas políticas comunitarias, entre las que se encuentra sin duda alguna la de medio ambiente, se pasa a una contestación de la intervención comunitaria siempre y en todos los sectores. En esta contestación se unen, paradójicamente, países partidarios de un menor grado de exigencia ambiental (ej. Gran Bretaña) y países molestos con una legislación comunitaria que obliga a reducir sus niveles de protección internos (ej. Dinamarca).

Las consecuencias de esa contestación no se hacen aguardar, por una parte la Comisión disminuye el grado de producción normativa hasta un ter-

(52) ZITO, A.R., «The evolving arena of EU environmental policy: the impact of subsidiarity and shared responsibility» en COLLIER, U., GOLUB, J., KREHER, A., (eds.) *Subsidiarity and shared responsibility: new challenges for EU environmental policy*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, p. 11.

cio de los niveles anteriores y, por otra parte, intenta buscar nuevos instrumentos para que su política ambiental no se vea resentida por esa mayor limitación normativa. El Consejo, por su parte, adopta una postura aún más cautelosa como consecuencia de la clara oposición de algunos de sus miembros a la orientación de la política comunitaria de medio ambiente. La reciente *Resolución del Consejo de 7.10.1997 sobre la redacción, aplicación y cumplimiento del Derecho comunitario en materia de medio ambiente* hace referencia constante a la aplicación del principio de subsidiariedad e incide con especial intensidad en el papel de los Estados miembros situando a la Comisión en un plano muy secundario. Por otra parte, el énfasis del Quinto Programa de Acción en la utilización de instrumentos económicos y voluntarios de protección ambiental y en el principio de corresponsabilización obedece también a esa necesidad de redefinición del papel de la Unión en el contexto antes mencionado.

Coinciden temporalmente, pues, tendencias que pretenden una limitación de las regulaciones ambientales en general con los efectos propios de una aplicación efectiva del principio de subsidiariedad que tiende a la limitación de la legislación ambiental comunitaria en particular. Ambas tendencias desembocan en una potenciación de los instrumentos de regulación indirecta (medidas de fomento selectivo, instrumentos de mercado) que matizan considerablemente con respecto a las técnicas de policía clásicas el nivel de intervención pública y en el impulso de la corresponsabilización como vía de superación de la preponderante intervención comunitaria en la materia.

ARNOLD afirma, para explicarlo en términos gráficos, que el principio de subsidiariedad ha llevado a cambiar el enfoque de la política ambiental comunitaria de un enfoque más cuantitativo y regulatorio, en la línea alemana, a uno más cualitativo y procedimental, en la línea británica (53). Signos de esa evolución serían, según este y otros autores (54), la menor actividad legislativa de la Unión Europea, la intensificación de la utilización de instrumentos de regulación indirecta (ecoauditorías, ecoetiquetas, acuerdos voluntarios, fiscalidad ambiental...), y la sustitución de un enfoque basado en la armonización de valores límite por una preferencia por la armonización de procedimientos. Esta última consecuencia es fruto según LERCHE & PREUER

(53) ARNOLD, R., «The meaning of subsidiarity principle in European environmental policy from the perspective of the German Länder», en COLLIER, U., GOLUB, J., KREHER, A., (eds.) *Subsidiarity and shared responsibility: new challenges for EU environmental policy*, op. cit., p. 96.

(54) La mayor parte de los autores que colaboran en COLLIER, U., GOLUB, J., KREHER, A., (eds.) *Subsidiarity and shared responsibility: new challenges for EU environmental policy*, op. cit., coinciden en señalar estos efectos como las consecuencias más palpables de la aplicación del principio de subsidiariedad.

de un entendimiento incorrecto del alcance del principio de subsidiariedad (55). La Comisión se retrae en el plano normativo y tiende a no fijar valores límite basando, en cambio, su política en la armonización de procedimientos (56). Esta pauta de actuación prescinde de lo que había sido una de las grandes virtudes de la legislación comunitaria: la fijación de un nivel de protección relativamente homogéneo en los distintos Estados miembros (aun con los incumplimientos existentes), y se adentra por un camino de inciertos resultados ya que la armonización de procedimientos puede ser más beneficiosa para la libre circulación de mercancías pero difícilmente es preferible en términos de tutela ambiental.

Este parece ser, por ejemplo, el camino que lleva la propuesta de Directiva marco de aguas. El European Environmental Bureau (federación de asociaciones ambientales) declara estar «preocupado porque la futura Directiva marco de aguas vaya a interpretar la subsidiariedad de tal modo que sean armonizados en la Comunidad los procedimientos administrativos en vez de los objetivos de calidad del agua». Igualmente con respecto a la Directiva 96/61/CE de control integrado de la contaminación, G. VALENCIA indica que, a pesar de las críticas del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social, «el principio de subsidiariedad (...) se manifiesta en los aspectos organizativos y procedimentales de la regulación, pero, sobre todo, en que son los Estados miembros los llamados a desarrollar la Directiva en su vertiente sustantiva, esto es, en la determinación de los valores límite de emisión» (57). También el Reglamento de ecogestión y ecoauditoría parece enlazar con esa interpretación del principio de subsidiariedad tanto en su vertiente de instrumento económico y de autorregulación como en su faceta de norma donde prima una concepción procedimental sobre una sustantiva de fijación de objetivos.

En definitiva, parece claro que la aplicación rigurosa del principio de subsidiariedad ha tenido repercusión en el tipo de instrumentos de protección ambiental elegidos y en la propia orientación de la política ambiental.

(55) LERCHE & PREUER, «The Bavarian perspective on the subsidiarity principle —with particular reference to implications for EC environmental policy—» en COLLIER, U., GOLUB, J., KREHER, A., (eds.) *Subsidiarity and shared responsibility: new challenges for EU environmental policy*, op. cit., p. 88.

(56) *Memorandum to the Dutch presidency*, Bruselas, enero de 1997 (p. 7).

(57) VALENCIA MARTÍN, G., «Régimen jurídico del control integrado de la contaminación», *Noticias de la UE*, nº 153, 1997, p. 144.

### 3. Nuevos instrumentos basados en la corresponsabilización que difuminan los límites entre tutela pública y privada

En los epígrafes anteriores se ha expuesto la evolución general que experimentan los modos de actuación de la Administración pública y las concepciones sociales y como esas corrientes globales inciden en el campo ambiental por la percepción de la necesidad de un cambio en la orientación de la protección ambiental que permita frenar su deterioro.

Se puede situar a mediados de los años ochenta el punto de inflexión de este movimiento que se plasma, en el caso de la Unión Europea, en la aprobación de una serie de normas comunitarias con características ciertamente diferentes de las que constituían el *corpus* del Derecho ambiental previo. A la normativa de tipo sectorial se han unido, en los últimos tiempos, una serie de disposiciones de carácter más general que intentan favorecer un enfoque globalizador de la cuestión medioambiental y aportar instrumentos que faciliten una aproximación que tenga en cuenta los múltiples factores que componen el medio; los llamados instrumentos transversales.

Los caracteres que iluminan esta normativa son, esencialmente, los de *horizontalidad, prevención, información a los ciudadanos y corresponsabilización*. Indirectamente se puede afirmar que el énfasis en la corresponsabilización determina que un signo distintivo de estos nuevos instrumentos sea la difuminación de los límites entre tutela pública y privada. En sintonía con las corrientes ideológicas apuntadas más arriba se aprecia un retraimiento de la intervención pública y un intento de potenciación de la protección privada a través de estos nuevos instrumentos.

En esta línea se han elaborado una serie de disposiciones de carácter transversal que pretenden dar una visión más global a la cuestión medioambiental y aportar instrumentos que faciliten una aproximación que tenga en cuenta los múltiples factores que componen el medio. Se aprobaron así la Directiva que regula la evaluación de impacto ambiental (58), el Reglamento que crea la Agencia Europea de medio ambiente (59), la Directiva que regula el acceso a la información y documentos en materia de medio ambiente (60),

(58) Directiva relativa a la evaluación de la incidencia de ciertos proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, de 27 de junio de 1985, (DOCE L 175 de 5.7.85). Esta Directiva está hoy en proceso de modificación con el objeto de corregir las inadecuaciones apreciadas en los primeros años de aplicación.

(59) Reglamento (CEE) n° 1210/90, por el que se crea la Agencia Europea de Medio Ambiente, de 7 de mayo de 1990, (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L. 120/I de 11 de mayo de 1990).

(60) Directiva 90/313 relativa a la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, de 7 de junio de 1990, (DOCE L 158 de 23 de junio de 1990).

los Reglamentos de ecoetiqueta y ecoauditoría (61) y la Directiva de control integrado de la contaminación (62). Estas normas responden a un enfoque tomado a partir de la aprobación del 3° Programa de acción en materia de medio ambiente (63) incidiendo en la necesidad de tener en cuenta dos nuevos principios en la actuación de defensa del medio: el principio de globalidad y el de corresponsabilización.

Este acercamiento globalizador a los problemas ambientales se ve reforzado en el *Quinto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente*. Este pretende, por una parte, acompañar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente —el desarrollo sostenido— dando un tratamiento más general a la tutela del medio; y, por otra, recurrir a nuevos instrumentos que faciliten la puesta en práctica de las medidas adoptadas abandonando el enfoque exclusivamente normativo del medio ambiente. En este sentido el *Quinto programa de acción* insiste en la necesidad de potenciar la participación y corresponsabilización de nuevos sujetos (empresas, Regiones y ciudadanos) en la elaboración y puesta en práctica de la política comunitaria de medio ambiente para alcanzar los objetivos de protección perseguidos.

Se ha señalado anteriormente la importancia que tiene la participación para el desarrollo adecuado de la labor administrativa. Sin embargo, la participación, tal y como fue concebida en el pasado, no deja de presentar problemas. Problemas de falta de encaje de las distintas posiciones encontradas, de afán de protagonismo y egoísmo de ciertos colectivos e individuos, de falta de comprensión de las dificultades que afrontan las empresas para adaptar su actuación a la legislación ambiental y de inexistencia de colaboración entre las Administraciones implicadas con competencias en el medio ambiente. La constancia de estos y otros males que aquejan a la tutela ambiental ha llevado a las autoridades comunitarias a proponer una nueva estrategia para el medio ambiente centrada en la corresponsabilización.

El «5° programa de acción comunitario», en su capítulo 8, incide de forma especial en esta necesidad:

*«Dado que los objetivos y metas presentados en el Programa, así como la finalidad última, el desarrollo sostenido, sólo puede alcanzarse mediante una acción concertada por parte de todos los actores implicados, que deberán coo-*

(61) Reglamento CEE 880/92 del Consejo de 23 de marzo, relativo a un sistema comunitario de concesión de etiqueta ecológica (DOCE L 99, de 11.4.92; Reglamento n° 1836/93 del Consejo de 29 de junio, por el que se permite que las empresas del sector industrial se adhieran con carácter voluntario a un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (DOCE L 168, de 10.7.93).

(62) Directiva 96/61 del Consejo, de 24 de septiembre de 1996 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (DOCE 10.10.1996).

(63) 7 de febrero de 1983.

*perar entre sí, el Programa combina el principio de subsidiariedad con el concepto, más amplio, de responsabilidad compartida. Este término implica no tanto la selección de un determinado nivel en perjuicio de otro, sino más bien, una intervención mixta de actores e instrumentos en los niveles adecuados, sin poner en cuestión la división de competencias entre la Comunidad, los Estados miembros, las autoridades regionales y las locales. En el caso de un objetivo o problema concreto, el énfasis (actores e instrumentos) recaerá sobre el nivel comunitario/nacional/regional y en el caso de otro, sobre el nivel regional/local/sectorial o el de empresas/público en general/servicios».*

El pronunciamiento comunitario es claro. Para la efectiva aplicación de la política ambiental es precisa una colaboración de todas aquellas partes que de algún modo se ven influidas por las medidas adoptadas. Debe, pues, haber tanto una colaboración horizontal entre las distintas Administraciones públicas, como una colaboración vertical entre los sujetos concernidos (Administración, público, empresas). Cada uno desde su posición puede contribuir a la protección del medio si es consciente de esta necesidad. Esta reflexión parece confirmar lo que algún autor define como limitaciones del modelo regulatorio de control. Limitaciones que, por otra parte, son inherentes al control desde el Derecho ya que este no puede ir más allá del punto que la conciencia social del momento legitima y está condicionada por el juego de garantías al ciudadano (64). Para superar las limitaciones propias de este modelo es necesario hacer converger a las distintas fuerzas sociales, Administraciones y políticas relacionadas con la materia ambiental en un ejercicio de corresponsabilización.

Las medidas antes señaladas participan de los caracteres que se acaban de exponer. Todas ellas son medidas de protección transversal u horizontal del medio, dado que no se circunscriben a un sector ambiental específico (agua, suelo, aire...). Esa transversalidad se inscribe dentro de la tendencia a la globalización y a un enfoque integrado de la protección ambiental. Los impactos de las actividades humanas sobre el medio no pueden referirse prioritariamente a normas sectoriales de protección ya que la interdependencia de los elementos ambientales no hace posible poner barreras a la contaminación. La evaluación de impacto ambiental, el control integrado de la contaminación y la ecoauditoría son técnicas todas ellas que, en distintos momentos temporales de la actividad, abordan globalmente la protección ambiental.

El destacado papel que juega la información al público como *príus* de la participación y de la corresponsabilización también encuentra un lugar de privilegio en todas y cada una de las normas citadas. De forma especial en la

(64) GLASBERGEN, P., «From regulatory control to network management», *European Environmental Law*, op. cit. p. 190.

Directiva de acceso a la información ambiental, pero no menos relevantemente en el papel que juega la Agencia Europea de Medio ambiente como emisora y receptora de información, y en los canales de información al público abiertos por la evaluación de impacto ambiental, el control integrado de la contaminación, la ecoauditoría y la ecoetiqueta. Todas estas normas comunitarias tomadas en su conjunto ofrecen unas vías de información amplísimas que pueden cambiar de forma radical la tutela ambiental si son utilizadas en todas sus potencialidades. En directa conexión con la información está la evidente apertura a la participación y la corresponsabilización de los ciudadanos que garantizan estas normas. El Derecho comunitario ambiental deja de ser, en este momento, un asunto de los Estados miembros para implicar a amplios sectores de la sociedad.

En cuanto a las claras connotaciones preventivas de estos instrumentos no se puede despreciar la importancia de la evaluación previa del impacto de determinados proyectos, del control integrado de los procedimientos autorizatorios (con los estudios e informes que deben acompañar la solicitud) o de la implantación de sistemas de gestión ambiental y la realización de auditorías como forma de evitar daños ambientales o detectar precozmente los que se puedan producir.

En definitiva, todos ellos responden a una voluntad de modificar la orientación de la política ambiental para intentar frenar un proceso de deterioro ambiental que parece imparable utilizando únicamente las técnicas clásicas de protección ambiental. Hacen falta nuevas técnicas que complementen las existentes aportando algunos de los caracteres que en ellas están ausentes.

#### IV.- CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo se ha podido apreciar la evolución experimentada por el Derecho comunitario ambiental desde su nacimiento —coincidente temporalmente con toda una serie de novedosas manifestaciones de inquietud ambiental en el terreno político-institucional, científico y social— hasta el momento actual que puede ser definido como de consolidación y cambio.

El Derecho comunitario ambiental ha estado marcado en estos veinticinco años por una serie de líneas de tensión que han condicionado su configuración actual y que inciden en el nuevo rumbo que parece haber emprendido recientemente. El difícil equilibrio entre tutela pública y actividad privada; entre protección supraestatal y estatal o subestatal; entre corrección y prevención; entre instrumentos clásicos de tutela e instrumentos de mercado o voluntarios, ha centrado la formulación de este Derecho.

La primera fase de protección ambiental, tradicional en su ámbito de acción y elección de instrumentos, es sucedida desde principios de los años noventa por una reorientación tendente a la corresponsabilización de otros actores en la actividad de tutela, a la ampliación de la gama de instrumentos de protección y a la globalización de su enfoque. Esta reorientación obedece a una serie de factores entre los que se cuentan: la constatación de la incapacidad de frenar el deterioro ambiental con los instrumentos y enfoque utilizados hasta ese momento; la necesidad de abrir la tutela ambiental a la participación de nuevos sujetos, principalmente de naturaleza privada, para conseguir una generalización de la concienciación y, consecuentemente, de la protección; la valoración de que los instrumentos normativos limitaban la intervención privada haciendo recaer todo el peso de la tutela ambiental en manos públicas; y la voluntad de superar una visión sectorializada de la protección del medio para evitar transferencias de contaminación.

Estas son las causas que están en el origen de la reorientación de la protección ambiental. Junto a ellas existieron una serie de condicionantes externos que orientaron el rumbo efectivo que tomaba esta nueva fase del Derecho ambiental comunitario. En primer lugar hay que citar la influencia que ha tenido en ese cambio la ideología liberalizadora y desreguladora imperante. La potenciación de instrumentos de mercado y autorregulación se debe tanto al pretendido fracaso de los instrumentos normativos como a la existencia de un movimiento de limitación de la actividad administrativa y de la regulación pública en favor de un mayor autocontrol de los agentes privados. En segundo lugar, han tenido cierta influencia en el cambio experimentado en el Derecho ambiental comunitario las tendencias promotoras de una mayor participación ciudadana como factor legitimador y garantía de eficacia de la actividad administrativa. Igualmente, la aplicación del principio de subsidiariedad ha incidido en la elección de instrumentos en el nivel comunitario. La Unión Europea ha revisado su capacidad para actuar en el terreno ambiental en función de este principio y la consecuencia parece haber sido una menor producción normativa (la actividad legislativa comunitaria se ha reducido a un tercio) y la sustitución de la armonización de valores límite por la armonización de procedimientos administrativos. En esta línea de reducción de la actividad normativa en base al principio de subsidiariedad se encuentra la potenciación de instrumentos no normativos para poder seguir actuando en el ámbito de la protección ambiental.

Sin embargo creo que algunos de los argumentos que justifican ese cambio de orientación deben ser objeto de una crítica que los sitúe en su dimensión real. En primer lugar y por lo que se refiere al pretendido fracaso de los instrumentos tradicionales de protección ambiental, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante un fracaso relativo en cuanto que estas primeras décadas de protección ambiental pueden no haber conseguido una situación óptima de tutela pero han mejorado significativamente el estado

del ambiente (considerando, además, que se han intensificado las actividades potencialmente lesivas para el medio).

Igualmente, debe valorarse en qué medida la supuesta inoperancia de las técnicas tradicionales de intervención administrativa es consecuencia, realmente, de una dejadez o falta de compromiso de la Administración con la función pública de protección ambiental. La construcción del «derecho al medio ambiente» principalmente como una obligación de los poderes públicos y un principio rector de su actuación, ha hecho pivotar la mayor parte del peso de la tutela ambiental sobre las Administraciones públicas y, consecuentemente, a ellas son atribuibles los fracasos. Resulta evidente que una buena parte de los problemas que hoy sufre el medio ambiente se deben tanto a una insensibilidad de los agentes contaminadores y a una inadecuada elección de los instrumentos de protección como, sobre todo, a una dejación por parte de las Administraciones públicas de sus potestades inspectora y sancionadora.

También hay que señalar que la industria, como se sabe uno de los principales productores de contaminación, ha impulsado con decisión esos cambios en la elección de técnicas. Este fuerte apoyo de la industria a los nuevos instrumentos de mercado y autorregulación está plenamente justificado por su mayor flexibilidad y apertura a la participación, pero también puede obedecer a la voluntad de empezar a limitar el alcance de la normativa ambiental en un momento en que ésta hace sentir sus efectos de forma generalizada en todos los sectores de actividad empresarial. Ninguna empresa busca voluntariamente nuevas ataduras que constriñan su actividad, antes bien al contrario, la respuesta lógica a la acción pública de limitación —por motivos ambientales u otros— es la resistencia a esos límites e, incluso, la presión para que la Administración adopte soluciones o técnicas lo menos intervencionistas posible.

Por último, a mi juicio la interpretación realizada del principio de subsidiariedad no es la más correcta porque contribuye a disminuir el nivel de protección ambiental y, por consiguiente, olvida la premisa de buscar el ámbito administrativo que garantice una mayor eficacia. Se puede convenir en que la Unión Europea podía estar excediéndose en el ejercicio de sus competencias ambientales pero el verdadero problema se encontraba antes en los instrumentos elegidos o en la armonización de valores límite que en la intervención comunitaria en sectores donde la acción debía ser más local o regional que supraestatal (i.e. el ruido). El retraimiento generalizado no es, pues, la respuesta correcta a «excesos» localizados y parciales. En definitiva, puede ser acertado el análisis sobre la necesidad de que la política ambiental comunitaria refleje los principios de participación, corresponsabilización, globalidad y subsidiariedad como fórmula para superar sus deficiencias, pero también deben apreciarse las causas inductoras de esas deficiencias. Parece

claro que los poderes públicos se han visto impelidos, por la presión pública y el evidente deterioro del medio, a establecer el marco jurídico de la protección ambiental pero han escatimado medios en la efectiva implementación de esa normativa. Los agentes privados deben participar de forma activa en la protección ambiental porque ellos originan una buena parte de la contaminación que se pretende combatir pero parece necesario mantener un marco público de referencia en el que se establezcan los objetivos perseguidos, se controle el cumplimiento de éstos y, en su caso, se sancionen los incumplimientos.

En cuanto a los nuevos instrumentos de carácter incitativo que intentan estimular el mercado (ej. ecoetiqueta, ecoauditoría, acuerdos voluntarios), éstos son positivos en tanto en cuanto ejercen un influjo favorable en los agentes privados pero, por sus propias características, deben seguir jugando un papel complementario de las técnicas tradicionales basadas en los mecanismos *fijación de objetivos-inspección-sanción*. En todo caso, y especialmente en países como el nuestro con un nivel bajo de concienciación-responsabilización, parece casi más necesario un replanteamiento de las estructuras y procedimientos de control de aplicación de la normativa ambiental que de los instrumentos de tutela. Deben establecerse fórmulas de seguimiento de la normativa aprobada, crear cuerpos de inspección efectivos y fijar procedimientos ágiles y eficaces para poner fin a los incumplimientos. No sólo falla la tutela privada; fracasa, estrepitosamente, la tutela pública del medio. La respuesta a los fallos de la intervención pública ambiental no está, desde nuestro punto de vista, en el ensayo de fórmulas de gestión privada sino en que, por fin, los poderes públicos comprometan los recursos humanos y materiales necesarios para que la normativa aprobada se aplique. Los instrumentos de autorregulación y mercado pueden funcionar como mecanismos complementarios de tutela ambiental en países con una legislación bien entramada y con un nivel aceptable de cumplimiento; en cambio, sin el respaldo de una Administración ambiental fuerte, la perspectiva más plausible es que estos instrumentos se adopten con fines propagandísticos pero que su efectividad ambiental sea escasa. En cierto modo se puede afirmar que los instrumentos económicos y de autorregulación presuponen la existencia de un entramado de tutela ambiental público y privado eficaz.

En definitiva, se puede percibir como el Derecho ambiental comunitario, está inmerso en un esfuerzo de redefinición para dar respuesta a los fallos percibidos en sus primeros años de rodaje. Las medidas adoptadas tienen aspectos positivos pero también presentan puntos oscuros por las lógicas dificultades de imponer soluciones uniformes para situaciones ambientales diversas y complejas.

## EL DERECHO DE PETICIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS

M<sup>a</sup> JOSÉ ANADÓN PÉREZ

**SUMARIO:** — I. INTRODUCCIÓN. — II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PETICIÓN: 1. Deslinde de este derecho frente a figuras afines. 2. Su doble naturaleza: defensiva y participativa o política. — III. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE PETICIÓN MILITAR EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 1. La obligación de respuesta motivada. 2. El restringido ámbito material actual. — IV. LAS LIBERTADES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MILITARES (ESPECIALIDAD QUE NO EXCEPCIONALIDAD): 1. Los límites legales de este derecho: A) La disciplina; B) La eficacia del servicio; 2. La prohibición constitucional de peticiones militares colectivas: A) Delimitación de dicha prohibición (actos políticos, actos discrecionales, actos reglados); B) Precedentes históricos; C) Los delitos de sedición militar y de rebelión en tiempo de paz. — V. EL DERECHO DE PETICIÓN ANTE EL REY (EL LLAMADO «RECURSO DE AGRAVIO»). — VI. BREVE REFERENCIA A LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD. — VII. CONSIDERACIÓN FINAL.

### I.- INTRODUCCIÓN

El artículo 29 de la Constitución reconoce que «todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley», para añadir en el segundo párrafo que «los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica». Sin embargo, dicho desarrollo legislativo todavía no se ha producido y nos vemos obligados a recurrir a una legislación preconstitucional de los años 60 (*Ley 92 / 1960, de 22 de diciembre, del derecho de petición y Real Decreto 93 / 1962, de 18 de enero, del derecho de petición de los miembros de las Fuerzas e Institutos armados*), con sus deficiencias y carencias y que nos lleva a recordar la labor que el Legislador tiene pendiente en esta materia y que sólo parcialmente ha sido cubierta por la Jurisprudencia. El propio Tribunal Constitucional en su *Auto 46 / 1980, de 13 de octubre*, recordaba que «es cierto que este derecho se encuentra hoy necesitado de una regulación legal».

En realidad, no sería necesaria una ley específica sino que bastaría, e incluso convendría, una regulación general del ejercicio de las Libertades y